



**HAL**  
open science

# Les cours constitutionnelles et la transformation sociale en Colombie et en Afrique du Sud

Matthieu Febvre-Issaly

► **To cite this version:**

Matthieu Febvre-Issaly. Les cours constitutionnelles et la transformation sociale en Colombie et en Afrique du Sud. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. NNT : 2023PA01D028 . tel-04588058

**HAL Id: tel-04588058**

**<https://theses.hal.science/tel-04588058>**

Submitted on 25 May 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.

*Thèse pour le doctorat en droit public*

LES COURS CONSTITUTIONNELLES ET LA TRANSFORMATION SOCIALE  
EN COLOMBIE ET EN AFRIQUE DU SUD

*Présentée par*

Matthieu FEBVRE-ISSALY

*Dirigée par*

Monsieur le Professeur Pierre BRUNET

*Soutenue publiquement le 5 décembre 2023*

*Devant le jury ainsi composé :*

Marie GREN (présidente) professeure de droit public, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Arnaud LE PILLOUER (rapporteur) professeur de droit public, université Paris-Nanterre

Marie-Claire PONTHEOREAU (rapporteuse), professeure de droit public, université de Bordeaux

Bernardo CARVAJAL (examinateur), professeur de droit public, université Externado (Bogotá)

Xavier PHILIPPE (examinateur), professeur de droit public, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

# TABLE DES MATIERES

<b>PARTIE 1 : LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE PRISE PAR LA TRANSFORMATION SOCIALE</b>	<b>9</b>
Introduction de la partie 1	9
<b>TITRE 1. LA TRANSFORMATION SOCIALE CONFIEE AU JUGE</b>	<b>11</b>
Introduction du titre 1	11
<b>CHAPITRE 1. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS UN CONSTITUTIONNALISME DU SUD</b>	<b>12</b>
<b>Section 1. Le nouveau constitutionnalisme comme projection</b>	<b>15</b>
§1. Le dépassement d'un constitutionnalisme libéral	15
A. L'avènement d'un nouveau régime en Afrique du Sud	15
1. L'émergence d'un discours des droits	15
2. La fin de l'Apartheid ou un nouvel ordre constitutionnel	21
B. En Colombie, du Frente Nacional à l'État social de droit	26
1. Une histoire politique entre violence et exclusion	26
2. Un pluralisme social et démocratique comme nouvel idéal constitutionnel	33
§2. Un constitutionnalisme judiciaire	37
A. La fin de la souveraineté parlementaire	37
1. La mise en place ou le perfectionnement d'une justice constitutionnelle	37
2. La mise en place d'une Cour constitutionnelle spécialisée	43
B. La tautologie d'un constitutionnalisme normatif	46
<b>Section 2. Le nouveau constitutionnalisme comme assurance</b>	<b>53</b>
§1. Le métalangage des discours constitutionnalistes	53
A. La circulation d'un constitutionnalisme du Sud	53
1. Le constitutionnalisme comme discours structuré	53
2. Le constitutionnalisme comme influence locale des discours globaux	56
B. L'insuffisance de la thèse démocratique	62
§2. La garantie constitutionnelle comme pacte entre élites	67
A. Une explication causale de l'émergence des cours constitutionnelles	67
1. Les thèses assurancielles de la justice constitutionnelle	68
2. Le compromis constitutionnel comme alternative à la violence	72
B. L'impensé du pouvoir judiciaire dans les processus constituants	81
1. Des discussions sur les droits et non le pouvoir des juges	81
2. La combinaison des thèses démocratique et assurancielle	85
<b>Conclusion du chapitre 1</b>	<b>88</b>
<b>CHAPITRE 2 : LA VARIABILITE DES OBLIGATIONS DES DROITS SOCIAUX</b>	<b>90</b>
<b>Section 1 : La substance variable des droits</b>	<b>92</b>
§1. Les apories de la justiciabilité et du contenu des droits	92
A. Les fondements théoriques des droits sociaux	92
1. La philosophie des biens sociaux à partir de John Rawls	92
2. La mesure des biens sociaux chez Amartya Sen	95

B. La difficile détermination d'un contenu minimal des droits sociaux	98
1. La normativité d'un contenu minimal de base	98
2. La détermination des droits sociaux, entre jusnaturalisme, universalisme et particularisme	100
§2. Les arguments variables autour du minimum vital	106
A. En Afrique du Sud, une justiciabilité aisée sans contenu minimal	106
1. Une justiciabilité reconnue mais limitée par la Cour	106
2. Le rejet d'un contenu minimal	112
B. En Colombie, une justiciabilité progressive et un contenu minimal	117
1. Une doctrine prétorienne de la justiciabilité des droits	117
2. Les droits sociaux comme droits fondamentaux	125
<b>Section 2 : La substance variable de l'opposabilité des droits</b>	<b>133</b>
§1. Une approche pragmatique de la proportionnalité	133
A. La proportionnalité comme mesure des obligations	133
1. La proportionnalité pour résoudre les conflits entre droits	133
2. Une spécificité des droits sociaux : la proportionnalité face à ses apories	137
B. La proportionnalité comme mesure du contenu des droits	141
1. La proportionnalité des atteintes aux droits et obligations positives	141
2. Contenu minimal des droits et proportionnalité	143
3. Le caractère raisonnable des atteintes aux droits sociaux	146
§2. Une approche critique de la proportionnalité	151
A. La proportionnalité comme concrétisation	151
1. L'évitement de la définition des droits	151
2. La définition des obligations au cas par cas	156
B. La proportionnalité contre la définition des droits et obligations	159
1. La proportionnalité ne permet pas de définir le contenu des droits et obligations	159
2. La proportionnalité ne permet pas de définir les obligations	162
<b>Conclusion du chapitre</b>	<b>165</b>
<b>TITRE 2. UN DISCOURS JUDICIAIRE SUR LA TRANSFORMATION SOCIALE</b>	<b>167</b>
<b>Introduction du titre 2</b>	<b>167</b>
<b>CHAPITRE 3 : LA RECHERCHE D'UN NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL</b>	<b>168</b>
<b>Section 1 : La recontextualisation du constitutionnalisme transformateur</b>	<b>170</b>
§1. De l'État social aux droits sociaux	170
A. Un constitutionnalisme social ?	170
1. La filiation des droits sociaux et de l'État social	170
2. La thèse de Samuel Moyn à l'encontre de la filiation	177
B. Le sens contemporain des droits sociaux	183
1. L'ère des droits fondamentaux	183
2. Le constitutionnalisme comme ensemble de valeurs situées	187
§2. La recontextualisation du constitutionnalisme transformateur	193
A. La conceptualisation des droits sociaux comme minimum	193
1. Le déclin de la redistribution : les mauvais usages de John Rawls	193
2. Les lectures libertariennes des droits sociaux	197
B. Les politiques néolibérales du Sud	205
1. En Afrique du Sud, une « trahison des élites » et la persistance des inégalités structurelles	205
2. En Colombie, l'apertura economica	209

<b>Section 2 : Le constitutionnalisme contre la transformation sociale ?</b>	<b>213</b>
§1. Le sens politique contemporain du constitutionnalisme	213
A. L'idéal retardé des droits sociaux	213
1. Un pont vers la réalisation des droits	213
2. L'incrémentalisme dans la mise en œuvre des droits sociaux	216
B. Les juges face aux choix redistributifs	217
1. L'approche pragmatique de la Cour sud-africaine	217
2. L'approche volontariste de la Cour colombienne	224
§2. Un constitutionnalisme néolibéral ? Une approche contextualiste	231
A. La critique du constitutionnalisme contemporain	231
1. Critique des droits et critique du constitutionnalisme	231
2. Les ambiguïtés des discours juridiques sur la transformation sociale	238
B. Les limites de la critique des droits sociaux	242
1. Le risque d'essentialiser les droits et leur projet politique	242
2. Le biais global et les droits positifs	246
<b>Conclusion du chapitre 3</b>	<b>254</b>

## **CHAPITRE 4 : LA RECHERCHE D'UN CONCEPT RELATIONNEL DE DROITS SOCIAUX** **256**

<b>Section 1 : Les sens relationnels des droits sociaux</b>	<b>258</b>
§1. Les droits comme transformation du sujet	258
A. Des structures à l'action du sujet	258
B. Le sujet par-delà l'individu : une approche relationnelle	262
§2. Les relations de l'autonomie et de l'égalité dans la jurisprudence	267
A. En Colombie, une conception relationnelle des droits sociaux	267
1. Une lecture systémique des notions constitutionnelles	267
2. Les limites de la lecture systémique en Colombie	277
a. Les hésitations sur le système de prêt immobilier UPAC	278
b. L'activisme en matière de gel des salaires	279
c. L'attention aux produits de première nécessité	282
B. En Afrique du Sud, une conception libertarienne de la vie digne	283
1. L'autonomie comme responsabilité individuelle	283
2. Les limites de l'égalité en matière de droits sociaux	290
3. Les prémisses d'une approche plus ambitieuse des inégalités vécues	299
<b>Section 2 : Les droits sociaux et les espaces de vie</b>	<b>305</b>
§1. L'habitat et la transformation sociale en Afrique du Sud	305
A. La limitation de l'espace de vie	305
1. La part d'humanité dans l'obligation de relogement	305
2. Une réticence à donner sens à l'espace de vie	312
B. La limitation des communs	316
1. Une approche néolibérale de l'espace public	316
2. Le refus d'une approche de l'espace de vie étendue à l'environnement	319
3. Une conception plus riche de l'espace urbain en Colombie (et en Inde)	324
§2. La nature et la transformation sociale en Colombie	330
A. Une approche ambitieuse du lieu de vie	330
1. Le lien théorique et normatif entre la nature et le social	330
2. La proclamation de droits bioculturels	333
B. Une approche rhétorique de la nature	336
1. La reconstruction d'une jurisprudence écologique	336
2. Les approches anthropocentriques et biocentriques de la Cour : un écocentrisme rhétorique ?	341

<b>Conclusion du chapitre 4</b>	<b>349</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 1</b>	<b>352</b>
<b>PARTIE 2 : LA TRANSFORMATION SOCIALE PRISE PAR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE</b>	<b>354</b>
<b>Introduction de la partie 2</b>	<b>354</b>
<b>TITRE 3 : LA TRANSFORMATION DU DISCOURS JUDICIAIRE</b>	<b>356</b>
<b>Introduction du titre 3</b>	<b>356</b>
<b>CHAPITRE 5 : LA RAISON DES JUGES</b>	<b>358</b>
<b>Section 1. Le constitutionnalisme transformateur comme syncrétisme</b>	<b>360</b>
§1. Les divergences du constitutionnalisme transformateur	360
A. Un constitutionnalisme postcolonial ?	360
1. Le constitutionnalisme transformateur comme rhétorique	360
2. La circulation des discours juridiques, une circulation des acteurs	368
B. Un constitutionnalisme critique ?	373
1. Une constitution transformatrice ou une transformation par la constitution ?	373
2. La reprise d'idées globales pour former un nouveau discours	378
§2. Les apories de l'intégration des valeurs et principes au droit	387
A. Du formalisme au néoformalisme ?	388
1. Du formalisme à l'objectivisme moral	388
2. Néoformalisme ou jusnaturalisme caché ?	392
B. Les insuffisances du raisonnement axiologique	395
1. Une rationalité nouvelle	395
2. Le recours aux idées en circulation pour justifier le rôle du juge	402
<b>Section 2 : Le constitutionnalisme transformateur comme discours axiologique</b>	<b>406</b>
§1. Le pragmatisme de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud	406
A. Le néoformalisme de la Cour sud-africaine	406
1. L'influence d'une approche principielle	406
2. Le maintien d'une lecture littérale de la Constitution	410
B. L'intégration du contexte dans un raisonnement pragmatique	415
1. Une Cour du Nord ?	415
2. L'interprétation contextuelle de la Cour	421
§2. La construction normative de la Cour constitutionnelle de Colombie	426
A. L'axiologie de la Cour colombienne	426
1. L'influence de Ronald Dworkin en Colombie	426
2. La jurisprudence axiologique de la Cour constitutionnelle de Colombie	431
B. La théorisation exigeante de la Cour	434
1. L'esprit du texte de 1991 d'après la Cour	434
2. Le recours explicite aux principes face aux cas controversés	441
<b>Conclusion du chapitre 5</b>	<b>451</b>
<b>CHAPITRE 6 : LA NARRATION DES JUGES</b>	<b>454</b>

<b>Section 1 : La production des émotions par les discours judiciaires</b>	<b>456</b>
§1. L'émotion qui saisit le juge	456
A. Les traces d'émotion dans le discours judiciaire	456
1. Styles et rationalité judiciaires	456
2. Une méthode d'analyse des discours judiciaires	460
B. Des décisions expressives	462
1. Les traces d'affect dans les décisions de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud	462
2. Les traces d'affect dans les décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie	473
§2. Le juge qui se saisit de l'émotion	477
A. Une dialectique de l'émotion et de l'objectivité rationnelle	477
1. L'émotion comme expression de la justice	478
2. Une narration contrainte ?	481
B. L'émotion comme médiation entre fait et norme	484
1. La création émotionnelle du jugement judiciaire	484
2. Les émotions comme conjuration de l'idéal	488
<b>Section 2. La fabrique du discours judiciaire</b>	<b>494</b>
§1. La théorie de la Cour colombienne	494
A. Des juges-universitaires activistes	494
1. L'élaboration conceptuelle de 1992 à 2001	494
2. L'essor spectaculaire de la tutela	495
B. La production d'une image institutionnelle de la Cour	501
1. Une Cour au service des classes moyennes ?	501
2. Une jurisprudence rhétorique ?	505
§2. La prudence de la Cour sud-africaine	513
A. Un discours rare	513
1. Un accès difficile	513
2. Un discours rare et technique	517
B. Un juge humble et sensible	520
1. L'humilité de Pius Langa	520
2. La figure sensible d'Albie Sachs	522
3. La dissidence comme ouverture discursive	528
<b>Conclusion du chapitre</b>	<b>539</b>
<b>TITRE 4 : UN ACTIVISME DISCURSIF</b>	<b>542</b>
<b>Introduction du titre 4</b>	<b>542</b>
<b>CHAPITRE 7 : L'EFFECTIVITE DU CONSTITUTIONNALISME JUDICIAIRE EN QUESTION</b>	<b>544</b>
<b>Section 1 : La difficile mesure des effets du contentieux constitutionnel</b>	<b>546</b>
§1. Une conceptualisation alternative de la justice constitutionnelle	546
A. Démocratie délibérative et dialogue juridictionnel	546
1. Un juge faible	546
2. L'alternative politique à l'activisme judiciaire	553
B. Le pouvoir des juges face à la réalité politique et sociale	558
1. Les effets directs et indirects de l'activisme judiciaire	558
2. L'intentionnalité du juge dans la conception des dispositifs	563
§2. Les formes et les limites de l'exécution forte	569
A. En Afrique du Sud, un activisme des droits sans activisme des dispositifs	569
1. L'offensive de la Cour dans la délimitation de ses pouvoirs	569

2. Les précautions de la Cour vis-à-vis du pouvoir d'injonction	573
B. En Colombie, un activisme des droits et des dispositifs	581
1. Les échanges entre la Cour et le Congrès	581
2. Les injonctions complexes de la tutela	584
<b>Section 2 : La prise en compte des effets par le contentieux</b>	<b>587</b>
§1. Un activisme de l'exécution ?	587
A. Le modèle de l'action judiciaire structurelle : la Colombie	587
1. Un modèle exemplaire	587
2. L'évaluation des effets du suivi de l'exécution	590
B. Le juge constitutionnel comme médiateur : l'Afrique du Sud	593
1. Le refus d'un suivi de l'exécution	594
2. La médiation plutôt que le suivi	598
§2. Une reconceptualisation de l'activisme entre droits et dispositifs	601
A. Une efficacité en doute	601
1. Une limite d'ordre épistémologique	601
2. Une limite d'ordre juridique ou institutionnel	605
B. L'ouverture du juge à la société	608
1. En Colombie, l'influence du mouvement Droit et société	608
2. En Afrique du Sud, la figure de l'humilité judiciaire face aux demandes sociales	617
<b>Conclusion du chapitre 7</b>	<b>629</b>
<b>CHAPITRE 8 : CONSTITUTIONNALISME DES JUGES ET CONSTITUTIONNALISME POLITIQUE</b>	<b>631</b>
<b>Section 1 : Les cours constitutionnelles face au politique</b>	<b>633</b>
§1. Le juge comme pouvoir	633
A. La construction d'une société politique par le constitutionnalisme	633
1. Constitutionnalismes judiciaire, politique ou populaire	633
2. Hégémonie et contre-hégémonie des droits	637
B. L'activisme judiciaire radical du constitutionnalisme transformateur	642
1. Le lieu vide du pouvoir	642
2. Une forme radicale par-delà le droit et le politique	648
§2. Le juge comme narrateur d'un récit collectif	652
A. Le discours politique du juge	652
1. La production affective des émotions	653
2. La production de valeurs politiques	655
B. Identités postcoloniales et récits constitutionnels	658
1. Le juge face à la légitimation du pouvoir politique	658
2. Le rôle des majorités politiques par-delà les majorités sociales	663
<b>Section 2 : Les cours constitutionnelles face à la démocratie</b>	<b>668</b>
§1. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, acteur politique contre elle-même	668
A. La Cour face au pouvoir politique	668
1. La Cour constitutionnelle face au parti unique	668
2. Une conception représentative de la démocratie	672
B. La Cour face à elle-même	676
1. Un discours timide sur la démocratie plurielle	676
2. Le mythe constitutionnel de l'arc-en-ciel	686
3. Le récit pluriel porté par la Cour	692
§2. La Cour constitutionnelle de Colombie, acteur politique par elle-même	710
A. La Cour comme pouvoir	710
1. La Cour face au pouvoir politique	710



2. La dialectique de la violence face à l'ordre constitutionnel	719
B. La démocratie militante de la Cour colombienne	727
1. Le pluralisme et la démocratie par le haut	727
2. Le pluralisme mis en scène : les conflits idéologiques à la Cour	736
<b>Conclusion du chapitre 8</b>	<b>747</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 2</b>	<b>750</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b>	<b>752</b>
§1. Un activisme judiciaire radical	754
§2. Une méthode d'analyse discursive du constitutionnalisme	764
§3. Potentiel et limites d'une méthode discursive en France	767
<b>DECISIONS CITEES</b>	<b>776</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>777</b>

# PARTIE 1 : LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE PRISE PAR LA TRANSFORMATION SOCIALE

## INTRODUCTION DE LA PARTIE 1

Dans la théorie libérale telle qu'elle se met en œuvre dans la séparation des pouvoirs depuis les révolutions française et étatsunienne du XVIII<sup>ème</sup> siècle, si tant est qu'elle puisse exister sous une forme pure, le pouvoir judiciaire a toujours été un problème : garant de la Constitution qui règle les rapports entre pouvoirs<sup>1</sup>, mais aussi pouvoir en lui-même, notamment avec l'essor de l'importance des droits et libertés puis de leur forme de droits fondamentaux à partir de la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Or, qu'est qu'une transformation sociale qui passe par le droit constitutionnel et sa garantie juridictionnelle ? Qu'est-ce à l'inverse qu'un constitutionnalisme qui viserait la transformation sociale et non plus seulement la protection des libertés ? Une approche discursive évite de répondre à de telles questions par un essentialisme, même dédoublé en deux contextes. Elle permet en revanche de dessiner les formes d'un phénomène au sein d'une définition stipulative. Or, l'activisme judiciaire est un phénomène difficile d'accès du fait de la nature des discours qui l'entourent et qui le constituent, qu'ils proviennent des juges eux-mêmes, des universitaires, voire des juges lorsqu'ils produisent une analyse sur leur propre activité juridictionnelle, ou encore des acteurs publics et militants, ces derniers pouvant eux-mêmes être universitaires ou juges. Mais c'est plus largement le constitutionnalisme, comme ensemble de discours relatifs à la normativité constitutionnelle, produits par ces différents acteurs, qui pose la question de la réalité qu'il pourrait recouvrir au-delà des idéaux normatifs présentées comme des évidences.

Aussi en Afrique du Sud comme en Colombie et dans l'espace du droit comparé, un récit s'est construit autour de la garantie d'un idéal constitutionnel, par le juge, après des régimes totalitaires ou peu démocratiques. Est-ce la continuité de l'idée constitutionnaliste telle qu'elle s'est élaborée aux Etats-Unis et en France après les révolutions du XVIII<sup>ème</sup> siècle, avec d'immenses différences, est-ce la poursuite de la constitutionnalisation qui a eu lieu après la Seconde guerre mondiale sur tous les continents, ou est-ce, enfin, une forme propre qui porterait l'idée d'une transformation sociale ? Au cœur de ces mises en récit, ce sont des théories explicatives concurrentes qui sont avancées et qu'il faut discuter, pour qualifier, au mieux, la situation des deux

---

<sup>1</sup> P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, 2003, p. 266-271.

pays, leur insertion globale, et la pertinence de ces lectures vis-à-vis des contextes sociopolitiques. L'étude de la manière par laquelle la justice constitutionnelle a été saisie par la transformation sociale exige de s'intéresser à cet espace du discours pour comprendre quel sens a pris la garantie constitutionnelle dans les deux pays, et par quels mots ou quelles catégories elle peut être comprise ou mal comprise.

Le constitutionnalisme tel qu'il est compris ici renvoie d'abord à une garantie par un juge constitutionnel : les qualificatifs de nouveau ou de transformateur renvoient à un mandat qui lui aurait été confié et auquel il aurait répondu par son activisme. Mais un juge est-il activiste s'il met en œuvre un tel mandat ? Un regard sur les causes historiques qui ont poussé à créer les deux cours constitutionnelles colombienne et sud-africaine et sur les modes de contrôles qu'elles ont élaboré ensuite, en définissant les obligations pesant sur les pouvoirs publics, montre un activisme qui s'est formé de manière progressive et complexe, avec plusieurs explications possibles. Il s'agit de nuancer un récit ou une thèse démocratique, qui voit un progrès linéaire dans l'adoption de constitutions progressistes, en s'intéressant aux intérêts en jeu dans la garantie constitutionnelle (Titre 1).

Le constitutionnalisme se comprend également vis-à-vis de son contenu. Si le juge a un pouvoir créateur plutôt qu'il reçoit simplement un mandat, et s'il répond à certains facteurs explicatifs qui peuvent être associés à ce mandat non-impératif, quelles sont les formes politiques et sociales qui constituent la grammaire de la transformation sociale ? Ce n'est pas simplement un constitutionnalisme social que viserait un processus transformateur, mais un discours juridique et judiciaire sur la transformation sociale elle-même qui s'est élaboré, avec toutes les complexités qui traversent les théories de la justice et les contextes sociopolitiques d'alors (Titre 2).

# TITRE 1. LA TRANSFORMATION SOCIALE CONFIEE AU JUGE

## INTRODUCTION DU TITRE 1

Les discours contemporains relatifs à la normativité constitutionnelle renvoient à leur garantie par un juge. Un premier risque est de regarder les droits étrangers par le prisme rigide d'une vision globalisante ou au contraire un excès de différenciation, voire un exotisme volontiers essentialisant, comme peut laisser s'y prendre la terminologie du constitutionnalisme transformateur ou d'un nouveau constitutionnalisme du Sud. Un regard historique et comparatif s'intéresse alors à la manière dont elle a reçu une réponse dans les contextes particuliers. La circulation globale du droit constitutionnel pourrait en effet occulter les différences présentées par les contextes, avec la particularité qu'ils sont décrits à la fois dans les universités nationales, mais également dans l'espace comparé auxquelles elles participent aux côtés des chercheurs d'autres pays et, pour ce qui nous concerne, du Nord. Un second risque est d'oublier que le Sud a rejoint le Nord en participant ici à l'émergence d'un pouvoir spécifique du juge constitutionnel en Colombie et en Afrique du Sud. Ce sont les formes de l'action de ces juges qui définit l'activisme, et non des règles ou vérités objectives qui s'imposeraient aux acteurs et à l'histoire.

L'adoption de constitutions associées à des moments de redéfinition du social, avec l'émergence d'une nouvelle vision de la société, doit être rapprochée des causes qui ont poussé à la création de cours constitutionnelles en Colombie et en Afrique du Sud. Plusieurs récits et plusieurs thèses doivent être distingués pour comprendre l'espace dans lequel ont agi ces juridictions (Chapitre 1).

Une fois créées, les cours constitutionnelles des deux pays ont eu à exercer un contrôle des pouvoirs publics qui n'allait pas de soi : elles ont élaboré des modes de contrôle à partir d'interprétations de la Constitution. Elles ont alors emprunté aux discussions globales tout en inventant des instruments qui ne délivrent pas toujours spontanément leur sens politique et social (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS UN CONSTITUTIONNALISME DU SUD

Un trait caractéristique des discours du constitutionnalisme transformateur ou nouveau, qui semble les faire tenir ensemble, étonne. Le phénomène qui aurait émergé en Afrique du Sud et en Colombie à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle est souvent présenté dans les discours des deux pays et dans l'espace comparatiste de la doctrine juridique comme le dépassement des apories d'une fin de l'histoire racontée au profit du Nord, qualifiée de constitutionnalisme libéral. De fait, en 1990 et en 1993, un processus constituant a été engagé en Colombie et en Afrique du Sud avec pour aboutissement l'adoption de textes constitutionnels radicalement différents de ceux qu'ils remplaçaient ; les textes de 1991 et 1996 réorganisent le pouvoir politique, proclament des valeurs et droits nombreux, et créent des cours constitutionnelles. Dans les deux pays, la constitutionalisation de ces éléments a donné lieu à des commentaires d'observateurs comme des juridictions elles-mêmes, qui ont pu y voir l'avènement d'une « culture de justification<sup>2</sup> », après l'autorité ségrégative de l'Apartheid ou d'un pluralisme démocratique après la « guerre contre la société<sup>3</sup> » qui a marqué le *Frente nacional*. Les discours insistent sur la transformation sociale supposément portée par des textes fondamentaux chargés en droits, valeurs et principes de nature sociale ou égalitaire, par-delà la seule garantie d'un ordre social contre les interférences de l'État.

Ce constitutionnalisme du Sud apparaît alors comme une construction complexe, dont les formulations reprennent toujours les mêmes termes, proches de la tautologie : transformer la société par le droit, transformer donc un héritage du passé en quelque chose de nouveau, changer le rapport entre le droit et la société, garantir l'idéal transformateur que proclamerait la Constitution, apporter une substance sociale à la garantie constitutionnelle, etc. Malgré cette diversité sémantique, il est fréquemment présenté comme « une leçon pour ceux qui pensent que les concepts clefs du constitutionnalisme du Nord ont été épuisés<sup>4</sup> », où la protection de l'individu face aux pouvoirs constitutionnels, eux-mêmes séparés et gardés distincts de la société dans la pure tradition libérale<sup>5</sup>,

---

<sup>2</sup> E. MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal of Human Rights*, vol. 10, n° 1, 1994, p. 31-48.

<sup>3</sup> D. PECAUT, « Colombie : une guerre contre la société », *Problèmes d'Amérique latine*, La documentation française, n° 34, 1999.

<sup>4</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », in A.V. BOGDANDY et al. (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Jus Commune*, Oxford University press, 2017, p. 3-26, p. 8 : « a lesson for those who see key concepts of Northern constitutionalism as exhausted ».

<sup>5</sup> En effet « dans le vocabulaire juridique contemporain, la notion de « constitutionnalisme » s'inscrit en général dans une conception libérale du droit public, qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu », en lien « avec la légitimation croissante, au cours des deux derniers siècles, du gouvernement représentatif », P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 266-271, p. 266.

gagnerait le supplément d'âme d'une substance holiste et pluraliste. C'est ce que voulait dire Karl Klare lorsqu'il estimait, en proposant le terme devenu célèbre de « constitutionnalisme transformateur », que la Constitution sud-africaine était « post-libérale », signe d'un « écart indéniable par rapport au libéralisme (tel qu'il est envisagé dans les actes classiques comme la Constitution américaine)<sup>6</sup> ». De même, le nouveau constitutionnalisme latinoaméricain, par l'émancipation substantielle qu'il vise par-delà la seule garantie démocratie<sup>7</sup>, est un « constitutionnalisme aspirationnel<sup>8</sup> » orienté vers l'avenir et non pas seulement destiné à limiter le pouvoir. Les droits économiques, sociaux et culturels et l'égalité matérielle serviraient à bâtir une société nouvelle et plus juste, ce en quoi les juridictions du Sud se distingueraient du Nord<sup>9</sup>.

En dépit de ce qu'elle dit des cultures juridiques, cette grille de lecture ne permet pas tout à fait de saisir le phénomène qu'a constitué l'irruption d'une nouvelle institution judiciaire dans l'ordre constitutionnel. Une cour constitutionnelle n'émerge pas dans un vide théorique et pratique. Du point de vue de la théorie démocratique, que l'on propose de qualifier de thèse normative, le juge est venu contrôler l'exécutif et le législatif après des périodes d'autoritarisme et de violence, avec cette spécificité présentée comme post-libérale d'un contre-pouvoir judiciaire qui viendrait opposer au pouvoir politique l'agenda politique et social de transformation cristallisé lors du moment constituant. Une telle analyse est aisée à concevoir du point de vue européen ou étatsunien, dont elle emprunte les concepts et termes au sein d'une idéologie constitutionnaliste. On observerait alors l'aboutissement naturel d'une volonté du peuple de contrôler les gouvernements par le constitutionnalisme, que l'on aurait simplement enrichi d'une dimension positive et sociale ; la justice constitutionnelle se conçoit comme la lente progression depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle d'une forme de démocratie plus élaborée en faisant émerger un « peuple constitutionnel<sup>10</sup> », même si le peuple lui-même ne peut se penser que dans un constitutionnalisme<sup>11</sup>.

Un paradoxe apparaît alors, puisque la forme nouvelle ou transformatrice ressemble par beaucoup au constitutionnalisme libéral dont elle prétend renverser les postulats. Est-ce seulement un changement de contenu au sein d'une forme identique ou une nouvelle forme de justice

---

<sup>6</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, n° 1, 1998, p. 146-188, spec. p. 152 : « an unmistakable departure from liberalism (as contemplated in classic documents such as the U.S. Constitution) ».

<sup>7</sup> M. GARCÍA VILLEGAS, R. UPRIMNY, « Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia », *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, 2007

<sup>8</sup> M. GARCÍA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional : derecho, democracia y cambio social en América Latina », *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, 2012, p. 89-110.

<sup>9</sup> D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 41-94, spec. p. 47-50.

<sup>10</sup> D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2015, p. 55.

<sup>11</sup> Sur la notion de peuple en Colombie et en Afrique du Sud, voir *infra*, partie 2.

constitutionnelle qui émerge ? Pourquoi est-ce qu'un constituant, dans un pays et à un moment donné, choisit d'assortir le texte fondamental d'une cour constitutionnelle ? L'équilibre entre l'organisation des pouvoirs, des valeurs libérales et de nouvelles valeurs sociales doivent alors être interrogés au sein des discours constitutionnalistes (Section 1). Un recul historique sur les conditions sociopolitique de l'émergence du constitutionnalisme dans les deux pays permet d'élaborer une grille explicative plus raffinée qu'une seule lecture normative ou linéaire (Section 2).

## SECTION 1. LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME COMME PROJECTION

Les discours sur le constitutionnalisme en Colombie et en Afrique du Sud le présentent comme une rupture qui prend sens dans l'histoire des deux pays et par rapport à un modèle supposé d'organisation des pouvoirs (§1). C'est avant tout le rôle confié à une cour constitutionnelle spécialisée qui caractérise ces régimes (§2).

### §1. Le dépassement d'un constitutionnalisme libéral

L'Afrique du Sud (A) et la Colombie (B) semblent présenter un même mouvement, à quelques années d'écart, vers un constitutionnalisme qui a eu la particularité d'être qualifié d'une manière similaire.

#### A. L'avènement d'un nouveau régime en Afrique du Sud

Le processus constituant Sud-africain se comprend dans une réappropriation de l'histoire du pays en termes de droits humains (1), si bien que le constitutionnalisme du pays se comprend comme un rapport au passé (2).

##### 1. L'émergence d'un discours des droits

Dans son premier jugement de certification de la Constitution en 1996, la Cour présente l'histoire du pays comme un héritage colonial et une « balkanisation » géographique accompagnant un déni des droits socioéconomiques<sup>12</sup>. L'histoire du pays peut en effet s'écrire comme un processus de ségrégation qui trouve son acmé dans le régime de l'Apartheid<sup>13</sup>. Les premiers européens atteignent la corne sud-africaine au XV<sup>ème</sup> siècle, principalement d'anciens employés de la Compagnie des Indes qui a établi un comptoir afin de ravitailler sa flotte à mi-chemin de la route maritime vers l'Est. Des *free burghers* européens, souvent hollandais, français et allemands, sans attaches formelles avec les États européens, s'installent dans la région du Cap au XVII<sup>ème</sup> siècle lorsque la compagnie leur offre une terre à cultiver pour solde de tout compte. À partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle, les *trekboers* s'étendent à l'Est, dans les terres, dominant les populations locales et amenant

---

<sup>12</sup> CCAS, 6 septembre 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* (unanime), §7 : « From time to time various forms of limited participation in government were devised by the minority for the majority, most notably the "homeland policy" which was central to the apartheid system. Fundamental to that system was a denial of socio-political and economic rights to the majority in the bulk of the country, which was identified as "white South Africa", coupled with a Balkanisation of tribal territories in which Africans would theoretically become entitled to enjoy all rights. Race was the basic, all-pervading and inescapable criterion for participation by a person in all aspects of political, economic and social life. »

<sup>13</sup> Outre la monographie historique de François-Xavier Fauvelle, qui prend le parti de décrire les phénomènes culturels à l'œuvre sur le temps long, F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Seuil, 2013, voir S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, University of KwaZulu-Natal Press, 2003



leurs propres esclaves indonésiens. C'est parce qu'elle craint que la France ne constitue une colonie dans ce territoire déterminant dans le contrôle de l'Océan Indien après la conquête des Provinces-Unies que la couronne britannique envoie quelques milliers de colons au Cap, qui devient rapidement une ville prospère dans le commerce. Face à l'anglicisation de la vie publique et aux droits donnés aux non-blancs par la colonie urbaine, où l'esclavage est prohibé, et à la raréfaction des terres accessibles, les paysans *boers* s'engagent dans un Grand Trek vers le Nord-Est dans les années 1830, négocient ou s'approprient les terres sur leur chemin, combattant les Xhosas et les Zoulous, jusqu'à fonder l'État libre d'Orange et la République du Transvaal, où les blancs sont une petite communauté de propriétaires agricoles qui excluent les populations non-blanches. La culture Afrikaner y apparaît, qui se nomme ainsi en se présumant Africaine, par opposition à la récente colonisation britannique ou aux autres africains noirs, souvent issus de territoires situés plus au Nord. La découverte d'or et de diamants dans le Transvaal à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle accentue le mouvement vers l'Est et les tensions entre les blancs et les populations noires d'un côté, et la population et l'armée britanniques et les républiques boers (dont l'emblématique président du Transvaal, Paul Kruger) d'un autre. Une guerre éclate entre les deux communautés blanches en 1899, et un accord de paix entérine la mise en place d'un haut-commissariat britannique qui dirige la réunion des colonies du Cap et du Natal et les deux anciennes républiques. L'Union d'Afrique du Sud est constituée par le South Africa Act de 1909. Il s'agit d'un dominion jusqu'à ce qu'il soit mis fin à la souveraineté britannique en 1931 et que le pays quitte le Commonwealth en 1961, par une Constitution qui reproduit largement le système de Westminster de souveraineté parlementaire avec un gouvernement et un premier ministre nommés et contrôlés par les députés, tandis que le rôle de la présidence est plus symbolique.

À partir des années 1930, les changements suscités par l'industrialisation et l'urbanisation, la marginalisation des classes moyennes blanches et l'essor de la culture et de la langue britanniques nourrissent un nationalisme Afrikaner fondé sur le mythe du Grand Trek et le combat pour la liberté des *boers* pendant la guerre. C'est alors que se crée progressivement l'Apartheid, un système sophistiqué de ségrégation, basé sur les théories racialistes. Dès 1902, la loi écarte les non-blancs de la propriété. Le Population Registration Act de 1950 va plus loin en créant quatre groupes ethniques : les blancs, les noirs, les indiens et les « *coloured* » pour les populations métisses, surtout situées au Cap. La même année, le Group Areas Act découpe les zones urbaines par groupes raciaux, les non-blancs étant restreints aux townships en périphérie des villes où ils peuvent accéder, pour travailler, grâce à un système de passes sophistiqué. D'autres lois restreignent l'accès aux emplois qualifiés aux non-blancs ou prohibent les mariages entre groupes. Parallèlement, le Promotion of Bantu Self-Government Act de 1959 qui crée neuf nations, appelées *bantustans* puis *homelands*, qualifiées de

nations indépendantes par le Bantu Homelands Citizenship Act de 1970, faisant de chaque non-blanc le citoyen de l'un d'entre eux en lui retirant du même coup la citoyenneté sud-africaine. Ces territoires sont très pauvres tandis que les populations blanches urbaines atteignent un niveau de vie élevé.

L'indépendance du Mozambique et de l'Angola au début des années 1970 – contre laquelle lutte l'armée sud-africaine envoyée sur place – puis surtout les émeutes du township de Soweto en 1976 reçoivent un écho mondial. Le pays est alors bloqué dans la crise économique et la contestation politique, notamment celle menée par l'*African national congress* (ANC) fondé en 1902 sous un autre nom, ou du Parti communiste d'Afrique du Sud (SACP), créé en 1921. Les deux organisations font l'objet d'une violente répression et passent à la lutte armée dans les années 1960. La Constitution de 1983 crée une troisième chambre qui permet la représentation des Coloured et des Indiens ainsi que le basculement vers un système plus centralisé. Le premier titulaire du poste dans ce système est Pieter Botha, élu en 1984, qui dirigeait déjà le pays d'une main de fer comme Premier ministre depuis 1978. La situation devient intenable lorsqu'une partie du monde occidental coupe ses liens commerciaux et diplomatiques avec le régime. La situation économique se détériore. En 1991, un processus de négociation officiel débute au sein de la *Convention for a Democratic South Africa* (CODESA), qui réunit notamment le *National Party* (NP) au pouvoir et l'ANC, dont les têtes respectives sont le Président Frederik de Klerk – un modéré qui a pris la suite de l'intransigent Pieter Botha – et Nelson Mandela. Les premiers échanges du célèbre prisonnier avec le régime datent de 1985, ainsi que le Democratic party, blanc et libéral, et l'Inkatha Freedom Party (IFP), un mouvement zoulou indépendantiste. Les négociations échouent dans un premier temps et l'année 1992 est émaillée de violences, mais un accord permet l'adoption d'un premier texte intérimaire en 1993, qui pose des conditions à l'adoption du texte définitif, dont le respect sera vérifié par une Cour constitutionnelle nouvellement créée<sup>14</sup>. Des élections générales ont lieu en 1994, les premières qui soient libres dans le pays. L'ANC en sort gagnante, avec Nelson Mandela Président, mais sans disposer de suffisamment de voix dans les deux chambres du Parlement, qui jointes ont fonction constituante, pour décider seul du texte fondamental du pays. Un gouvernement d'union nationale est formé. En 1996, un texte final est adopté par l'assemblée constituante.

Le texte proclame un nouvel ordre constitutionnel qui contient des dispositions progressistes nombreuses et éloquentes. L'égalité est qualifiée en des termes particulièrement

---

<sup>14</sup> La Cour a contrôlé la première version du texte, en invalidant plusieurs points, CCAS, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, op. cit. Elle a ensuite approuvé le texte final, CCAS, 4 décembre 1996, *Certification of the amended text of the Constitution of South Africa* (unanime).

généreux<sup>15</sup> et le droit de propriété est compensé par des dispositions relatives à l'expropriation et à l'accès à la propriété<sup>16</sup>. Une grande place est accordée aux droits humains, avec le droit à la dignité, à la vie, à la vie privée, d'expression et d'opinion, ou encore le droit à l'appartenance à une communauté culturelle et linguistique et à se syndiquer. Le texte évoque l'accès au logement, à la

---

<sup>15</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 9 :

« 1. *Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.*

2. *Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.*

3. *The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.*

4. *No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.*

5. *Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair. »*

<sup>16</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 25 :

« 1. *No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.*

2. *Property may be expropriated only in terms of law of general application*

a. *for a public purpose or in the public interest; and*

b. *subject to compensation, the amount of which and the time and manner of payment of which have either been agreed to by those affected or decided or approved by a court.*

3. *The amount of the compensation and the time and manner of payment must be just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including*

a. *the current use of the property;*

b. *the history of the acquisition and use of the property;*

c. *the market value of the property;*

d. *the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; and*

e. *the purpose of the expropriation.*

4. *For the purposes of this section*

a. *the public interest includes the nation's commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa's natural resources; and*

b. *property is not limited to land.*

5. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis. (...) »*

santé, à l'eau et à la sécurité sociale aux articles 26 et 27<sup>17</sup>. Le texte prévoit son opposabilité à tous les acteurs publics<sup>18</sup> mais aussi un effet horizontal vis-à-vis des personnes privées<sup>19</sup>.

La transition démocratique de 1991 ne vient pas de nulle part. Elle est déclenchée par l'épuisement politique et économique du régime de l'Apartheid, mais elle est aussi la victoire d'une opposition ancienne et structurée. Le sens même de la transition est de laisser venir au pouvoir l'ANC fondée en 1902, dont le programme a toujours été celui d'une transformation économique et sociale, et souvent, par ailleurs, celui d'une adhésion à la *rule of law*<sup>20</sup>. Le 26 juin 1955 à Kliptown, dans le township de Soweto, l'ANC et le South African Indian Congress, le South African Congress of Democrats (blanc) et le Coloured People's Congress, réunis dans le Congress of the people, adoptent une Charte de la liberté (Freedom Charter) qui préfigure de beaucoup les textes des années 1996. Très brève, elle évoque les libertés de participation politique, de mouvement, d'expression et de réunion, mais aussi, le travail et une paie égale, une éducation libre et égalitaire<sup>21</sup>, la répartition des richesses et des terres, la reconnaissance et le libre développement des langues, cultures et traditions, l'action de l'État pour aider les paysans<sup>22</sup>, le droit de s'établir et d'avoir un toit, la fin des

---

<sup>17</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 26 :

« 1. *Everyone has the right to have access to adequate housing.*

2. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.*

3. *No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions. »*

Article 27 :

« 1. *Everyone has the right to have access to*

a. *health care services, including reproductive health care;*

b. *sufficient food and water; and*

c. *social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.*

2. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.*

3. *No one may be refused emergency medical treatment. »*

<sup>18</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 7 :

« 1. *This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.*

2. *The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights (...) »*

<sup>19</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 8 :

« 1. *The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state.*

2. *A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. (...) »*

<sup>20</sup> C'est ce que montre Albie Sachs, juriste engagé à l'ANC qui sera nommé juge à la Cour constitutionnelle en 1995 : A. SACHS, « South Africa's unconstitutional constitution: the transition from power to lawful power », *St Louis law journal*, 1997, vol. 41

<sup>21</sup> « *The aim of education shall be to teach the youth to love their people and their culture, to honour human brotherhood, liberty and peace; (...) Adult illiteracy shall be ended by a mass state education plan; »*

<sup>22</sup> « *Restrictions of land ownership on a racial basis shall be ended, and all the land redivided amongst those who work it, to banish famine and land hunger; The state shall help the peasants with implements, seed, tractors and dams to save the soil and assist the tillers. »*

ghettos et la santé et l'assistance et le loisir pour tous<sup>23</sup>. Si la branche favorable à la violence politique l'emporte au sein de l'ANC en réaction à la répression des années 1960<sup>24</sup>, c'est bien un retour à une voie plus modérée que marque la négociation avec le régime à partir des années 1980<sup>25</sup>.

L'ANC publie en 1989 des lignes directrices pour un nouveau texte constitutionnel<sup>26</sup>, puis surtout en 1991 le projet de déclaration des droits élaboré par son Constitutional Committee, qui sert de base à sa participation aux négociations de la CODESA. On y trouve une « libération de la faim », un « droit un abri » et « à l'éducation », « au travail », « à la santé », « à un revenu minimal et à des droits sociaux », et des dispositions plus précises sur les femmes, les enfants et l'environnement, ainsi qu'un article renvoyant à leur réalisation progressive par l'État, selon des termes similaires à ceux qui seront choisis pour le texte adopté<sup>27</sup>. Les droits sociaux sont alors conçus comme le pendant nécessaire de la réalisation de tous les droits humains<sup>28</sup>, et plus largement les droits fondamentaux – et leur invocation individuelle – sont envisagés par l'ANC comme un outil de la transformation<sup>29</sup>. Le DP et l'IFP proposent également des droits sociaux, et une campagne qui regroupe des organisations humanitaires, des militants et des universitaires appelle à l'inclusion de droits sociaux dans la Constitution : une pétition déposée auprès de la constituante appelle à contrebalancer les libertés négatives et notamment le droit de propriété et à proposer des valeurs progressistes qui servent aux juges pour interpréter le texte constitutionnel<sup>30</sup>. C'est chose faite en 1996.

---

<sup>23</sup> « *All people shall have the right to live where they choose, to be decently housed, and to bring up their families in comfort and security; Unused housing space to be made available to the people; Rent and prices shall be lowered, food plentiful and no one shall go hungry; A preventive health scheme shall be run by the state; Free medical care and hospitalisation shall be provided for all, with special care for mothers and young children; Slums shall be demolished, and new suburbs built where all have transport, roads, lighting, playing fields, creches and social centres; The aged, the orphans, the disabled and the sick shall be cared for by the state; Rest, leisure and recreation shall be the right of all; Fenced locations and ghettos shall be abolished, and laws which break up families shall be repealed.* »

<sup>24</sup> F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Seuil, 2013, p. 413-419.

<sup>25</sup> Cette domination de la branche modérée explique ensuite l'écart qui a pu être constaté entre certaines ambitions associées à l'idéal constitutionnel et la politique néolibérale menée à partir de 1996, voir *infra*, chapitre 3.

<sup>26</sup> ANC, « Constitutional Guidelines for a Democratic South Africa », 1989, [www.anc.org.za/show.php?id=294](http://www.anc.org.za/show.php?id=294)

<sup>27</sup> ANC, « A bill of rights for a democratic South Africa : Working draft for consultation », *South African Journal on Human Rights*, vol. 7, n° 1, 1991, p. 110-123 : « *freedom from hunger* », « *right to shelter* », « *to education* », « *to work* », « *to health* », « *to a minimum income and welfare rights* ». Le parti reprend des termes similaires dans ses propositions ultérieures, ANC, « Bill of rights for a New South Africa », mai 1992. ANC, « Draft Bill of rights, preliminary revised version », février 1993.

<sup>28</sup> C'est l'explication proposée par Albie Sachs, qui milite au sein de l'ANC pour des droits sociaux, A. SACHS, « Towards a Bill of Rights for a Democratic South Africa », *South African Journal on Human Rights*, vol. 6, n° 1, 1990, p. 1-24, .

<sup>29</sup> C'est ce qu'explique le conseiller du Président Mandela et membre du Constitutional Committee de l'ANC, N. HAYSOM, « Democracy, constitutionalism and the ANC's Bill of Rights for a new South Africa », *South African Journal on Human Rights*, vol. 7, n° 1, 1991, p. 102-109. Voir aussi S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights : adjudication under a transformative constitution*, Juta, 2010, p. 8.

<sup>30</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 28, p. 11 et 17.

## 2. La fin de l’Apartheid ou un nouvel ordre constitutionnel

Le processus constituant qui a lieu de 1991 à 1996 est une complexe construction par rapport au passé, qui dépasse les seuls mécanismes de justice transitionnelle. Applaudissant la décision *Grootboom* de 2001 et en profitant pour livrer une observation générale sur la Constitution de 1996, le juriste américain Cass Sunstein distinguait les constitutions conservatrices, au rang desquelles il plaçait la Constitution américaine de 1787, des constitutions transformatrices qui comme en Afrique du Sud viseraient à empêcher un pays de renouer avec le passé tout en corrigeant ses effets<sup>31</sup>. Ce à quoi le juriste sud-africain Theunis Roux a répliqué qu’il s’agissait là en réalité d’une lecture entièrement conservatrice qui se bornait à situer le processus constituant par rapport à l’Apartheid alors que celui-ci, comme tout évènement historique, ne pouvait par définition se reproduire à nouveau une fois qu’il y avait été mis fin<sup>32</sup>. Selon cette lecture, la transformation se préoccupe non de la préservation et de la correction des effets comme le postule Cass Sunstein, mais de la correction des effets en premier lieu et, au-delà, de la construction d’une société nouvelle, vers l’avenir. La Constitution de 1996 n’est alors pas seulement la proclamation d’un nouveau régime démocratique, mais l’instrument normatif qui vient corriger un héritage de colonisation, de domination et d’inégalités, lequel est ancré dans les structures sociales. Il ne s’agit pas d’empêcher le régime de l’Apartheid de se reproduire, de la même manière que les constitutions européennes d’après-guerre proclamaient la dignité humaine contre le fascisme et les constitutions révolutionnaires américaines et françaises mettaient fin à l’absolu colonial ou monarchique en limitant le pouvoir – même si cet aspect préservateur est certes présent. Il s’agit surtout de viser la raison d’être du régime honni : l’inégalité raciale et ses prolongements socio-économiques. Dès lors, « contrairement à de nombreuses constitutions libérales classiques, sa principale préoccupation n’est pas de limiter le pouvoir de l’État, mais d’engendrer un changement fondamental dans les relations politiques, économiques et sociales injustes en Afrique du Sud<sup>33</sup> ». Dans une telle approche du constitutionnalisme<sup>34</sup>, la limitation des pouvoirs renvoie au maintien d’un ordre social stable, quand le constitutionnalisme transformateur ou « transitionnel » viserait au contraire un changement

---

<sup>31</sup> C.R. SUNSTEIN, « Social and economic rights ? Lessons from South Africa », *Constitutional forum*, vol. 11, n° 4, 2001, p. 123-132.

<sup>32</sup> T. ROUX, « Understanding Grootboom: A Response to Cass R. Sunstein », *Constitutional forum*, vol. 12, n° 2, 2002, p. 41-51.

<sup>33</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *Stellenbosch Law Review*, vol. 1, 2006, p. 1-36, spec. p. 6 : « unlike many classic liberal constitutions, its primary concern is not to restrain State power, but to facilitate a fundamental change in unjust political, economic and social relations in South Africa ».

<sup>34</sup> Cette lecture provient toutefois d’une rhétorique post-coloniale voire d’une présentation schématique d’ordre didactique qui ne décrit pas de manière tout à fait pertinente ni le constitutionnalisme du Nord, ni le constitutionnalisme du Sud, du fait que le Nord et le Sud sont moins des entités distinctes que des phénomènes de circulation ont lieu. Voir *infra*, chapitre 5, section 1.

permanent, assumant la contradiction d'un droit qui selon une formule célèbre « regarde en arrière » autant « qu'en avant »<sup>35</sup>. Des mots de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, la Constitution de 1996 « est un acte qui vise à transformer le *statu quo* en un nouvel ordre<sup>36</sup> ».

Selon une lecture devenue classique, la Constitution sud-africaine de 1996 opèrerait un dépassement du conservatisme des textes supposés non-transformateurs par la richesse substantielle de son texte<sup>37</sup>. Le préambule appelle en effet à « guérir les divisions du passé et établir une société basée sur les valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits humains fondamentaux<sup>38</sup> », même si l'on a mieux retenu la célèbre métaphore utilisée par le texte intérimaire de 1993, qui évoquait un « pont historique » vers une nouvelle société dont elle listait les caractéristiques<sup>39</sup>. L'inventaire à la Prévert est le mode d'expression privilégié pour qualifier la société que viserait le texte de 1996, dans le sens du certificat de « post-libéralisme » apposé par Karl Klare dans son texte célèbre de 1998<sup>40</sup>. L'auteur nord-américain juge que la Constitution sud-africaine, en proclamant des valeurs progressistes, marque un « engagement » vers une transformation par le droit, entendue comme plus qu'une réforme, mais moins qu'une révolution. Selon ses termes,

Par constitutionnalisme transformateur, j'entends un projet à long terme de promulgation, d'interprétation et d'application de la Constitution, visant (non pas isolément, bien sûr, mais dans un contexte historique de développements politiques propices) à transformer les institutions

---

<sup>35</sup> R. TEITEL, « Transitional Jurisprudence : the Role of Law in Political Transformation », *Yale Law Journal*, vol. 106, n° 7, 1997, p. 2009-2080, spec. p. 2014-2018, *backward-looking* et *forward-looking*. L'auteur vise l'Afrique du Sud autant que la Colombie. Par constitutionnalisme libéral, l'auteur entend une théorie moderne qu'il associe notamment à la révolution américaine, où le changement social est certes créé par la Constitution mais le nouvel ordre « libéral » voué à durer pour l'éternité (*forward-looking*) (*Ibid.*, p. 2054s). Il s'appuie alors essentiellement sur la lecture de B. ACKERMAN, *We the people, Volume 1 : Foundations*, Harvard University Press, 1993

<sup>36</sup> CCAS, 15 mai 1996, *Du Plessis v. De Klerk* (Sydney Kentridge), §157 : « is a document that seeks to transform the status quo ante into a new order ».

<sup>37</sup> Comme le note le juge Mahomed dans l'affaire Makwanyane, à propos de la Constitution de 1993, « *All Constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail, the shared aspirations of a nation; the values which bind its people, and which discipline its government and its national institutions; the basic premises upon which judicial, legislative and executive power is to be wielded; the constitutional limits and the conditions upon which that power is to be exercised; the national ethos which defines and regulates that exercise; and the moral and ethical direction which that nation has identified for its future* » (CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case* (Arthur Chaskalson), opinion concordante d'Ismail Mahomed, §262).

<sup>38</sup> Préambule de la Constitution d'Afrique du Sud 1996 : « *This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex. The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society.* »

<sup>39</sup> Postambule de la Constitution d'Afrique du Sud de 1996.

<sup>40</sup> L'auteur qualifie ainsi le texte à partir du préambule : « *multiculturalism, close attention to gender and sexual identity, emphasis on participation and governmental transparency, environmentalism and the extension of democratic ideals into the 'private sphere.'* », K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, spec. p. 152. Ou encore, le texte serait « *social, redistributive, caring, positive, at least partly horizontal, participatory, multicultural, and self-conscious about its historical setting and transformative role and mission* », *Ibid.*, p. 153.

politiques et sociales et les relations de pouvoir d'un pays dans un sens démocratique, participative et égalitaire. Le constitutionnalisme transformateur désigne une entreprise visant à induire un changement social à grande échelle par le biais de processus politiques non violents fondés sur le droit. J'ai à l'esprit une transformation suffisamment vaste pour que l'expression 'réforme' ne suffise pas à la saisir, mais quelque chose d'autre que la 'révolution' au sens traditionnel du terme. En arrière-plan, il y a l'idée d'une communauté hautement égalitaire, bienveillante et multiculturelle, gouvernée par des processus participatifs et démocratiques, à la fois dans la sphère politique et dans de larges portions de ce que nous appelons aujourd'hui la 'sphère privée'.<sup>41</sup>

C'est *in fine* l'idéal d'une société soudée et étroitement unie dans sa diversité et donc aussi l'individualité qui serait proclamée, une tension que ne renie pas Klare, qui parle de post-libéralisme et non d'illibéralisme, soit « une vision de l'autodétermination collective parallèle à (et non au lieu de) sa forte vision de l'autodétermination individuelle<sup>42</sup> ». C'est avant tout l'absence d'une primauté donnée aux libertés individuelles qui caractériserait le texte. La dimension égalitaire serait l'inverse d'une seule « sphère privée », au sens de la liberté des modernes que prônait Benjamin Constant<sup>43</sup>, et se traduirait par les dispositions axiologiques autant que par les droits sociaux justiciables, par l'égalité qualifiée de manière substantielle, par une désacralisation de la propriété et – c'est un point essentiel noté par Klare, bien que plus rarement repris – par l'effet horizontal des droits vis-à-vis des acteurs privés<sup>44</sup>. Aussi c'est pourquoi contrairement à la Constitution américaine la Constitution sud-africaine évoque les individus situés et leur avenir plutôt qu'un contrat social abstrait<sup>45</sup>, ce qui

---

<sup>41</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, spec. p. 150 : « *By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law. I have in mind a transformation vast enough to be inadequately captured by the phrase 'reform', but something short of or different from 'revolution' in any traditional sense of the word. In the background is an idea of a highly egalitarian, caring, multicultural community, governed through participatory, democratic processes in both the polity and large portions of what we now call the 'private sphere'.* »

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 154 : « *a vision of collective self-determination parallel to (not in place of) its strong vision of individual self-determination* »

<sup>43</sup> Sur le sens du constitutionnalisme dans les redéfinitions dont il a fait l'objet vis-à-vis du corps social, voir *infra*, chapitre 3.

<sup>44</sup> Klare voyait dans l'extension de ces obligations aux personnes privées aux alinéas 2 et 3 de l'article 8 le principal élément « post-libéral » de la Constitution de 1996, même s'il jugeait que la Cour dans ses premières décisions ne développait pas suffisamment cet aspect du texte, K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, p. 153 et 179-187. C'est un point sur lequel Karl Klare est revenu en 2010, analysant avec Dennis Davis les changements apportés à la Common law sud-africaine, D. DAVIS, K.E. KLARE, « Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law », *South African Journal of Human Rights*, vol. 26, n° 3, 2010. Voir la lecture proposée par M. PIETERSE, « What do we mean when we talk about Transformative Constitutionalism ? », *South African Public Law*, vol. 20, 2005, p. 155-166.

<sup>45</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, p. 155 : « *The Constitution does not even purport to present itself as timeless and metahistoric, coming down from on high. It rejects the fiction that the political community is founded at a single magic moment of 'social contract', thereby ratifying the pre-existing hierarchy and distribution of social and economic power. It evinces an understanding that legal and political institutions are chosen, not given, that democracy must be periodically reinvented, and that the Constitution itself is the contingent (even fragile) product of human agency. Those who suffered and died to achieve constitutional democracy in South Africa are expressly remembered and honored.* »



fait indubitablement penser à la démarcation entre une Constitution qui rompt avec le passé et une Constitution qui cherche à créer un avenir.

Cette lecture a été partiellement reprise. Une formulation alternative – et rarement citée – est celle de Laurie Ackerman, membre de la Cour constitutionnelle, qui s'appuie sur Kelsen pour distinguer une Constitution adoptée à l'issue d'une révolution d'une Constitution adoptée à l'issue d'une « révolution substantielle », sans changement formel de l'État et sans renversement puisque le NP a lui-même cédé le pouvoir et s'est soumis aux élections, mais par le remplacement au sein du même ordre juridique des valeurs anciennes par des valeurs constitutionnelles nouvelles, en particulier la dignité et l'égalité, ainsi que la garantie de droits sociaux<sup>46</sup>. Aussi le volet relatif au raisonnement dans le texte de Karl Klare, dans lequel l'auteur appelle à être plus ouvert aux choix subjectifs<sup>47</sup>, a souvent été mis de côté. Mais le terme lui-même de constitutionnalisme transformateur et l'opposition entre passé et futur ont connu un succès fulgurant. Comme l'a noté le membre de la Cour constitutionnelle Pius Langa dans un texte qui fait référence, le constitutionnalisme renvoie à l'imbrication entre deux sens indissociables, une transformation économique et une transformation de la culture juridique, conçues en rupture d'avec l'Apartheid<sup>48</sup>. Les mots sont rares sous la plume de juges, et l'on voit apparaître une spécificité du constitutionnalisme dans la circulation même de son discours, qui a atteint la Cour. Dans sa deuxième décision, rendue à l'unanimité, dans laquelle elle juge la peine de mort contraire à la Constitution intérimaire de 1993, la Cour s'appuie ostensiblement sur la vision de la société que proclamerait le nouvel ordre constitutionnel sud-africain. Pour le juge Mahomed, alors vice-président et futur président de la Cour, c'est une rupture historique que marquerait le texte et qui le distinguerait de ceux qui ne se préoccuperaient que de proclamer un pacte social :

Dans certains pays, la Constitution ne fait que formaliser, dans un instrument juridique, un consensus historique de valeurs et d'aspirations évoluant progressivement à partir d'un passé stable et ininterrompu pour répondre aux besoins de l'avenir. La Constitution sud-africaine est différente : elle ne retient du passé que ce qui est défendable et représente une rupture décisive et un rejet catégorique de la partie du passé qui est honteusement raciste, autoritaire, insulaire et répressive,

---

<sup>46</sup> L. ACKERMAN, « The legal nature of the South African constitutional revolution », *New Zealand law review*, n° 4, 2004, p. 633-679. Sur la nature de valeurs ou de droit des objets juridiques que sont la dignité et l'égalité en Afrique du Sud, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>47</sup> Voir chapitre 3.

<sup>48</sup> P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, n° 3, 2006, p. 351-360. Ainsi « *At the heart of a transformative Constitution is a commitment to substantive reasoning, to examining the underlying principles that inform laws themselves and judicial reaction to those laws. Purely formalist reasoning tends to avoid that responsibility.* » (*Ibid.*, p. 357). Pour une défense actualisée de la vision de Pius Langa par le directeur d'une clinique juridique et un assistant de la Cour, voir J. BRICKHILL, Y. VAN LEEVE, « Transformative Constitutionalism - Guiding Light Or Empty Slogan », *Acta Juridica*, 2015, p. 141-171.

ainsi qu'une identification et un engagement vigoureux en faveur d'une éthique démocratique, universaliste, bienveillante et égalitaire, expressément formulée dans la Constitution.<sup>49</sup>

La transformation portée par la Constitution de 1996 aurait consisté à traduire la visée réconciliatrice de la transition démocratique par une exigence de transformation de la réalité matérielle concrète des Sud-africains, dans le sens des valeurs de justice sociale portées par le texte, selon Pius Langa<sup>50</sup> ou le juge et futur président adjoint de la Cour Dikgang Moseneke<sup>51</sup>. Cette justice sociale passe par une égalité substantielle qui vise toutes les formes de discrimination<sup>52</sup> et par la réalisation des droits sociaux, sans quoi l'idéal serait resté de papier. C'est ce qu'exprime le premier président de la Cour constitutionnelle, Arthur Chaskalson, dans la première décision de la Cour relative aux droits sociaux, par des mots souvent cités par les juristes sud-africains et les opinions ultérieures :

Nous vivons dans une société dans laquelle il existe de grandes disparités de richesse. Des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une grande pauvreté. Le taux de chômage est élevé, la sécurité sociale est insuffisante et beaucoup n'ont pas accès à l'eau potable ou à des services de santé adéquats. Ces conditions existaient déjà lors de l'adoption de la Constitution et l'engagement à y remédier et à transformer notre société en une société où règnent la dignité

---

<sup>49</sup> CCAS, *S. v. Makwanyane and Another Case*, *op. cit.*, opinion concordante d'Ismail Mahomed, §262 : « *In some countries, the Constitution only formalizes, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different : it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution.* ». La décision poursuit, s'appuyant sur le préambule : « *What the Constitution expressly aspires to do is to provide a transition from these grossly unacceptable features of the past to a conspicuously contrasting 'future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex.* ».

<sup>50</sup> P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 47, p. 359 : « *the most effective manner to summon the rain of forgiveness is (...) through social justice which must include a levelling of socio-economic conditions. Reconciliation therefore supplements, but also requires an improvement of socio-economic conditions. Creating a climate for forgiveness as one of our national projects means that no one takes forgiveness for granted. It can never be a one-sided exercise. That is why I believe that national reconciliation cannot be divorced from the reconstruction of the socio-economic conditions of the country.* ».

<sup>51</sup> D. MOSENEKE, « The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture : Transformative Adjudication », *South African Journal of Human Rights*, vol. 18, 2002, p. 309-319, p. 318 : « *transformative adjudication must be put to the task of achieving (in conjunction with other organs of the state and diverse organs of civil society) social redistributive justice. The primary purpose of the Constitution is to intervene in unjust, uneven and impermissible power and resource distributions, in order to restore substantive equality, permissive or tolerable in a country, which has committed to foundational values such as are to be found in our Constitution.* ». Dès lors, « *Unlike classical liberal jurisprudence, animated by individual autonomy and protection of property, the attainment of collective good, through redistributive fairness in an open and accountable society, informs transformative jurisprudence.* » (*Ibid.*, p. 317).

<sup>52</sup> Selon Albertyn et Goldblatt, qui écrivent la même année que Klare et sont très cités, « *The challenge of achieving equality within this transformation project involves the eradication of systemic forms of domination and material disadvantage based on race, gender, class and other grounds of inequality. It also entails the development of opportunities which allow people to realise their full human potential within positive social relationships.* », C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT, « Facing the Challenge of Transformation : Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 249.

humaine, la liberté et l'égalité est au cœur de notre nouvel ordre constitutionnel. Tant que ces conditions continueront d'exister, cette aspiration sonnera faux.<sup>53</sup>

La même exigence d'effectivité est mise en avant par la Cour lorsqu'elle rappelle, dans une décision célèbre, « la dure réalité selon laquelle la promesse de dignité et d'égalité pour tous faite par la Constitution reste un rêve lointain<sup>54</sup> » : le juge se lie aux rêves et, partant, prend le risque de les nourrir en essayant de les réaliser. En donnant cet idéal, le juge décrit-il alors une réalité ou décrit-il l'idéal comme s'il pouvait exister ? Les mots du droit sont-ils des illusions sans fin ou des « ponts<sup>55</sup> » vers des réalisations ultérieures ?

## **B. En Colombie, du Frente Nacional à l'État social de droit**

Le processus constituant Colombien marque un siècle et demi d'histoire de l'État (1) et se comprend dans une rupture axiologique (2).

### **1. Une histoire politique entre violence et exclusion**

Le territoire de l'actuelle Colombie est colonisé par l'Espagne au début du XV<sup>ème</sup> siècle, au sein de la Nouvelle-Grenade, les colons européens tuant ou repoussant les populations amérindiennes et amenant des esclaves africains avec eux<sup>56</sup>. Des révoltes ont lieu au début du XIX<sup>ème</sup> siècle lorsque les élites locales se défont des liens avec l'Europe, jusqu'à la victoire contre l'armée espagnole de Simón Bolívar, qui réalise en 1821 son rêve d'unir les actuels Venezuela, Équateur, Panama, Colombie dans la République de Grande Colombie. L'indépendance des deux premiers quelques années plus tard et du Panama en 1903 donne lieu à la République de Nouvelle-Grenade, pauvre et traversée par les guerres civiles, sous la forme d'une confédération puis d'États-Unis. Le régime change en 1886 pour devenir la République de Colombie, dont la Constitution est en vigueur jusqu'à 1991<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> CCAS, 27 novembre 1998, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, (Arthur Chaskalson), §8 : « *We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.* »

<sup>54</sup> CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (Zakeria Yacoob), ci-après *Grootboom*, §2 : « *the harsh reality that the Constitution's promise of dignity and equality for all remains a distant dream* ».

<sup>55</sup> D. BILCHITZ, « Fundamental Rights as Bridging Concepts: Straddling the Boundary Between Ideal Justice and an Imperfect Reality », *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 119-143, et pour une critique, voir *infra*, chapitre 3, section 1, §2.

<sup>56</sup> Une histoire complète de la Colombie a été réalisée par J.-P. MINAUDIER, *Histoire de la Colombie de la conquête à nos jours*, L'Harmattan, 1997.

<sup>57</sup> Pour une histoire constitutionnelle de la Colombie jusqu'à 1991, voir H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano* (1987), Panamericana Editorial, 2010, notamment les parties deux et trois, p. 71-200.

Comme ailleurs dans la région, le parti libéral (fondé en 1848) et le parti conservateur (fondé en 1849) dominent la vie politique, en s'opposant dans une suite de guerres civiles, en particulier sur la question cléricale ou sur la forme de l'État. La croissance économique favorise les libéraux dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, avec une croissance économique qui fait suite à la stagnation d'après l'indépendance. La Regeneración marque ensuite l'avènement des conservateurs qui, au pouvoir de 1880 à 1930, rédigent la Constitution de 1886<sup>58</sup>. Le texte se concentre sur l'organisation des pouvoirs, sans déclaration des droits, une organisation qui repose largement sur les pouvoirs du Président et un suffrage censitaire, amincissant encore les chances de participation politique. Une révision de 1910 ouvre – à peine – le régime, en permettant l'élection du président au suffrage universel (toujours censitaire) pour quatre ans au lieu de six, et en instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception auprès de la Cour suprême. De 1930 à 1946, les libéraux qui dirigent le pays œuvrent à renforcer les libertés publiques et à la décentralisation du pouvoir, tandis que le président Lopèz mène une politique de réforme sociale<sup>59</sup>. Lors de la révision de 1936, le suffrage universel est ouvert à tous les hommes âgés de vingt-et-uns ans au moins et le droit de propriété est amendé afin de laisser une plus grande place à l'intervention étatique. La réaction conservatrice dure jusqu'en 1946 et plusieurs guerres civiles éclatent entre les deux camps<sup>60</sup>.

Comme ailleurs dans la région, les conservateurs privilégient une vision morale et religieuse de la communauté, le protectionnisme, selon une centralisation du pouvoir qui favorise l'autoritarisme, tandis que les libéraux privilégient l'autonomie individuelle et la décentralisation, méfiants vis-à-vis de l'État et de l'Église ; mais leur alternance au pouvoir permet l'élaboration progressive d'un socle constitutionnel commun<sup>61</sup>. Pour le juriste argentin Roberto Gargarella, qui a produit une monographie historique de référence sur le constitutionnalisme latinoaméricain, la pensée juridique de la région aurait alors repris « l'image la plus brutale de l'être humain<sup>62</sup> » des pères fondateurs du constitutionnalisme américain du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Dans un contexte social particulièrement violent, où les individus sont appréhendés par l'intérêt propre qu'ils défendraient par essence, et où leur rassemblement en factions est le principal risque que court la collectivité, l'objet d'une Constitution est de « canaliser » cette violence<sup>63</sup>. La conception de la séparation des pouvoirs qui découlerait de cette anthropologie reviendrait à contenir et opposer les différents

---

<sup>58</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, University of California Press, 1993, p. 101-154.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 187-200.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 101-154.

<sup>61</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University press, 2013, p. 20-43.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 55 : « the crudest picture of human beings »

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 55-56. Roberto Gargarella s'appuie notamment sur la lecture de James Madison dans les dixième et cinquante-et-unième numéros des *Federalists papers*, et d'Alexander Hamilton dans une moindre mesure.

pouvoirs au sein d'une « paix armée »<sup>64</sup>. Le constitutionnalisme libéral-conservateur latino-américain dominant au XIX<sup>ème</sup> siècle aurait relu jusqu'à la caricature ce modèle venu du Nord, avec des « constitutions austères » dont la dynamique est bien montrée par la formule alors populaire, « ordre et progrès », que Roberto Gargarella résume comme un principe de « libertés politiques limitées et de vastes libertés économiques »<sup>65</sup>. Schématiquement, les libéraux voulaient une intervention étatique minimale<sup>66</sup> et les conservateurs une concentration des pouvoirs entre les mains du président, sans véritable contre-pouvoir ni fédéralisme, en restreignant les droits politiques et notamment de participation<sup>67</sup> : les deux camps se retrouvent dans l'idéal d'une société de commerçants, stratifiée et pacifiée en vue d'une croissance économique maximale, dans le contexte de l'essor du positivisme scientifique. La Regeneración conservatrice colombienne, à partir de 1880, est menée par un personnage tout à fait typique de ce mouvement, Rafael Nuñez, un ancien libéral, positiviste scientifique convaincu, mais aux mœurs conservatrices ; il cherche à unir les deux camps au profit de ces dernières et d'une centralisation politique forte et du mot d'ordre Ordre, progrès et tradition<sup>68</sup>. La Constitution colombienne de 1886 voulue par Nuñez légitime le libéralisme politique et économique afin de stabiliser le système commercial et la stratification bourgeoise du pays depuis

---

<sup>64</sup> R. GARGARELLA, « “We the People” Outside of the Constitution : The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances », *Current Legal Problems*, vol. 67, n° 1, 2014, p. 1-47, spec. 22s. Aussi « *This fearful approach to politics favoured the development of a negative understanding of democracy—let us call it pluralist—where the main purpose of democracy is not to foster deliberation or promote collective agreements, but rather to avoid mutual oppressions. This goal, together with the assumption that factions had a natural tendency to oppress each other, explains the Framers’ overriding concern with the creation of a system of controls and mutual balances.* » (p. 30).

<sup>65</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, op. cit. note 60, p. 108. Après les régimes coloniaux, et plusieurs dictatures militaires, « *Most people understood that the State could become a threat for personal liberties.* » (Ibid., p. 54) : les conservateurs rejoignent les libéraux sur le sujet de la neutralité de l'État. Entre eux, c'est surtout une certaine idée de l'importance des relations économiques qui prévaut : un lien fort entre « *economic independence and political independence* » (Ibid., p. 46) : il était jugé, dans des sociétés très inégales en matière de propriété, que ceux qui possédaient beaucoup à la fois avaient plus de capacité intellectuelle et d'indépendance d'esprit et plus d'intérêt à la chose publique, et qu'ils couraient plus de risque face à l'État, ; d'où la limitation des droits aux propriétaires, notamment le droit de vote qui dans beaucoup des pays de la région dépend alors de pré-requis économiques. En somme, « *In the context of extremely unequal societies, this claim put the institutional system at the service of the existing social and economic relationships. The law, in this way, was used to enforce and provide stability to those relationships* » (Ibid., p. 47).

<sup>66</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, op. cit. note 60, p. 28. Ainsi, les deux courants « *refused to accept the inclusion of social or economic rights in the Constitution (no major surprise about that), advocated for a very narrow approach to political rights, and showed a decisive concern for property rights, which they considered indispensable for the protection of national interests.* » (Ibid., 29), enfermant les droits dans « *a definition that was limited to the minority of the “rich and well born.”* » (Ibid., 29),

<sup>67</sup> Les libéraux conservateurs au XVIII<sup>ème</sup> siècle « *defined a system of checks and balances, but one that was partly unbalanced in favor of the president. (...) they created a too powerful Executive power, which challenged the structure of equilibriums that characterized the traditional system of checks and balances.* » (Ibid., p. 33). Il s'agit en effet d'« *un esquema de “frenos y contrapesos” o “balances y contrabalances” finalmente “desbalanceado” hacia el Ejecutivo, que implicaba—un producto del pacto— una parcial superposición entre las demandas de los liberales (un sistema de checks and balances al estilo norteamericano) y los conservadores (un sistema organizado en torno al Poder Ejecutivo)* », R. GARGARELLA, « Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” », *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 1, n° 27, 2018, p. 109-129, p. 112.

<sup>68</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia : A Nation in Spite of Itself*, op. cit. note 57, p. 140-154.

l'indépendance, et à cet égard les premiers écrits sur l'histoire constitutionnelle du pays de José María Samper, grand idéologue libéral, sont marqués par une influence étatsunienne certaine<sup>69</sup>.

Si la Colombie s'est distinguée dans la région pour ne pas avoir connu de régime dictatorial et jamais de coup d'État, son histoire politique et sociale a néanmoins été marquée par de violents conflits entre les camps libéraux et conservateurs, tout en restant dans le cadre institutionnel du bipartisme qui a assuré une certaine continuité du régime<sup>70</sup>. En particulier, la période de *La Violencia* (1948-1956) fait suite à des révoltes lors de la passation de pouvoirs des libéraux et conservateurs et à l'assassinat du candidat libéral à la présidentielle Jorge Eliécer Gaitán : entre 100 000 et 200 000 colombiens meurent, dans un phénomène complexe attribué aux mutations de la modernité dans une société aux structures politico-économiques anciennes<sup>71</sup>. Le général nationaliste Rojas Pinilla parvient au pouvoir en 1953. Il est démis en 1957 lorsque les cadres de l'armée le poussent à l'exil. Libéraux et conservateurs scellent alors une alliance originale pour mettre fin aux guerres civiles engendrées par leur opposition, en organisant leur alternance au pouvoir au sein d'un *Frente Nacional*, les deux partis exerçant à tour de rôle la présidence et le gouvernement en s'attribuant des portefeuilles par alternance<sup>72</sup>. Ce système est parvenu à assurer une vie politique stable et pacifique, fait inédit dans l'histoire colombienne, mais « ennuyeuse » et excluante<sup>73</sup>.

Dans les décennies qui suivent, le pays connaît une forte croissance démographique et industrielle tandis que les inégalités sociales et géographiques se creusent. Elles sont anciennes. Les villes se situent dans les vallées séparées par de hautes cordillères au sud du pays, quand les immensités du reste du territoire, les plaines du Nord jusqu'à la façade caribéenne ou la forêt tropicale de l'Est qui fait le lien infranchissable avec le Venezuela, sont laissées à une agriculture de petits producteurs et aux amérindiens. Dans les années 1960, des révoltes agraires éclatent au Nord et à l'Est et mènent à la formation de groupes révolutionnaires d'inspiration marxiste et castriste, qui contestent l'autorité du bloc libéral-conservateur jusqu'à exercer une certaine souveraineté de fait sur de grandes parties du territoire, comme les *Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia* (FARC) créées en 1964, ou l'*Ejército de liberación nacional* (ELN) en 1965. Plus axé sur le terrorisme urbain, le *Movimiento 19 de Abril* (M-19) naît en 1974 à la suite d'accusations de fraudes dans l'élection

---

<sup>69</sup> R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », in S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011, p. 39-54, spec. p. 54-62 et 165-174.

<sup>70</sup> Ce qui est parfois qualifié de paradoxe colombien, M. GARCIA VILLEGAS, « Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano », *Análisis político*, vol. 27, n° 82, 2014, p. 167-195.

<sup>71</sup> Voir G. GUZMAN CAMPOS, O. FALS BORDA, E. UMANA LUNA, *La Violencia en Colombia. Estudio de un proceso social*, Ediciones Tercer Mundo, 1964

<sup>72</sup> Voir D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia : A Nation in Spite of Itself*, *op. cit.* note 57, p. 223-248.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 223.

présidentielle de 1970. Le *Frente Nacional* a su pacifier le système politique et les institutions mais n'est pas parvenu à intégrer les demandes d'inclusion. Un processus constituant est alors envisagé pour restaurer la confiance en la politique, qui n'aura pas lieu avant deux décennies. La révision constitutionnelle de 1986 accroît légèrement la participation au-delà des deux partis historiques, sans changer l'exclusion qui fonde le constitutionnalisme colombien jusqu'alors<sup>74</sup>. Le conflit armé avec les guérilleros entraîne une dérive autoritaire du pouvoir, dont la majorité de l'exercice se fait sous l'état d'urgence à partir des années 1970, permettant au Président de gouverner par décret. La violence augmente inexorablement alors que le narcotrafic se développe dans les régions agricoles ; les cartels se constituent et contestent l'autorité de l'État, parfois en lien avec les guérilleros. Les années 1980 voient se cumuler une crise économique, l'essor des cartels et une violence politique et criminelle aigüe, menée par les guérilleros du M-19 dans d'impressionnants actes terroristes urbains et les FARC et l'ELN dans les territoires de l'Est. Entre les cartels devenus très puissants, les guérilleros qui se sont construits en alliance avec ces derniers ou contre eux selon les situations, et un État colombien qui n'a plus d'autorité sur une partie de son territoire, les groupes paramilitaires se vendent au plus offrant et les notables locaux des zones rurales jouent un jeu trouble.

Les blocages de la vie politique colombienne deviennent intenable lorsque la violence criminelle et politique culmine et que des voix dissidentes demandent un changement majeur, pour une participation politique accrue – c'est-à-dire une sortie du bipartisme – et une protection des minorités ethniques. Le Front national prend formellement fin lorsqu'en 1986 les conservateurs refusent la proposition de partage des postes et investitures faite par le nouveau président libéral Virgilio Barco, après la présidence de Belisario Betancur qui devait affronter une dissidence au sein de son propre camp, jusqu'à s'allier avec les libéraux sans grande conviction. Le M-19 et l'ELN<sup>75</sup> font le choix du désarmement après les négociations menées sous la présidence Barco, mais exigent en échange un processus constituant. Pour eux, la violence s'explique par les dysfonctionnements du système politique et démocratique et par l'appauvrissement des masses, qui nourrit en retour les groupes armés en appelant l'essor spectaculaire de l'économie de la drogue, tandis que les politiques publiques privilégient la réponse armée et l'austérité budgétaire aux dépenses sociales, accroissant la frustration<sup>76</sup>. Alors que des élections générales approchent en 1989, trois candidats sont assassinés. La mort de Luis Carlos Galán, candidat libéral qui devait succéder au président Barco,

---

<sup>74</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 56, p. 33-70.

<sup>75</sup> Après la résurgence de la violence, lors des accords de paix de 2016 qui parviennent à esquisser une fin pour le conflit armé, seuls les FARC déposent les armes et l'ELN continue le combat, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>76</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, *op. cit.* note 57, p. 253s.

incarnait un espoir de changement et s'opposait frontalement aux cartels<sup>77</sup>, suscite d'importantes manifestations dans tout le pays. Un mouvement étudiant, la Séptima papeleta, appelle les électeurs à glisser dans les urnes des élections présidentielles de mars 1990 un (septième) bulletin officieux pour la convocation d'une constituante<sup>78</sup>. Le résultat favorable à 86% est rendu officiel par un décret le 3 mai adopté par le président Libéral nouvellement élu, César Gaviria Trujillo, lui-même favorable à l'idée de remplacer la Constitution de 1886, idée que deux présidents précédents avaient déjà eue depuis 1978<sup>79</sup>. Des ateliers sont organisés dans tout le pays par le mouvement étudiant pour recueillir des propositions<sup>80</sup>. Il s'agit autant de susciter une mobilisation vivante que de canaliser la vigueur politique du moment, en vue de faire accepter la constituante, alors que les élites ont peur du mouvement populaire selon Manuel José Cepeda Espinosa, conseiller du président Gaviria mais également ami du leader étudiant Fernando Carrillo avec qui il a étudié à Harvard<sup>81</sup>, et qui a activement lutté pour la constituante. Le juriste raconte comment un homme inconnu de lui est venu s'émouvoir, à l'issue d'un atelier, que sa proposition ait été reprise : il s'agissait de l'article 2 de la Constitution relatif aux finalités de l'État colombien<sup>82</sup>.

Les élections sont favorables aux nouveaux mouvements politiques que sont le M-19 et l'ELN, mais aussi à des représentants autochtones ou religieux, pour un tiers des voix, et relègue ainsi le parti libéral et le parti conservateur à des positions qu'ils n'ont jamais connu dans l'histoire colombienne où ils ont toujours été les seuls compétiteurs<sup>83</sup>. Il n'y a pas en Colombie de mouvement d'opposition dont on pourrait suivre l'engagement pour des droits sociaux, contrairement à l'Afrique du Sud. Après une longue période de paix civile et de croissance économique, la crise mène en 1930 les libéraux au pouvoir – alors qu'ils n'y avaient pas été depuis cinquante ans – et le

---

<sup>77</sup> Au même moment le cartel de Medellín, suspecté dans l'assassinat de Galán, détruit un avion de ligne et tue plus d'une centaine de civils afin de (seulement) viser un informateur de la police à bord, et Pablo Escobar s'est fait connaître depuis quelques années pour l'arrogance qu'il opposait à un État incapable de l'arrêter alors qu'il en faisait assassiner haut-fonctionnaires et ministres en pleine rue.

<sup>78</sup> Pour un aperçu de ce mouvement spontané, voir le récit donné par son instigateur, F. CARRILLO, « La séptima papeleta: el sueño estudiantil que cambió la historia », *El Tiempo*, 3 juillet 2016, en ligne <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16635743> (consulté le 10 juillet 2021). Voir aussi l'analyse de C.A. TORRES, *De las aulas a las urnas: La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la constituyente de 1991*, Universidad del Rosario, 2006.

<sup>79</sup> Pour une analyse du processus constituant, voir D.T. FOX, G. GALLÓN-GIRALDO, A. STETSON, « Lessons of the Colombian constitutional reform of 1991: toward the securing of peace and reconciliation? », in L.E. MILLER (dir.), *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, Washington D.C, USIP, 2010, p. 467-482.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40, spec. p. 24-25. Comme il l'affirme lui-même, « *Politics was crucial not only to keep the citizens' mobilization process alive but also to calm the spirits, mainly of the elite. It feared a jump into the abyss, chaotic change, improvisation, and a tyrannical assembly. An agreement of all the political forces that condemned political violence allowed an agenda shared by the leaders of the main parties to be set.* » (p. 25).

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>83</sup> Sur 72 sièges, 25 reviennent aux libéraux, 19 au M-19, 11, 5 et 4 dans trois groupes conservateurs (soit 20 pour ce camp), 4 à d'autres mouvements guérilleros, 2 aux autochtones et 2 aux protestants.



président López mène une politique de réforme sociale qu'il intitule « *La Revolución en Marcha* »<sup>84</sup>, en s'inscrivant dans la révolution mexicaine de 1917, sans qu'il ne soit question en Colombie d'inclure des droits sociaux dans la Constitution de 1886. La révision de 1936 vise principalement la participation politique et intègre tout juste une disposition sur l'interventionnisme étatique. C'est un retournement qui se produit alors dans la pensée constitutionnelle latino-américaine selon Roberto Gargarella. Le pacte libéral-conservateur, distinguait clairement le droit de la société en limitant le constitutionnalisme à l'organisation des pouvoirs et à une forme très limitée de droits politiques, en s'appuyant selon l'auteur sur l'individualisme du constitutionnalisme américain. Mais au début du XX<sup>ème</sup> siècle, « les penseurs du droit ont supposé que le projet de transformation des sociétés existantes exigeait la promotion de transformations radicales, étendues, profondes dans la structure de base de la société », en prenant conscience de l'importance d'un « fondement matériel de la constitution »<sup>85</sup>, même si le phénomène n'a rien de nouveau. Ce n'est pas tant un courant social qui redonne une substance aux constitutions libérales qu'un autre sens que celui qu'avaient voulu leur donner les libéraux du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui précisément voyaient dans une Constitution peu fournie la fondation de leur vision d'une économie et d'une propriété libres de la vie publique. L'idée d'une dimension sociale de la Constitution a même pu animer certains des libéraux qui n'étaient pas les plus convaincus par le projet constitutionnel construit avec les conservateurs : le politicien puis président colombien Manuel Murillo Toro, l'un des rares libéraux de la région à avoir défendu le suffrage universel direct, s'est engagé dans les années 1850 dans une importante controverse avec le juriste conservateur Miguel Samper, sur le fondement précisément d'un lien étroit entre les conditions économiques et la participation politique<sup>86</sup>. Il s'agit dans tous les cas de reconnaître la nature idéologique du droit<sup>87</sup>. Plusieurs décennies plus tard, le pacte libéral-conservateur est amendé par les élites politiques et économiques, en incluant dans les textes constitutionnels des droits économiques et sociaux, « une de leurs concessions les plus fondamentales afin de calmer un haut

---

<sup>84</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, op. cit. note 57, p. 187-200.

<sup>85</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, op. cit. note 60, p. 44-45 : « legal thinkers assumed that the project of transforming existing societies required the promotion of radical, extended, profound transformations in the basic structure of society », « material basis of the constitution ».

<sup>86</sup> Voir *Ibid.*, p. 44-52, qui fait alors un parallèle avec la vision pastorale d'un Thomas Jefferson.

<sup>87</sup> Dans le contexte des États-Unis, Roberto Unger note ainsi que les approches marxistes ne sont pas fondamentalement opposées dans leur conception du droit aux approches libérales du XIX<sup>ème</sup> siècle qu'elles venaient contredire, en ce qu'elles considéraient toutes deux, selon une logique instrumentale, « the inbuilt legal content of a type of social, political and economic organization » : le droit n'est alors pas qu'une technique ou un hasard de l'histoire, mais suit une « ideological logic », R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task* (1986), Verso, 2015, p. 8-9. La principale différence d'avec les approches critiques, selon Roberto Unger, est que le libéralisme du XIX<sup>ème</sup> siècle présuppose que le droit est une entité close que les juristes ne feraient qu'appliquer, contre toute idée d'un changement social par le droit. C'est précisément à partir des années 1970 que cette idée est contestée, et non véritablement durant le constitutionnalisme social.

niveau de malaise social<sup>88</sup> ». C'est que des changements sociaux importants surviennent à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui voit émerger avec l'industrialisation une nouvelle classe sociale dans les villes – à partir de la première guerre mondiale, le continent reçoit une partie importante de la production manufacturée mondiale. La nouvelle classe ouvrière colombienne s'oppose parfois violemment au pouvoir conservateur dans les années 1920<sup>89</sup>.

## 2. Un pluralisme social et démocratique comme nouvel idéal constitutionnel

Le processus constituant de 1991 a été vu comme une opportunité unique de « matérialiser un consensus social » : il ne s'agissait de rien de moins qu'

instaurer un ordre constitutionnel permettant de contrôler l'arbitraire de l'État, de favoriser la participation de nouvelles forces politiques, de stimuler le pluralisme et de parvenir à une plus grande justice sociale. L'Assemblée constituante de 1991 a donc été l'expression de ce consensus pluraliste pour la construction démocratique de la société colombienne<sup>90</sup>.

De nouvelles forces politiques et sociales prétendent alors redéfinir le bien commun<sup>91</sup>. Une spécificité est qu'il s'agit d'une constituante et non d'une révolution politique – comme la transition sud-africaine de 1993-1996 ; au lieu d'une vision du monde à remplacer, il s'agit d'en proposer une autre plus diverse et multiple, qui, en somme, n'est pas simplement l'opposé de la première. À l'agenda libéral-conservateur n'a pas succédé un idéal socialiste ou communiste (celui porté par les guérilleros), mais un alliage complexe de différentes revendications politiques, sociales et écologiques, inscrites au sein de l'État de droit auquel est ajouté une dimension « sociale ».

La disposition qui a le plus marqué l'ordre constitutionnel colombien est celui d'État social de droit, pour ce qu'il porte autant que pour l'usage qui en a été fait par la Cour constitutionnelle<sup>92</sup>, elle qui a été, comme en Afrique du Sud, une voix privilégiée pour exprimer l'idéal constitutionnel colombien. Comme l'exprime la Cour dans une opinion de Manuel José Cepeda Espinosa,

---

<sup>88</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, *op. cit.* note 44, p. 106 : « one of their more fundamental concessions aimed at calming down the existing levels of social discomfort ».

<sup>89</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia : A Nation in Spite of Itself*, *op. cit.* note 57, p. 155-180.

<sup>90</sup> R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », *op. cit.* note 68, p. 41 : « instituir un orden constitucional, que controlara la arbitrariedad estatal, favoreciera la participación de nuevas fuerzas políticas, estimulara el pluralismo y lograra mayor justicia social. La Asamblea Constituyente de 1991 fue entonces expresión de ese consenso pluralista de ampliación democrática de la sociedad colombiana ». Aussi les propositions sont variées et nombreuses (131 projets partiels, 38 projets d'un texte intégral), obligeant à créer cinq commissions thématiques en amont de la session plénière, voir N.R. CORREA HENAO, « El proceso constituyente. El caso colombiano », *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 91, 1991, p. 23-38.

<sup>91</sup> S.D. RUIZ DÍAZ ARCE, L.M. VARGAS VARGAS, C.M. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo: los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *Revista de derecho*, vol. 11, n° 2, 2019, p. 165-215, p. 199.

<sup>92</sup> Voir *infra*, chapitres 2 et 3.

plus qu'un dispositif symbolique ou une 'simple béquille rhétorique qui confère une élégante touche de philanthropie à l'idée traditionnelle de droit et d'État', il s'agit d'un principe cardinal de notre système constitutionnel, qui donne un sens, un caractère et des objectifs spécifiques à l'organisation de l'État dans son ensemble, et qui lie par conséquent les autorités, qui doivent orienter leurs actions vers la réalisation des tâches spécifiques d'un tel système : la promotion de conditions de vie décentes pour tous les individus, et la résolution des inégalités réelles dans la société, en vue d'établir un ordre juste.<sup>93</sup>

La Constitution est ainsi transformatrice, rompant avec le constitutionnalisme libéral, parce qu'elle vise une égalité substantielle et non formelle, des droits sociaux et les visions des peuples autochtones<sup>94</sup>. En Colombie comme en Afrique du Sud, la nouvelle Constitution a été associée à un idéal holiste et solidaire, visant à trancher avec un passé fait d'inégalités et de violence et à construire une nouvelle société. Là encore, « plus que l'expression d'un consensus populaire », la Constitution se comprend mieux comme un « mécanisme audacieux servant à la reconstruction du pays »<sup>95</sup>.

Le phénomène n'est pas propre à la Colombie : depuis plusieurs années déjà, la question sociale était devenue importante du point de vue constitutionnel dans la région. Un groupe d'auteurs qui proposent d'analyser l'émergence d'un « ius constitutionale commune » latino-américain, constitué essentiellement d'un fonds de droits fondamentaux et de principes juridiques commun aux nations et au système interaméricain des droits de l'homme, ont réalisé une synthèse en anglais des leurs travaux, en 2017, avec l'intitulé suivant : « Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune ». Ils associent leur projet à une visée

---

<sup>93</sup> CCC, T-772/03 : « más que un artificio simbólico, o que “una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado”, se trata de un principio cardinal de nuestro ordenamiento constitucional, que le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta – en consecuencia - vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema : la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo »

<sup>94</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017, p. 6 : « the Assembly sought to go well-beyond the liberal constitutionalism of the 1886 text — it enshrined a long list of socioeconomic rights, such as the right to housing, health, education, and social security, and it also included collective rights such as the right to protection of the environment. Colombia's indigenous organizations, which had historically been repressed, were represented at the Assembly and won important rights to autonomy over their land, institutions, and traditional cultural practices, which have since been important in Constitutional Court case law. The normative vision of the Constitution was transformative. Aside from the emphasis on socioeconomic rights, which focused attention on the need to greatly reduce poverty in the country, the Constitution included a vision of equality that stressed the need for material as well as formal equality. »

<sup>95</sup> R. TEITEL, « Transitional Jurisprudence : the Role of Law in Political Transformation », *op. cit.* note 34, spec. 2062-2063.

transformatrice plus vaste, qui correspondrait aussi au courant du *nuevo constitucionalismo latinoamericano*<sup>96</sup>, ainsi résumée :

Les constitutions ne se limitent pas à l'organisation politique ; elles projettent également une idée de la société. Vaincre l'exclusion et favoriser l'inclusion dans le cadre de la démocratie constitutionnelle décrit un projet qui peut englober des approches différentes, voire contradictoires, de la création sociale de la valeur économique, ainsi que des questions de redistribution, de libre-échange ou de protection des investissements (...) Ces préoccupations et engagements normatifs primordiaux peuvent être utilement lus comme un constitutionnalisme transformateur. Ils émergent d'un terrain de débat fertile en Amérique latine et au-delà, où le droit public a reçu le mandat de s'attaquer à l'autoritarisme, de renforcer les institutions publiques, de promouvoir le bien commun et de surmonter l'exclusion.<sup>97</sup>

Dès lors,

Les textes constitutionnels associés à cette tendance sont explicitement ou implicitement liés à une intention de transformer les conditions matérielles de la société. Ils entendent également dépasser le cadre idéologique du constitutionnalisme libéral.<sup>98</sup>

La formulation pourrait être reprise presque mot pour mot en Afrique du Sud. De même en Colombie, dans l'une de ses premières décisions, la Cour a pu se présenter comme une institution qui « transforme la réalité sociale », au nom d'un impératif d'effectivité qui découlerait du contenu – de la « valeur normative » et du « contenu matériel » de la Constitution<sup>99</sup>. En particulier, l'État social de droit a été conçu comme une réconciliation du droit et de la société où le juge viendrait garantir une certaine justice sociale. Comme le dit Manuel José Cepeda Espinosa dans une autre décision,

---

<sup>96</sup> Qu'ils rattachent plutôt aux évolutions structurelles et participatives vues plus haut, mais avec une même visée transformatrice : « *Moreover, the constitutional texts identified with this trend are explicitly or implicitly connected with a strong intention to transform the material conditions of society. They also intend to go beyond the ideological framework of liberal constitutionalism.* » (A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 3, p. 18). Pour une présentation du constitutionnalisme transformateur comme contre ou anti-libéral par sa nature sociale et écologique, à partir du contexte équadorien, voir R. AVILA SANTAMARIA, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2008

<sup>97</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 3, p. 7 : « *Constitutions are not limited to the organization of politics ; they also project an idea of society. Overcoming exclusion and furthering inclusion within constitutional democracy describes a project which can encompass different, even conflicting approaches to the social creation of economic value, as well as to questions of redistribution, free trade, or investment protection (...) These overarching concerns and normative commitments can be usefully read as an agenda of transformative constitutionalism. They emerge from a fertile ground of debate in Latin America and beyond, where public law has received a mandate to address authoritarianism, to strengthen public institutions, to advance the common good, and to overcome exclusion* »

<sup>98</sup> *Ibid.* : « *the constitutional texts identified with this trend are explicitly or implicitly connected with a strong intention to transform the material conditions of society. They also intend to go beyond the ideological framework of liberal constitutionalism.* »

<sup>99</sup> CCC, T-006/92, §17.

(L)e présupposé central sur lequel se construit ce type d'organisation politique est celui d'une interrelation intime et inséparable entre les sphères de 'l'État' et de la 'société', qui n'est plus visualisée comme une entité composée de sujets libres et égaux dans l'abstrait - comme c'était le cas dans la formule classique de l'État libéral du XIX<sup>e</sup> siècle -, mais comme un conglomerat d'individus et de groupes dans des conditions d'inégalité réelle, qui doivent être résolues par une interaction constante et fluide entre les citoyens et les autorités, qui se voient assigner, comme tâche essentielle, l'élimination de l'injustice sociale. Dans la même mesure, le degré de légitimité de l'État et de ses actions est directement lié à son engagement effectif dans la construction d'un ordre équitable, par des interventions raisonnables visant à résoudre les dysfonctionnements du système social.<sup>100</sup>

Plus récemment, la Cour insistait sur le dépassement d'un État de droit « libéral » par un État social de droit qui brouillerait la distinction entre l'intérêt général et la sphère privée<sup>101</sup> ; qui dépasserait donc la distinction entre des droits formels et l'égalité matérielle :

Contrairement au modèle de l'État de droit qui, comme on l'a souligné, se fonde exclusivement sur un concept formel d'égalité et de liberté, dans l'État de droit social, l'égalité matérielle est un facteur déterminant en tant que principe fondamental qui guide les tâches de l'État afin de corriger les inégalités existantes, de promouvoir l'inclusion et la participation et de garantir que les personnes ou les groupes défavorisés puissent effectivement jouir de leurs droits fondamentaux. Ainsi, l'État de droit social cherche à réaliser la justice sociale et la dignité humaine par la soumission des autorités publiques aux principes constitutionnels, aux droits et aux devoirs sociaux.<sup>102</sup>

Le constitutionnalisme ainsi conçu permet aux individus d'adhérer à l'ordre social parce qu'ils participent à sa création, dans une approche constructiviste, par la titularité des droits. Jürgen Habermas a par exemple proposé de dépasser le contrat social du libéralisme et le jusnaturalisme

---

<sup>100</sup> CCC, T-772/03, *op. cit.* : « (E)l presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto – según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico -, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real, las cuales deben ser resueltas a través de una constante y fluida interacción entre la ciudadanía y las autoridades, a quienes se asigna, en tanto cometido esencial, la eliminación de la injusticia social. En esa misma medida, el grado de legitimidad del Estado y sus actuaciones se relaciona directamente con su compromiso efectivo hacia la construcción de un orden equitativo, a través de intervenciones razonables encaminadas a solucionar las disfuncionalidades propias del sistema social »

<sup>101</sup> CCC, T-622/16, §4.2 : l'État social de droit s'inscrit contre « la teoría hegeliana del dualismo - cada una con intereses y esferas claramente diferenciadas -, en la cual el Estado dominaba todos los ámbitos del “interés general”, entendido este como la superación de los intereses particulares contradictorios de la sociedad civil y como la garantía de la seguridad interna y externa de la organización estatal, sin ocuparse de ningún asunto relacionado con las necesidades sociales más básicas de la población, verbigracia, trabajo, seguridad social, salud o educación. »

<sup>102</sup> *Ibid.* : « diferencia del modelo de Estado de Derecho que, como se ha venido señalando, atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional ».

avec la thèse de la co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique : l'individu n'est ni préalable ni produit par la société ou la souveraineté populaire, mais les deux existent ensemble par le principe de discussion que fait vivre les droits fondamentaux<sup>103</sup>.

## §2. Un constitutionnalisme judiciarisé

Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur a pour caractéristique principale le remplacement d'une prééminence du pouvoir politique (A) par la construction d'une norme constitutionnelle (B).

### A. La fin de la souveraineté parlementaire

Dans les deux pays, la justice constitutionnelle est érigée en réponse aux lacunes supposés du pouvoir politique (1) tandis que la création d'une Cour répond aux lacunes supposées du pouvoir judiciaire (2).

#### 1. La mise en place ou le perfectionnement d'une justice constitutionnelle

Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur de Colombie ou d'Afrique du Sud est généralement présenté sous la forme d'une idéologie ou d'une doctrine juridique au sens anglo-américain du terme : il renvoie à la garantie constitutionnelle d'un contenu matériel social ou solidaire. Une telle analyse manque d'une réflexion sur les rapports de pouvoir. On le voit notamment lorsque Karl Klare analyse le « constitutionnalisme » sud-africain sans évoquer le mode de gouvernement post-Apartheid<sup>104</sup>. En fait de garantie constitutionnelle, l'auteur s'en tient essentiellement à la formulation du texte de 1996 et aux valeurs qu'il porterait, mêlant le constitutionnalisme comme doctrine juridique et comme mode de gouvernement, ce qui est typique des discours sur le sujet. Roberto Gargarella parle ainsi de constitutionnalisme latino-américain « social » sans jamais évoquer directement la question du juge et du contrôle qu'il exerce vis-à-vis des législatures. Le constitutionnalisme colombien ou sud-africain est fréquemment défini de

---

<sup>103</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, traduction de Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 1997, p. 97-139.

<sup>104</sup> Il évoque bien le juge, et commente plusieurs décisions, mais essentiellement du point de vue de l'interprétation qu'il devrait faire du texte de 1996 : « *On April 27, 1994, South Africans authorized a new, transformed legal culture (among other accomplishments of that magnificent day). But it is very hard to develop and elaborate a new legal culture with the tools, training and habits of mind of earlier times. Allowing every possible deference to the obligations of the offices they hold and to the presumptive supremacy of representative political processes, South African judges (particularly at the Constitutional Court level) should be encouraged to reexamine their discursive practices with an eye toward asking whether the project of democratic transition does not afford them a bit more scope for interpretive creativity and innovation than they might at first imagine - so long, that is, as their work-product promotes the democratic and egalitarian values enshrined in the Constitution.* » (K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, spec. p. 171).

manière négative comme le dépassement d'une tradition libérale associée à l'Occident – et au passé des deux pays – par des idéaux constitutionnels riches en valeurs collectives. Or, le constitutionnalisme nouveau ou transformateur marque le passage d'une souveraineté parlementaire (en Afrique du Sud) ou d'une prédominance du pouvoir politique et notamment de l'exécutif présidentiel (en Colombie) à une suprématie constitutionnelle avec un juge pour nouvel acteur crucial dans le jeu des pouvoirs.

Une thèse démocratique voit dans ce rôle confié au juge l'aboutissement naturel d'une volonté du peuple de contrôler les gouvernements par le constitutionnalisme d'une manière efficace, mais en y ajoutant une substance sociale particulière, qu'il revient donc au juge de préciser et d'opposer aux autres acteurs de l'ordre juridique. Selon cette lecture, l'instauration d'une justice constitutionnelle répond aux manquements et abus du pouvoir politique que la nouvelle Constitution visait à dépasser mais également, à l'inverse, à l'absence de contrôle de la part du pouvoir judiciaire dans le passé. Car les valeurs portées par le constituant dans les années 1990 auraient pu l'être auparavant par les juges, même sans l'appui d'un texte qui les proclamait formellement. Certains juristes sud-africains tentent d'agir contre le régime de l'Apartheid en négociant des marges interprétatives à l'intérieur de ses catégories législatives ou en s'y opposant plus frontalement en s'appuyant sur les principes de la *Common law*, avec des résultats limités<sup>105</sup>. L'échec est net du côté de la contestation de la loi. En 1937, la Cour suprême se fonde sur la souveraineté parlementaire pour empêcher un contrôle de constitutionnalité des lois, alors qu'il lui était demandé de juger inconstitutionnel le retrait des noirs des listes électorales du Representative of natives act de 1936<sup>106</sup>. La Cour ouvre cependant la voie à un contrôle de constitutionnalité des lois en 1952 lorsqu'elle se fonde sur une disposition procédurale pour retirer les *coloured* des listes électorales<sup>107</sup>. Le scandale politique mène à l'adoption d'une loi qui impose une validation du Parlement pour toute invalidation judiciaire d'une loi<sup>108</sup>, loi que la Cour suprême annule. Il est alors inscrit dans la Constitution, en 1956 puis en 1961, qu'« aucune juridiction n'est compétente pour examiner ou décider de la validité d'une loi adoptée par le Parlement<sup>109</sup> ». Un certain légicentrisme vient ici tenir le juge à l'écart de la détermination de la politique nationale.

---

<sup>105</sup> C'est ce que fait l'influent avocat John Dugard, qui explique les rouages du système juridique sud-africain d'alors dans J. DUGARD, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton University Press, 1978. Des universitaires célèbres comme Etienne Murerinik, Lourens du Plessis ou David Dyzenhaus sont également connus pour leurs écrits contre le droit de l'Apartheid. Voir l'étude de R. ABEL, *Politics By Other Means. Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, Routledge, 1995.

<sup>106</sup> Cour suprême d'Afrique du Sud, 1937, *Ndlwana v. Hofmeyr NO and Others*.

<sup>107</sup> Cour suprême d'Afrique du Sud, 1952, *Harris v. Minister of the Interior*.

<sup>108</sup> *High Court of Parliament Act*, 1952.

<sup>109</sup> *South Africa Act Amendment Act* de 1956, article 2. *Constitution de la République d'Afrique du Sud*, 1961, article 59(2) : « no court of law shall be competent to enquire into or to pronounce upon the validity of any law passed by parliament ».

Si la Charte de la liberté de l'ANC et de ses alliés, en 1955, apparaît comme « un fondement quasi-constitutionnel au contrôle des lois de l'Apartheid<sup>110</sup> », elle ne reçoit logiquement aucune qualification juridique. La Constitution de 1909, bien qu'elle soit un acte formel, s'inscrit dans la tradition parlementaire des colonies britanniques. Les tentatives constitutionnalistes qui furent parfois accompagnées d'un contrôle de constitutionnalité des lois dans les républiques boers inspirées par les États-Unis à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle sont oubliées lors de l'unification après la guerre avec les britanniques<sup>111</sup>. C'est alors logiquement le « positivisme juridique inflexible fondé sur la souveraineté parlementaire » que cible le magistrat et membre de la Cour Dikgang Moseneke dans son texte de 2002 sur le constitutionnalisme transformateur : « le raisonnement judiciaire était basé sur les règles<sup>112</sup> » et le juge ne pouvait aller au-delà de la loi sans se faire législateur, refusant toute finalité transformatrice au contrôle de constitutionnalité opéré par le juge<sup>113</sup>. Sans citer la justice, la première décision de la Cour, visant à certifier le texte constitutionnel adopté en mai 1996, refuse le terme de séparation des pouvoirs à l'Afrique du Sud moderne et relit alors le système de souveraineté parlementaire à la « Westminster » comme une cause de l'Apartheid, couplée au vote blanc<sup>114</sup>.

En Colombie, la justice constitutionnelle n'est pas nouvelle en 1991 et le texte constitutionnel de 1886 contenait lui aussi des droits sociaux, si bien que la différence réside. L'article 90 de 1886 exige un jugement de la Cour suprême lorsque le Congrès souhaite outrepasser un veto présidentiel fondé sur l'inconstitutionnalité d'une loi. Par ailleurs, l'Acto legislativo 3 de 1910 crée une action publique par laquelle tout citoyen peut soumettre une loi non promulguée au

---

<sup>110</sup> W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VIJJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 135-175, spec. p. 140 : « a quasi-constitutional ground for the review of apartheid legislation ».

<sup>111</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy: Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge Studies in Law and Society, 2000, p. 30-35.

<sup>112</sup> D. MOSENEKE, « The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture : Transformative Adjudication », *op. cit.* note 50, p. 315-316 : un « inflexible legal positivism predicated upon parliamentary sovereignty » ; « Adjudication was rule based ».

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 315-316 : « Liberal legalism balks at the idea of transformative adjudication. The primary objection is that such jurisprudence invites judges to accomplish political objectives. The judicial mindset seeks a distinct differentiation between the legislative and the judicial function. On this approach, the judicial function primarily is directed at providing legal interpretation of texts of rules of law as distinct from imposing subjective intellectual, ethical or other preferred views. In liberal jurisprudence, a value driven adjudicative style which permits extra legal considerations is to be avoided. »

<sup>114</sup> CCAS, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, *op. cit.*, §6 : « At the same time the Montesquieuan principle of a threefold separation of state power - often but an aspirational ideal - did not flourish in a South Africa which, under the banner of adherence to the Westminster system of government, actively promoted parliamentary supremacy and domination by the executive. Multi-party democracy had always been the preserve of the white minority but even there it had languished since 1948. The rallying call of apartheid proved irresistible for a white electorate embattled by the spectre of decolonisation in Africa to the north. »



contrôle abstrait de la Cour suprême avec un effet *erga omnes*<sup>115</sup>, tandis qu'une exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée par n'importe quel juge ou autorité publique, avec un effet *inter partes*. Le Conseil d'État, lui, pouvait recevoir une action publique contre un acte administratif et la juger en constitutionnalité. Il faut néanmoins noter l'insuffisance du contrôle exercé sur le pouvoir politique face aux abus dans la répression du conflit armé, avec de très nombreux déclenchements de l'état d'exception dont le juge se contentait de vérifier les conditions formelles, pour finalement en accepter la plupart<sup>116</sup>. Une décision a notamment été critiquée qui jugeait constitutionnel un décret déclarant l'urgence alors que celui-ci prévoyait une amnistie pénale pour tout acte d'un membre des forces armées lors d'une opération de lutte contre le trafic de drogue, autorisant ainsi les abus et une peine de mort qui ne disait pas son nom ; la Cour suprême retient une lecture stricte de la peine de mort qui la restreint à une décision de justice<sup>117</sup>. Il a été jugé qu'il manquait un fondement, dans le texte constitutionnel, à une approche substantielle qui privilégierait les droits humains, d'où « une hausse substantielle de la distance entre la Constitution et la société » : « les décisions de constitutionnalité de la Cour suprême avant 1991 n'étaient pas perçues par les citoyens, les acteurs politiques ou les organisations sociales comme un dialogue entre la Constitution et les besoins et attentes du moment <sup>118</sup> ».

La Cour constitutionnelle est ainsi créée en réponse aux blocages du Frente Nacional qui se répartit le pouvoir exécutif comme législatif, en réprimant les droits humains sans parvenir à faire diminuer la violence, et plus précisément pour mettre fin aux états d'urgence permanents ; la Cour vient alors suppléer aux manquements supposés du pouvoir politique. Comme le notait l'universitaire et juge de la Cour constitutionnelle colombienne Manuel José Cepeda Espinosa, Étant donné que le principal organe de contrôle au sein de la démocratie colombienne est, en théorie, le Congrès, et que cet organe législatif ne parvient souvent pas à remplir sa fonction en raison des compromis politiques, les 'perdants' du processus portent leurs problèmes devant la

---

<sup>115</sup> Manuel José Cepeda Espinosa en fait la première action de ce genre dans le monde, et il semble qu'il ait raison, M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n° 4, 2004, p. 529-700, spec. p. 538. La classe politique colombienne cherche notamment à instaurer des garanties après le mandat autoritaire du général Rafael Reyes, H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, op. cit. note 56, p. 64-65.

<sup>116</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, thèse dactylographiée, Université de Harvard, 2015, p. 37-86.

<sup>117</sup> Cour suprême de Colombie, 30 octobre 1978, *Revisión de constitucionalidad del Decreto número 1923 de 6 de septiembre de 1978*.

<sup>118</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », op. cit. note 114, p. 543 : « a substantial increase in the distance separating the Constitution from society » : « constitutionality decisions issued by the Supreme Court before 1991 were not felt by everyday citizens, political actors, or social organizations to represent a dialogue between the Constitution and the needs and expectations of the time ». Voir également R. UPRIMNY YEPES, « Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks », *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, n° 6, 2007, p. 52-69.

Cour. Les citoyens et les organisations sociales se tournent généralement vers la Cour pour demander que des limites soient imposées aux politiques du gouvernement et que la Cour fasse respecter ces limites (telles qu'instrumentalisées par les lois du Congrès). Ces requérants ne s'appuient pas sur des arguments politiques, mais sur des motifs et des arguments constitutionnels. (...) Compte tenu des failles du système politique décrites ci-dessus, auxquelles s'ajoute l'inefficacité traditionnelle de l'administration publique (une inefficacité à la fois réelle et perçue par les citoyens ordinaires), il n'est pas surprenant que la population se tourne vers la Cour à la recherche d'une réponse étatique à leurs problèmes.<sup>119</sup>

Cette analyse ne qualifie pas le pouvoir dont dispose alors la Cour pour définir ces problèmes politiques en réponse aux requêtes. Le glissement de légitimité est lui certain dans le discours du juge :

Parce que la politique est affectée par les problèmes mentionnés, les pouvoirs législatif et exécutif sont inaptes à fonctionner efficacement comme canal d'expression et de résolution pacifique des conflits sociaux. Par conséquent, le plus haut degré de légitimité et de crédibilité institutionnelles est imposé au pouvoir judiciaire, qui se voit alors confier le défi de traiter les problèmes qui ne sont pas résolus par le processus politique ou par des 'solutions violentes' aggravées.<sup>120</sup>

Alors que la Constitution émerge à partir d'un nouveau consensus social en rupture avec les pratiques des deux partis au pouvoir, la Cour est alors perçue comme une garantie supplémentaire. Comme l'exprime le président Gaviria, qui soutient la création d'un Cour spécialisée devant l'assemblée constituante :

(Q)ui sera chargé de l'immense responsabilité d'interpréter et de donner une jurisprudence à la nouvelle Constitution ? À qui allez-vous confier la tâche de promouvoir les innovations constitutionnelles qui émergeront de cette Assemblée dans les décennies à venir ? Qui veillera à ce que cette nouvelle Constitution dure et s'adapte à la réalité dynamique colombienne ? Et surtout, quel organe aura pour mission d'empêcher toute autre autorité puissante d'entraver les

---

<sup>119</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, p. 681 : « *Because the main controlling body within the Colombian democracy, in theory, is Congress, and this legislative body often fails to fulfill its function because of political compromise, the "losers" of the process take their issues to the Court. Citizens and social organizations usually look to the Court to request that limits be placed on the government's policies and that the Court enforce these limits (as instrumentalized through Congressional statutes). These parties do not rely on political arguments, but on constitutional grounds and arguments. (...) Bearing in mind the above-described flaws in the political system, to which the traditional ineffectiveness of the public administration is added (an ineffectiveness which is both real and perceived by ordinary citizens), it is not surprising that people look to the Court in search of a State answer to their problems* »

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 682 : « *Because politics are affected by the aforementioned problems, the legislative and executive branches are unfit to function efficiently as a channel for the peaceful expression and resolution of social conflicts. Therefore, the highest degree of institutional legitimacy and credibility is imposed on the judiciary, which is then entrusted with the challenge of addressing issues that are not met by either the political process or aggravated "violent solutions."* »

transformations que vous encouragez par des lois, des décrets, des résolutions, des ordonnances, ou toute autre décision ou événement administratif ? (...) Pensons à l'avenir. La nouvelle Constitution exige, pour être appliquée de manière adéquate, un nouveau système de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité.<sup>121</sup>

Plus encore, pour le président d'alors,

Assurer la révolution pacifique avec toutes ses conséquences implique, sans aucun doute, de revoir le rôle du droit (...). Le formalisme juridique tant critiqué a commencé à être dépassé... Les fonctions du droit changent également. Plus qu'à maintenir l'autorité, il cherche à renforcer la légitimité institutionnelle ; plus qu'à consolider l'ordre, il cherche à élargir la démocratie ; plus qu'à imposer une vision des choses, il ouvre un espace pour le pluralisme ; plus que protéger la liberté, il promeut l'égalité ; plus qu'établir des structures rigides, il ouvre à l'expérimentation, à l'imagination et à la créativité. Notre pays a besoin d'une loi fondamentale pour la paix et la démocratie. Une loi fondamentale qui ne soit pas un obstacle au changement mais un instrument de révolution pacifique. Une loi fondamentale qui soit imprégnée de valeurs pluralistes. Une loi fondamentale qui ne soit pas synonyme de rigidité, mais de capacité à répondre aux attentes et aux besoins de la communauté. Une loi fondamentale qui sorte des Codes pour vivre dans la réalité. Sans aucun doute, pour que le droit assume son nouveau rôle, il dépend principalement du pouvoir judiciaire (...). Nous ne sommes pas aujourd'hui devant un pouvoir judiciaire créé pour appliquer la loi. Sa mission va au-delà de cela.<sup>122</sup>

La Cour constitutionnelle ne dit pas autre chose lorsqu'elle établit que « les difficultés issues de la croissance incontrôlée du pouvoir exécutif au sein d'un État interventionniste et de la perte du leadership politique par l'organe législatif doivent être compensées, dans une démocratie constitutionnelle, par le renforcement du pouvoir judiciaire<sup>123</sup> ». De telles approches se nourrissent

---

<sup>121</sup> Reproduit et traduit par *Ibid.*, p. 550-551 : « *(W)ho is going to be in charge of the immense responsibility of interpreting and giving jurisprudential development to the new Constitution? To whom are you going to trust the task of promoting the constitutional innovations that will emerge from this Assembly in the decades to come? Who will ensure that that this new Constitution will last, and that it will adapt itself to the dynamic Colombian reality? And above all, which body is going to have the mission of preventing any other powerful authority from hampering the transformations you are encouraging with laws, decrees, resolutions, orders, or any other administrative decisions or happenings? (...) Let us think of the future. The new Constitution requires, in order to be adequately applied, a new system of constitutional judicial review.* »

<sup>122</sup> Reproduit et traduit par M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 80, p. 28 : « *To assume the peaceful revolution with all its consequences entails, without a doubt, revising the role of law.... The much criticized legal formalism has begun to be overcome... The functions of law are also changing. More than upholding authority, it looks to strengthening institutional legitimacy; more than consolidating order, it seeks to broaden democracy; more than imposing a vision of things, it opens up spaces for pluralism; more than protecting liberty, it wishes to promote equality; more than establishing rigid structures, it keeps the door open to experimentation, imagination, and creativity. Our country needs a law for peace and democracy. A law that will not be an obstacle to change but an instrument for peaceful revolution. A law that is permeated by pluralistic values. A law that does not mean rigidity, but capacity to respond to the expectations and needs of the community. A law that exits the codes to live in reality. Without a doubt, for law to assume its new role, depends mainly on the Judicial Branch.... We are not now before a judiciary created to apply the law. Its mission goes beyond that.* »

<sup>123</sup> CCC, T-406/92.

d'un renouvellement de la théorie démocratique qui à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle vient légitimer le rôle du juge en n'y voyant plus seulement un obstacle à l'expression démocratique ou un autre gouvernement, mais l'acteur d'une délibération publique<sup>124</sup>. Mais il s'agit aussi, dans une approche plus critique, de contrer une certaine hégémonie idéologique au sein des pouvoirs constitutionnels<sup>125</sup>. Une explication à l'activisme de la Cour constitutionnelle de Colombie réside alors dans l'ancienneté du contrôle de constitutionnalité des lois exercé par les juges ordinaires et en particulier l'activisme de la Cour suprême<sup>126</sup>.

## 2. La mise en place d'une Cour constitutionnelle spécialisée

Or, le sentiment de la nécessité d'un contrôle du législateur et de l'exécutif peut justifier la mise en place d'un mécanisme juridictionnel, mais pas d'une cour spécialisée. Dans les deux pays, les arguments en faveur de cette dernière tiennent à la perception du rôle historique du pouvoir judiciaire. En Afrique du Sud, il s'agit de confier la garantie et l'interprétation finales de la Constitution à une institution dont les membres sont bien distincts du pouvoir judiciaire qui s'était abstenu d'affronter l'Apartheid : qu'ils soient anciens magistrats ou non<sup>127</sup>, ils peuvent alors être sélectionnés en fonction de leur représentativité de la société<sup>128</sup> et leur adhésion au nouvel idéal constitutionnel<sup>129</sup>. En Colombie, la garantie juridictionnelle de la Constitution par les juridictions supérieures a été jugée insuffisante pour contrôler l'exécutif, mais plus encore une certaine hostilité s'est développée de la part de tous les courants politiques envers la Cour suprême, même s'il est admis, *a posteriori*, qu'elle était partiellement exagérée<sup>130</sup> ; la Cour a néanmoins censuré plusieurs réformes progressistes<sup>131</sup>. Avant même les événements de 1989 et 1990, le Président Virgilio Barco

---

<sup>124</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>125</sup> Voir *infra*, chapitres 6 et 7.

<sup>126</sup> D. GONZÁLEZ MEDINA, « Explaining the Institutional Role of the Colombian Constitutional Court », in T. GINSBURG, A.Z. HUQ (dir.), *From parchment to practice. Implementing new constitutions*, Cambridge University Press, 2020, p. 189-207, spec. p. 192-194.

<sup>127</sup> L'article 174 exige en effet que quatre membres de la Cour aient une expérience de magistrat.

<sup>128</sup> Constitution d'Afrique du Sud, Article 174.

<sup>129</sup> Sur la composition de la Cour, voir *infra*, chapitre 8, section 1.

<sup>130</sup> Le rôle de la Cour suprême d'avant 1991 dans la promotion de l'État de droit a néanmoins été revalorisé par des travaux récents, qui associent son raisonnement formaliste, y compris dans ses décisions les plus offensives, aux dangers d'une vie politique violente, voir par exemple M.A. CAJAS SARRIA, *La historia de la Corte suprema de justicia de Colombia, 1886-1991: Tomo II del frente nacional a la asamblea constituyente, 1958-1991*, Ediciones Uniandes, 2015. Dès 1987, Hernando Valencia Villa voyait dans le (timide) contrôle exercé par la Cour la plus grande opportunité de contourner le blocage bipartisan du pays, H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 56 p. 199.

<sup>131</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, *op. cit.* note 93, p. 4. Décision du 16 juin 1976 qui bloque une loi visant à limiter les investissements étrangers dans le système bancaire, ou décision du 23 février 1982 qui bloque la réforme fiscale du Président Belisario Betancur contre la crise économique. Enfin, la décision du ... annule des décrets d'urgence qui visaient à aider les régions les plus pauvres afin de lutter autrement que par la violence contre le trafic de drogues, poussant le président Virgilio Barco à demander, à la télévision, à la Cour suprême de revenir sur sa décision.

répond aux demandes d'une nouvelle constituante mais c'est le Conseil d'État qui en bloque le processus de convocation en 1988<sup>132</sup>, comme déjà la Cour suprême à deux reprises auparavant<sup>133</sup>, endossant un contrôle qui n'était pas prévu par le texte constitutionnel<sup>134</sup>. Lorsque le processus constituant est relancé en 1990 et cette fois-ci permis par la Cour suprême<sup>135</sup>, et que les deux juridictions suprêmes historiques déploient de grands efforts pour défendre leur rôle dans le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>136</sup>, la solution d'une Cour constitutionnelle nouvelle s'impose. Au sein de la quatrième commission de la constituante dédiée à la refonte du système judiciaire, la représentante issue du M-19 Maria Teresa Garces, à l'occasion de l'une des rares défenses explicites de la création d'une Cour, défend une juridiction spécialisée du fait de la spécificité du droit public, qui exigerait des experts en la matière, et afin de garantir l'unité et la cohérence de la jurisprudence<sup>137</sup>.

Mais l'argument principal était similaire à celui qui a lieu en Afrique du Sud, puisqu'il s'agit de pouvoir nommer de nouveaux juges afin de garantir l'effectivité du texte constitutionnel là où le processus de nomination de la Cour suprême a été vu comme l'une des causes de son conservatisme, puisqu'elle nommait elle-même ses membres par cooptation et à vie<sup>138</sup>. Ce mécanisme est institué durant le régime militaire de 1953 à 1957 ; le corporatisme qui s'installe, et qui ne sera pas perturbé

---

<sup>132</sup> Conseil d'État de Colombie, 4 avril 1988, *Auto del 4 de Abril de 1988*, Jurisprudencia y Doctrina, n°197, mayo de 1988 (non paginé).

<sup>133</sup> Cour suprême de Colombie, 5 mai 1978, *Acto Legislativo Número 2 del 19 de diciembre de 1977*, Jurisprudencia y Doctrina n°79, Juillet 1978, p. 494-535 (sur le processus de 1978). Cour suprême de Colombie, 3 novembre 1981, Jurisprudencia y Doctrina n°120, décembre 1981, p. 937-1039 (sur le processus de 1979).

<sup>134</sup> La Cour suprême exerce pourtant alors un contrôle de l'exécutif qui donne tort à ses détracteurs, puisqu'elle bloque des révisions constitutionnelles que le Président veut faire passer par la voie décrétole, après avoir obtenu une délégation du Parlement, ce que la Cour refuse au nom de la fonction constituante que détiendrait ce dernier de manière exclusive. Ce qui la pousse, il est vrai, à étendre son contrôle à tous les actes législatifs, y compris les *Actos legislativos* qui sont constituants, dans le silence du texte de 1886 sur un tel contrôle, mais une procédure de révision très stricte et confinée au Parlement, sans possibilité explicite de réunir une constituante ou de convoquer un référendum. Voir N.R. CORREA HENAO, « El proceso constituyente. El caso colombiano », *op. cit.* note 89, spec. p. 28. H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 56, p. 65-68.

<sup>135</sup> Dans une décision du 9 octobre 1990, la Cour suprême valide à un vote serré le décret 927 qui rend constitutionnel le référendum qui a lieu pour la réunion d'une constituante lors des élections présidentielles de mars 1990, sur pression du mouvement de la Séptima Papeleta, en ce que le vote est l'expression du pouvoir souverain du peuple, mais annule les termes du décret qui limitaient les prérogatives de la constituante, en jugeant que la souveraineté populaire lui donnait un objet et une durée illimités. Cour suprême de Colombie, 9 octobre 1990, *Gaceta Especial Sala Constitucional*, 1993, p. 37.

<sup>136</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114 spec. p. 551 : « *One additional reason encouraged the creation of a Constitutional Court: active, public Supreme Court opposition to this proposal and to other innovations valued by the delegates. This attitude, and a good deal of bargaining, led to the final approval of the Court's creation by secret ballot.* »

<sup>137</sup> *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia*, n°36, 4 avril 1991, p. 2-25.

<sup>138</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, spec. p. 540 : « *The first disadvantage was that the manner in which Supreme Court justices were elected was not democratic, which eventually eroded the legitimacy of their decisions. The Court nominated its own new members and required respect for political parity between the two traditional liberal and conservative political parties. This scheme seriously hampered the Court's representativity, because while democratically elected bodies have no control over their composition, only lawyers affiliated with one of the two traditional parties could be appointed as justices. The tribunal's consequent loss of legitimacy became evident in a series of controversial decisions that prompted proposals to change the whole system of judicial review.* » Voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 105-127.

durant toute la durée du Frente Nacional, explique pourquoi le pouvoir judiciaire colombien a pu maintenir son indépendance<sup>139</sup>. Le conservatisme est sans doute l'un des inconvénients d'un tel système, jugé déconnecté de la réalité sociale voire élitiste et clientéliste<sup>140</sup>, ce qui pose surtout un problème lorsque les deux juridictions commencent à s'opposer au pouvoir à la fin des années 1980. Plus largement, si la justice colombienne n'a jamais été accusée d'avoir manqué d'indépendance ou d'impartialité, son inefficacité a fait considérer que la création d'une Cour dédiée était une solution plus adaptée à l'avènement d'une révolution des droits<sup>141</sup>, et les libéraux en particulier voient en 1990 l'opportunité de créer une juridiction dont la composition, choisie par le pouvoir politique, pourrait être plus progressiste<sup>142</sup>.

L'inconvénient est que le processus de nomination des membres de la Cour constitutionnelle est ouvertement politique. Ils sont élus par le Sénat – et donc des représentants – pour un mandat non renouvelable de neuf ans, sur proposition du Président de la République, du Conseil d'État et de la Cour suprême, qui chacun présentent trois noms<sup>143</sup>. Les questions du Sénat lors des audiences publiques revenant essentiellement à demander l'affiliation partisane, libérale ou conservatrice, des candidats, sans que le texte constitutionnel lui-même ne prévoit autre chose qu'un âge minimal, la nationalité colombienne et une expérience professionnelle de dix ans, qui n'est même pas qualifiée<sup>144</sup>. Si l'aspect partisan de la composition de la Cour est une explication plausible de son activisme<sup>145</sup> la dynamique de contrôle de l'exécutif procède aussi du processus constituant de 1991 en général. Ainsi, la Cour suprême se voit confier une procédure de mise en cause des

---

<sup>139</sup> R. UPRIMNY YEPES, « Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia », in B. de S. SANTOS, M. GARCÍA VILLEGAS (dir.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, Santafé de Bogotá, Colombie, Colciencias : Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas : Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra : Instituto Colombiano de Antropología e Historia : Universidad Nacional de Colombia : Siglo del Hombre Editores, 2001

<sup>140</sup> J. REVELO REBOLLEDO, « El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación », in J. REVELO REBOLLEDO, M. GARCÍA VILLEGAS (dir.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, DeJusticia, 2009, p. 107-160. Le reproche vise en réalité l'ensemble du système judiciaire, puisque le Conseil d'État et la Cour suprême de justice participent (avec respectivement trois et deux membres, en plus d'un membre de la Cour constitutionnelle à partir de 1991) à la chambre administrative du Consejo superior de la judicatura, qui gère la carrière des magistrats du pays et présente les candidats soumis à la cooptation dans les deux juridictions suprêmes ordinaires (article 254 de la Constitution colombienne). Selon Jaime Revelo Rebolledo, le corporatisme de ce système, qui tranche avec une chambre disciplinaire aux mains, elle, du pouvoir politique (ses sept membres sont élus par le Congrès sur proposition du Président de la République), est la cause d'une déconnection de l'élite judiciaire d'avec la société colombienne.

<sup>141</sup> J.F. JARAMILLO PEREZ, « Colombia's 1991 Constitution: A Rights Revolution », *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Ashgate, 2012, p. 315-316 et 323-325. M. GARCÍA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina », *op. cit.* note 7.

<sup>142</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 116.

<sup>143</sup> Article 253 de la Constitution colombienne.

<sup>144</sup> S. RUBIANO GALVIS, « La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política », in M. GARCIA VILLEGAS, J. REVELO (dir.), *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, DeJusticia, 2009, p. 84-145.

<sup>145</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

membres du Congrès pour certains délits de corruption, tandis que le Conseil d'État a le pouvoir de démettre des élus de leur mandat et de les rendre inéligible par décret, ce que les deux juridictions feront avec une grande efficacité<sup>146</sup>.

## B. La tautologie d'un constitutionnalisme normatif

Si le constitutionnalisme nouveau ou transformateur paraît abstrait dans son contenu, c'est parce que l'indétermination est précisément prônée dans ses discours comme un élément constitutif. Il est vu comme le réceptacle de multiples changements à venir et amenés à se reproduire sans cesse, dans le contexte de sociétés pluralistes où règne un dissensus indépassable sur ce qu'il s'agit de transformer et comment<sup>147</sup>. Le constitutionnalisme transformateur est un idéal normatif dont le sens est renouvelé par le juge à travers les différents conflits à régler : sa spécificité, qui le distinguerait d'une conception libérale, serait d'introduire un mouvement permanent, entre ordre et désordre, légitimité et illégitimité, réforme et révolution, libéralisme et illibéralisme.

Si le terme est né dans le contexte sud-africain, il semble avoir trouvé son véritable terrain en Amérique latine. Le propos de Karl Klare lui-même est peut-être plus pertinent pour la région qu'il ne l'est dans le conservatisme de la *Common law*. Le constitutionnalisme social, limité au cadre libéral-conservateur du XIX<sup>ème</sup> siècle, a connu une transfiguration dans les années 1980 et 1990 qui a reçu indifféremment les qualificatifs de nouveau constitutionnalisme d'Amérique latine, de constitutionnalisme transformateur ou de néoconstitutionnalisme<sup>148</sup>. On observe alors un double phénomène dans la région latinoaméricaine dans les années 1990. D'une part, une succession de changements constitutionnels, avec des textes qui dataient parfois de plus d'un siècle, comme en Colombie, si bien plupart des pays de la région ont connu des processus constituants nouveaux ou de nombreuses révisions<sup>149</sup>. D'autre part, certains traits communs apparaissent comme des mécanismes de démocratie directe et délibérative, le statut constitutionnel de sujets collectifs ou d'États plurinationaux, l'essor de droits sociaux, culturels et environnementaux, et plus largement

---

<sup>146</sup> De 1991 à 2011, 110 membres du Congrès avaient fait l'objet d'enquêtes, quand bien même ils faisaient partie de la majorité, et le Conseil d'État avait démis près de 50 députés. M. GARCIA VILLEGAS, « Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano », *op. cit.* note 69, spec. p. 177-178. F. CEPEDA ULLOA, « La pérdida de investidura de los congresistas: una herramienta eficaz contra la corrupción », in F. CEPEDA ULLOA (dir.), *Las fortalezas de Colombia*, Ariel - IADB, 2004, p. 489s

<sup>147</sup> Voir par exemple A. GIBBS, « Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism », *Law, Culture and the Humanities*, mai 2017, p. 1-20

<sup>148</sup> Le terme renvoie alors autant à ce nouvel ensemble des discours et de la réalité du constitutionnalisme qu'à une théorie du droit, l'indistinction étant souvent le fait d'auteurs qui adhèrent à cette dernière pour donner corps au premier sens, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>149</sup> D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR, « The Times they are a Changin' : Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s », in D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR (dir.), *New constitutionalism in Latin America. Promises and practice*, Ashgate, 2012, p. 3-30, p. 6-7 : les auteurs comptent 16 nouvelles constitutions sur 18 pays à partir des années 1970 et un peu moins d'une révision par année et par pays entre 1990 et 2009.

une confiance accrue dans la justice et la règle de droit<sup>150</sup>. Ce nouveau constitutionnalisme se traduirait invariablement par « la présence de déclarations de droits robustes, généreuses et étendues, qui combinent des droits individuels et sociaux de différents types<sup>151</sup> », soit la définition première du constitutionnalisme nouveau ou transformateur en Afrique du Sud comme en Colombie. Au Vénézuéla, en Equateur et en Bolivie en 1999, 2008 et 2009, et déjà dans le cas colombien qui fait figure de moment fondateur, le processus constituant apparaît comme le fruit d'une « stratégie adoptée de plus en plus fréquemment par les mouvements sociaux, les organisations non gouvernementales, les gouvernements territoriaux et (parfois) les gouvernements nationaux afin de transformer l'ordre constitué<sup>152</sup> ». C'est la société civile qui force le déclenchement du processus depuis l'extérieur jusqu'à le faire admettre par les institutions.

Une riche littérature a alors envisagé une nouvelle théorie constitutionnelle qui se dit critique et se construit parallèlement – mais sans s'y réduire – aux discours du constitutionnalisme transformateur<sup>153</sup>. Un paradoxe apparaît alors. Les différents travaux insistent sur une conception nouvelle du pouvoir constituant qui, contre l'opposition traditionnelle entre un moment constituant fondateur et le statu quo du pouvoir constitué<sup>154</sup>, inclurait les citoyens pour l'avenir dans l'ordre constitutionnel<sup>155</sup>. Un « constitutionnalisme critique » se formerait alors dans un mouvement

---

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>151</sup> R. GARGARELLA, « Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” », *op. cit.* note 66, p. 116 : « *la presencia de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales de diverso tipo* ». Il s'agit bien d'un approfondissement, visant à « *reparar tres grandes tipos de “faltas” históricas del constitucionalismo regional: i) su desatención a los derechos de “los postergados entre los postergados” (típicamente, comunidades indígenas); ii) su persistente desdén frente a los derechos humanos; y iii) su incapacidad para garantizar y hacer efectivos los derechos políticos de la mayoría de la participación, incentivando así una “ciudadanía activa”* » (*Ibid.*).

<sup>152</sup> C. HUGHES, « The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism », *Latin American Perspectives*, vol. 46, n° 6, 2019, p. 73-91, spec. p. 76 : une « *strategy increasingly adopted by social movements, nongovernmental organizations (NGOs), local governments, and (sometimes) national governments in an effort to transform the constituted order* ». Voir aussi G. CICCARIELLO-MAHER, « Constituent moments, constitutional processes: social movements and the New Latin American left », *Latin American Perspectives*, vol. 40, n° 3, 2013, p. 126-145.

<sup>153</sup> Ce discours inclut en effet à la fois ces discours critiques et des discours plus dogmatiques sur la norme constitutionnelle, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>154</sup> La référence la plus citée en Amérique latine est A. NEGRI, *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*, University of Minnesota Press, 1999.

<sup>155</sup> Une première étape « *involves a direct, unmediated and explosive expression of dissent* », qui est essentielle à la compréhension de la seconde étape par lequel le pouvoir en place admet la demande : « *If we locate the exercise of constituent power in the subsequent actions of the government, we cannot explain what force had shifted the political terrain so as to make a binding referendum now, after years of unsuccessful civil society pressure, suddenly unavoidable.* », C. HUGHES, « The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism », *op. cit.* note 151, p. 85 et 96.



incessant entre ordre et rébellion propre à l'Amérique latine<sup>156</sup>. Les images de l'horizontalité et de l'ensauvagement du pouvoir sont convoquées pour décrire ce changement conceptuel à l'encontre une théorie constitutionnelle coloniale et étatique, abstraite et universelle, cachant l'individu derrière une fiction distincte de l'état de nature<sup>157</sup>. Roberto Gargarella est connu pour avoir proposé un constitutionnalisme populaire inspiré du constitutionnalisme politique aux États-Unis, en revalorisant l'idée de peuple pour sortir du seul triptyque des pouvoirs traditionnels<sup>158</sup>. En Afrique du Sud comme en Amérique latine et plus largement dans les espaces du droit comparé, ces approches rejoignent alors la théorie politique qui envisage la démocratie comme un phénomène délibératif à partir des années 1990, en incluant, dans les échanges, le rôle du juge comme un organe délibératif ou dialogique<sup>159</sup>. Le juge serait le médiateur de la délibération entre les pouvoirs traditionnels plutôt qu'un obstacle au processus démocratique<sup>160</sup> ou le médiateur de l'inclusion du peuple comme nouveau pouvoir constitué dans une démocratie pluraliste<sup>161</sup>. La revitalisation du peuple et d'une dynamique horizontale des pouvoirs glisse alors vers une légitimation du pouvoir

---

<sup>156</sup> A. NOGUERA, « What do we mean when we talk about 'Critical constitutionalism'? Some Reflexions on the New Latin American Constitutions », in D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR (dir.), Ashgate, 2012, p. 99-122, spec. p. 102 : « *The continuous struggle between citizens and state, even in a recently formed government, is necessary and positive. What cannot happen is to 'freeze' society around a constituted power. Rather, the people's constituent power has to be left open always. By uniting constitution and rebellion one arrives at the notion of transformative transition, which manifests itself in the fact that the means and ends of the transition are never fully separated. Democracy is the aim of the transformative process and, at the same time, it is also the means to attain it : as democratic practice develops, so the democracy that is sought evolves, until the horizon of a real democracy is reached.* » Voir également J. COLÓN-RÍOS, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Routledge, 2012, selon qui, à l'inverse, dans la théorie dominante, « *constitutionalism's main function (that of limiting political power) runs counter to the idea of creating opportunities for ordinary citizens to make episodic appearances and engage in important constitutional transformations* » (p. 152).

<sup>157</sup> A. MEDICI, « El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional », in J.E. DOUGLAS PRICE, D.J. DUQUELSKY GÓMEZ (dir.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*, Ediciones Infojus, 2014, p. 293-323, p. 298-299. Voir également A. GIBBS, « Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism », *op. cit.* note 146.

<sup>158</sup> R. GARGARELLA, « "We the People" Outside of the Constitution : The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances », *op. cit.* note 63.

<sup>159</sup> Parmi une très riche littérature, voir R. DIXON, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights : Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, n° 5, 2007, p. 391-418. M. TUSHNET, « Dialogic judicial review », *Arkansas Law Review*, vol. 61, 2009, p. 205-216. R. GARGARELLA (dir.), *Por una justicia dialógica : el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, 2014. S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 28 et, pour une étude presciente qui se fonde sur d'autres références, D. DAVIS, *Democracy and Deliberation: Transformation and the South African Legal Order*, Juta & Co., 1999. Ces discours empruntent alors à un autre ensemble de discussions sur la justice constitutionnelle qui a émergé, dans les années 1980, dans les pays comme le Canada, la Nouvelle-Zélande puis le Royaume-Uni qui quittaient le système de Westminster pour adopter un *judicial review* basé sur les droits, voir P. HOGG, A. BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 35, 1997, p. 75-124. S. GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, p. 707-760. Les discours contemporains empruntent également à un troisième ensemble constitué des débats critiques sur le rôle prédominant de la Cour suprême des États-Unis (auxquels se rattachent Rosalind Dixon et Mark Tushnet, *supra*). Pour une présentation et une discussion, voir *infra*, chapitres 7 et 8.

<sup>160</sup> C'est l'approche des débats angloaméricains (Rosalind Dixon, Mark Tushnet, Stephen Gardbaum) qui font suite aux travaux canadiens (Peter Hogg, Stephen Gardbaum).

<sup>161</sup> C'est l'approche la plus courante dans les travaux latinoméricains sur le sujet (Albert Noguera, Alejandro Medici, Roberto Gargarella).

du juge qui, pourtant, s'est vu depuis toujours reprocher sa participation au modèle élitiste d'une juristocratie<sup>162</sup>.

Les apories de ces discours se retrouvent dans l'alternative entre réforme et révolution par laquelle Karl Klare définissait le constitutionnalisme transformateur sud-africain et qui correspond plus largement à l'acception du terme de transformation sociale dans le discours politique<sup>163</sup>. Le juge remplit un rôle dialectique puisqu'il médiatise les demandes sociales et le processus décisionnel qui aboutit à opérer les choix politiques. Aussi, sa fonction propre provient alors non seulement de l'adoption d'une norme constitutionnelle, mais du contenu axiologique de celle-ci en particulier<sup>164</sup>. Pour proclamer la fin « transformatrice » de la distinction entre droit et politique, Karl Klare s'appuie notamment sur une autre distinction, celle-ci proposée par le juriste Etienne Mureinik, connu pour ses écrits contre l'Apartheid, qui a estimé que la Constitution intérimaire marquait l'avènement d'une nouvelle culture de la justification, par opposition à une culture d'autorité<sup>165</sup>. La transformation de la culture juridique sud-africaine procéderait de ce que des droits et valeurs sont inscrits dans le texte, mais surtout d'une exigence de justification qu'ils feraient peser sur les autorités – Etienne Mureinik avait très tôt proposé spécifiquement des droits sociaux à cet égard<sup>166</sup>. C'est à partir de cette position relative à la justification que Karl Klare élabore une reconstruction conceptuelle du raisonnement juridique qui l'attache aux Critical legal studies nord-américaines où l'idéologie intègre nécessairement l'interprétation juridique<sup>167</sup>. Cette partie de l'argument de Klare n'a pas été emportée avec l'immense popularité de la première qui nous dit que l'insertion de dispositions sophistiquées, se référant à des valeurs, substantialise un raisonnement juridique qui ne peut plus faire l'impasse sur la transformation sociale. Interpréter un tel texte exige pourtant de

---

<sup>162</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>163</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1, §1, C., 2.

<sup>164</sup> Sur l'idée d'un mandat activiste que le juge ne ferait que suivre, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>165</sup> E. MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *op. cit.* note 1, p. 31-32 : « *If the new Constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification - a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion. If the Constitution is to be a bridge in this direction, it is plain that the Bill of Rights must be its chief strut. A Bill of Rights is a compendium of values empowering citizens affected by laws or decisions to demand justification. (...) The point of the Bill of Rights is consequently to spearhead the effort to bring about a culture of justification.* »

<sup>166</sup> E. MUREINIK, « Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution », *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, n° 4, 1992, p. 464-474

<sup>167</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 5, spec. p. 164 : « *Judges - and the advocates, academics and parties who influence their thinking - make value-laden choices in the routine course of legal interpretation. They are responsible for the social and distributive consequences that result from these choices, and should be judged accordingly. If this is right, then there is nothing legal practitioners can do but acknowledge their political and moral responsibility in adjudication and share the secret with their publics in the interests of transparency.* » En effet, « *The Constitution invites a new imagination and self-reflection about legal method, analysis and reasoning consistent with its transformative goals. By implication, new conceptions of judicial role and responsibility are contemplated. Judicial mindset and methodology are part of the law, and therefore they must be examined and revised so as to promote equality, a culture of democracy and transparent governance.* » (*Ibid.*, p. 156).

réfléchir à l'organisation de la société, aux propriétés morales des individus et à la nature des relations sociales<sup>168</sup>.

Le rôle du juge est central dans ce discours. En Amérique latine aussi, le constitutionnalisme nouveau ou transformateur a été étroitement associé à une théorie de l'interprétation juridique, sous la forme du *neoconstitucionalismo* dont se réclament, par exemple, les théoriciens d'un *ius commune*. Ainsi la transformation passe par

la constitutionnalisation de l'ordre juridique, qui en retour est considérée comme utile pour faire advenir un agenda social. Pour la même raison, les garanties juridictionnelles et l'interprétation progressiste des droits sont cruciales pour le néoconstitutionnalisme.<sup>169</sup>

Les droits fondamentaux et leur garantie judiciaire relèvent dans les années 1990 d'une forme d'évidence pour assurer la démocratisation des régimes politiques, à l'image de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme vers laquelle les auteurs imaginent une convergence. Comme le note Manuel José Cepeda Espinosa, « les droits sont devenus un sujet de consensus national, et leur protection effective une question d'intérêt général, non d'idéologie » : ainsi durant le processus constituant il parut naturel que « les défenseurs d'une déclaration des droits insistèrent sur une nouvelle conception en associant les droits individuels avec l'*empowerment* individuel et en décrivant le nouveau catalogue de droits comme une pré-condition nécessaire à la transformation de la société colombienne »<sup>170</sup>. C'est ce que Rodrigo Uprimny, ancien membre de la Cour constitutionnelle, a qualifié de « force normative » (*fuereza normativa*) : des constitutions qui « contiennent en germe un programme à exécuter par les autorités publiques » mais « qui ne se contentent pas de fixer des limites à l'État ou de concevoir des institutions, et reconnaissent un large éventail de droits et de principes, imposent des objectifs à l'État et établissent des formes plus ou moins fortes de justice constitutionnelle pour garantir l'accomplissement de ces mandats »<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

<sup>169</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 3, p. 17 : « *the constitutionalization of the legal order, which in turn is considered helpful for advancing a social agenda. For that same reason, jurisdictional guarantees and progressive interpretation of rights are pivotal to neoconstitutionalism.* »

<sup>170</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, note 38, p. 545 : « *rights became a subject of national consensus, and their effective protection a matter of general, not ideological interest* » et p. 576 : « *bill of rights advocates publicly promoted the new conception by equating individual rights with individual empowerment and by depicting the new catalogue of rights as a necessary pre-condition for the transformation of Colombian society* ». Aussi, selon l'auteur, il s'agit autant d'une réévaluation des droits à travers l'ensemble du spectre politique que d'une baisse d'influence de la culture juridique française en Colombie depuis les années 1960, volontiers hostile jusqu'alors à la reconnaissance juridique de droits.

<sup>171</sup> R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil? », *op. cit.* note 68, p. 42-43 : qui « *contienen, en germen, un programa que debe ser realizado por las autoridades* », mais « *que no se limita a establecer límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconoce una amplia gama de derechos y principios, le impone metas al Estado y establece formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan* ».

Le recours au droit par le constituant de 1991 face aux fractures sociales et à la violence n'a pas seulement été la proclamation d'un nouveau contrat social et l'on peut même postuler qu'il ne s'agit pas d'un contrat s'il y a une projection d'une société nouvelle et non un accord ferme sur une organisation sociale donnée, du moins dans les acceptions les plus radicales du caractère transformateur ou nouveau du constitutionnalisme colombien ou sud-africain. C'est avant tout une nouvelle manière d'appréhender la normativité constitutionnelle qui constitue la « vocation transformatrice<sup>172</sup> ». La Cour constitutionnelle de Colombie propose à plusieurs reprises cet argument, par exemple lorsqu'elle affirme qu'à l'issue de la circulation des idées constitutionnelles à partir des années 1950 et de la proclamation d'une « nouvelle dimension idéologique » des droits fondamentaux par le constituant de 1991,

les constitutions ne s'occupent pas seulement de l'organisation des appareils et des instruments de l'État, mais surtout de l'organisation sociale dans la recherche d'une articulation et d'une composition permanentes de l'ordre toujours menacé ; ainsi, le droit constitutionnel se charge de redéfinir la société et de lui donner, au niveau normatif de son organisation, les valeurs qui inspirent l'harmonie sociale et politique.<sup>173</sup>

La similitude est grande avec ces mots du juge Pius Langa qui souvent cités en Afrique du Sud :

La transformation n'est pas un phénomène temporaire qui prend fin lorsque nous avons tous un accès égal aux ressources et aux services de base et lorsque les avocats et les juges adoptent une culture de la justification. La transformation est un idéal permanent, une façon de voir le monde qui crée un espace dans lequel le dialogue et la contestation sont réellement possibles, dans lequel de nouvelles façons d'être sont constamment explorées et créées, acceptées et rejetées et dans lequel le changement est imprévisible mais l'idée de changement est constante. (...) C'est la perspective qui considère que la Constitution n'est pas transformatrice en raison de sa position historique particulière ou de ses objectifs socio-économiques particuliers, mais parce qu'elle envisage une

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 39 : « *vocación transformadora* ».

<sup>173</sup> CCC, T-446/92 (Fabio Moron Diaz), Tercera, F : « *las Constituciones no se ocupan solo de la organización de los aparatos e instrumentos del Estado sino, principalmente, de la organización social en procura de una permanente articulación y composición del orden siempre amenazado; así, el derecho constitucional asume la tarea de redefinir la sociedad y de darle, en el nivel normativo de su organización, los valores en los que se inspira la concordia social y política* ». Dès lors, « *La nueva dimensión ideológica y estructural de la Carta que se refleja en el ámbito de sus postulados sociales, en los fines del Estado y en los principios y valores en ella consagrados, y en particular en lo que se relaciona con el Derecho al Trabajo, resume, ahora, tanto las nuevas nociones de Estado Social de Derecho, como las de Constitución y Estado Pluralista* » (*Ibid.*).

société qui sera toujours ouverte au changement et à la contestation, une société qui sera toujours définie par la transformation.<sup>174</sup>

La Constitution est alors un vaste programme. Il est présenté comme le processus sans fin que constituerait le constitutionnalisme nouveau ou transformateur par opposition, supposément, avec un constitutionnalisme qui pourrait être plus figé. Or, ce genre de discours ouvre à un grand nombre de sens et se prête aisément à la contradiction, comme tous ceux qui visent à décrire ce nouveau constitutionnalisme.

---

<sup>174</sup> P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 47, p. 354 : « *Transformation is not a temporary phenomenon that ends when we all have equal access to resources and basic services and when lawyers and judges embrace a culture of justification. Transformation is a permanent ideal, a way of looking at the world that creates a space in which dialogue and contestation are truly possible, in which new ways of being are constantly explored and created, accepted and rejected and in which change is unpredictable but the idea of change is constant. (...) This is the perspective that sees the Constitution as not transformative because of its peculiar historical position or its particular socio-economic goals but because it envisions a society that will always be open to change and contestation, a society that will always be defined by transformation* ». Le juge Langa envisage ensuite cinq facteurs accélérateurs pour un tel mouvement : l'accès au juge, l'enseignement du droit, la culture juridique, la séparation des pouvoirs, et une réconciliation sociale au-delà du seul droit.

## SECTION 2. LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME COMME ASSURANCE

Une thèse démocratique postule que la transition constitutionnelle, en Afrique du Sud comme en Colombie, a répondu à un progrès vers un ordre plus juste et solidaire. Le juge aurait alors reçu un mandat en ce sens. Est-ce une contradiction au sein des discours étudiés ? Le constitutionnalisme transformateur est-il alors la simple garantie d'un ordre social, comme l'est le constitutionnalisme depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle ? La thèse démocratique procède d'un processus discursif qui cherche à créer une réalité autant qu'il la décrit au sein d'un récit global des droits, lequel emprunte au constitutionnalisme le plus classique (§1). Aussi, une lecture pragmatique des discours constitutionnaliste renverse ce récit dominant pour s'intéresser aux intérêts qui ont motivé l'adoption des constitutions colombienne et sud-africaine et peuvent aider à comprendre le rôle donné au juge (§2).

### §1. Le métalangage des discours constitutionnalistes

Les discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur mettent en avant l'idée d'un phénomène propre au Sud alors qu'il semble tout autant dérivé de la démocratie libérale que l'on retrouve au Nord (A). La seule approche démocratique n'est alors pas pertinente pour en comprendre la spécificité (B).

#### A. La circulation d'un constitutionnalisme du Sud

Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur forme un discours (1) qui engage une dialectique avec les discussions globales à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle (2).

#### 1. Le constitutionnalisme comme discours structuré

Le constitutionnalisme transformateur ou nouveau est un objet difficile à observer du fait d'une importante fragmentation des discours, que l'on retrouve dans des travaux de natures très différentes. Ce sont autant de positionnements, d'approches théoriques et de fonctions, au prix d'une montée en abstraction qui rend parfois malaisée la définition des termes employés. Il est aisé d'être leurré par l'effet d'évidence que semble recouvrir le contre-récit proposé d'une déviation des pays du Sud vers la reconnaissance progressive des droits sociaux issus de l'État social. Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur, comme la *rule of law* ou l'État de droit, ne fait généralement l'objet que de définitions tautologiques – une Constitution est transformatrice parce qu'elle transforme la société ou la réalité sociale, le constitutionnalisme porte une vision de la société,

l'État de droit est la démocratie parce que la démocratie est la garantie de l'État de droit<sup>175</sup>, etc. Or, une réalité ne peut être en soi transformée puisqu'elle change sans cesse, sans qu'un point de vue extérieur ne puisse raisonnablement être construit sans supposer une partition entre le droit et la politique. À l'inverse, le juge ne peut être dit interagir avec la société comme un extérieur sans reproduire cette même distinction que les discours du constitutionnalisme transformateur prétendent pourtant mettre en cause. Le discours du constitutionnalisme transformateur contient en réalité un ensemble de positions variées sur la société, toutes n'appelant pas à une transformation comprise comme un changement des structures sociales ou une émancipation<sup>176</sup>. Le changement supposé du rôle du droit constitutionnel mérite également d'être interrogé<sup>177</sup>.

En Colombie comme en Afrique du Sud, la justification de la justice constitutionnelle par une thèse normative vient à première vue rapprocher les deux pays d'une circulation des idées juridiques propre à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Le constitutionnalisme transformateur renvoie peut-être simplement à des versions nationales d'un État de droit auquel est ajouté, très explicitement en Colombie, une dimension « sociale », comme l'Allemagne a pu préciser qu'il était « constitutionnel » ou l'Espagne qu'il était « républicain ». Ce phénomène dépend beaucoup de la manière dont cet ensemble de discours est abordé. Ainsi l'on observe dans la construction de la notion de constitutionnalisme transformateur un jeu de niveaux entre plusieurs discours, qui se superposent à la réalité à laquelle les différents travaux cherchent à donner accès : un discours scientifique global au sein d'un espace comparatiste, des discours scientifiques locaux, qui interagissent dans le sens soit d'une spécification, soit d'un relais, soit d'une critique, et enfin des discours judiciaires particulièrement élaborés et des discours militants, qui souvent recoupent les discours universitaires. La comparaison a enfin pour effet d'accumuler les couches de discours et les positions depuis lesquels ils sont tenus, à mesure qu'est décrite une réalité constitutionnelle qui va alors être détachée d'un ordre juridique particulier. Il y a alors une interaction dialectique particulièrement intense entre l'objet construit, situé dans différents lieux, et les constructions de cet objet depuis plusieurs points d'observation.

---

<sup>175</sup> E. MILLARD, « L'État de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie », in P. CABANEL, J.-M. FEVRIER (dir.), *Questions de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2001, p. 415-443. C'est une tautologie que l'on retrouve lorsque cet État de droit est dit « social », voir par exemple C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 348-349 : « *Es imposible imaginar un Estado que no sea social, si por social se entiende lo atinente a la sociedad. Es inconcebible un Estado sin sociedad, un Estado construido en el vacío, carente de individuos. No obstante, la teoría constitucional se ha apropiado de este pleonismo justamente para designar un prototipo de Estado fundido con la sociedad. El Estado social se define como un modelo de organización política que remonta su separación con respecto a la sociedad civil [...] El Estado Social es el producto de la simbiosis entre el Estado y la sociedad, o como especifica el tópico, es el resultado de la estatalización de la sociedad y de la socialización del Estado* »

<sup>176</sup> Voir *infra*, chapitres 3 et 4.

<sup>177</sup> Voir *infra*, chapitres 5 et 6.

Un trait caractéristique du discours sur le constitutionnalisme transformateur est qu'il lie au scientifique la participation d'acteurs dans la description du phénomène, et notamment de juges qui écrivent sur leur propre pratique en l'objectivant. Plusieurs juges en ont produit des lectures célèbres<sup>178</sup>, qu'il s'agisse de Pius Langa ou de Dikgang Moseneke en Afrique du Sud, de Manuel José Cepeda Espinosa, de Carlos Bernal Pulido ou de Rodrigo Uprimny en Colombie. Le parcours du dernier est typique, puisqu'il fut à la fois un membre de la Cour constitutionnelle, un universitaire et un militant pro-droits assumé, de même que celui de Manuel José Cepeda Espinosa, qui faisait partie du groupe de jeunes conseillers et juristes réunis par le président Gaviria pour élaborer le projet de Constitution après avoir étudié à Harvard, puis devient juge à la Cour constitutionnelle et un universitaire de renom, auteur des travaux de référence sur le droit constitutionnel colombien.

Outre ces publications, la difficulté d'un discours scientifique sur le constitutionnalisme transformateur est largement due au fait que les juridictions elles-mêmes sont productrices d'un discours sur le sujet, par le biais d'opinions élaborées sous la forme d'une « construction idéologique (dans l'acception non péjorative du terme) », « fruit non pas de théoriciens (...) mais de juges constitutionnels »<sup>179</sup>. La distinction entre l'interprétation authentique et l'interprétation non-authentique est ici particulièrement floue. Il est par exemple difficile de distinguer les idées exprimées par un universitaire qui fut juge de celles d'un juge qui écrit en tant que l'universitaire qu'il fut ou d'un juge qui écrit dans des opinions dont le ton est similaire à celui de propos scientifiques. Le rôle des universitaires militants, comme ceux qui animent les associations de défense des droits, ramène également les discours juridiques sur le devant de la scène constitutionnaliste : le contentieux est alors nourri d'argumentaires qui sont élaborés en parallèle dans la sphère académique, si bien qu'il semble nécessaire d'étudier cette circulation-là aussi. Ici, l'effet d'évidence des discours scientifiques recoupe une aporie de la science du droit, où la description d'un phénomène normatif est souvent empreinte de la normativité décrite, où l'être est indissociable d'un devoir-être<sup>180</sup>. Ainsi lorsqu'un auteur (et *a fortiori* un juge, même s'il écrit dans une revue scientifique) évoque une « Constitution transformatrice », en citant diverses dispositions constitutionnelles et décisions judiciaires, décisions qui elles-mêmes parfois évoquent la notion de transformation, cet auteur sous-entend une nécessité guidée par un texte auquel on associe une force normative obligatoire. C'est le cas de Karl Klare lorsqu'il décrit la Constitution sud-africaine comme post-libérale et transformatrice, tout en estimant que les acteurs juridiques devraient

---

<sup>178</sup> Sur le rôle des individus et des opinions dans la jurisprudence, tempérant l'idée d'un activisme monolithique, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>179</sup> F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et Etat social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 118, 2019, p. 333-355, p. 333.

<sup>180</sup> Voir introduction, §3-B.



prendre conscience non seulement de leurs biais subjectifs et politiques, bref de leurs opinions dans l'interprétation d'un tel texte, mais également acter que l'interprétation constitutionnelle est tenue par un idéal transformateur<sup>181</sup>.

## 2. Le constitutionnalisme comme influence locale des discours globaux

En outre, un risque bien connu du droit comparé est de présumer que la chose est identique car le mot l'est, produisant un discours largement circulaire<sup>182</sup>. La recherche d'une convergence qui ressort de la littérature du droit constitutionnel comparé porte souvent sur ce constitutionnalisme dit libéral qui se serait étendu de manière linéaire depuis la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, mais l'on trouve une même engeance dans le discours du constitutionnalisme transformateur, qui ne serait que la progression d'une forme de l'État social vers plus de progrès démocratique. Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur serait le même dans un ensemble de pays du Sud, de la même manière que le « le constitutionnalisme global (...) est un projet du Nord global<sup>183</sup> » : c'est face à l'hégémonie croissante des idées de ce dernier qu'ont été construites les analyses d'un constitutionnalisme différent, transformateur celui-là, parce qu'il serait plus social, solidaire ou holiste et moins libéral

---

<sup>181</sup> Pour une critique du formalisme logique d'une telle position, voir T. ROUX, « Principle and pragmatism on the Constitutional court of South Africa », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 1, 2009, p. 106-138. Pour une discussion, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>182</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §1.

<sup>183</sup> M. TUSHNET, « The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project », *Global Constitutionalism*, vol. 8, n° 1, 2019, p. 29-39, p. 34 : « *global constitutionalism is (...) a project of the global North* ». En effet, « *A first clue to the 'deeper' ideological content of global constitutionalism is that these structural components track the content of long-established constitutions of core nations in the global North. Another clue comes from the rights component of global constitutionalism, the 'open' and 'liberal' requirements* », *Ibid.*, p. 32.

ou individualiste, et parce qu'il s'appuierait sur l'égalité substantielle, les droits sociaux et les droits de la nature à la place ou en plus des seules libertés et la propriété privée<sup>184</sup>.

C'est un trait des discours du constitutionnalisme transformateur que de présenter celui-ci comme une différence avec le passé qui se donne alors à voir comme l'inversion d'une logique coloniale, ce qu'a pu donner à voir la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans sa lecture de l'Apartheid comme passé mais également comme logique néocoloniale au présent<sup>185</sup>. De telles références sont fréquentes également dans la doctrine en Inde. Upendra Baxi a pu comparer les moments constituants indiens et sud-africain en les termes d'un « être-ensemble » propre à la souveraineté populaire de « sociétés postcoloniales et postsocialistes »<sup>186</sup>. Pour Daniel Bonilla Maldonado, un droit constitutionnel du « Sud Global » émerge du fait de la créativité des cours constitutionnelles indiennes, colombiennes et sud-africaines, contrecarrant les présupposés, dans la circulation des idées juridiques, sur une faiblesse du droit et des discours juridiques au Sud<sup>187</sup>. La pauvreté des sociétés du « Sud » aurait permis l'éclosion de doctrines propres, comme l'explique Rodrigo Uprimny dans une opinion de la Cour constitutionnelle de Colombie :

la Cour constitutionnelle sud-africaine a construit sa jurisprudence sur les droits sociaux en la reliant directement à la recherche de l'égalité matérielle. Cette jurisprudence peut être plus intéressante pour le cas colombien que celle des pays développés comme l'Allemagne ou l'Espagne. En effet, l'Afrique du Sud et la Colombie sont toutes deux des sociétés présentant des niveaux élevés de

---

<sup>184</sup> Voir, entre autres, A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 3, p. 8. R. GARGARELLA, « Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” », *op. cit.* note 66. D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », *op. cit.* note 8 et plus largement D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, et sa traduction célèbre en Amérique latine, D. BONILLA MALDONADO, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015. Un ouvrage fondateur publié par des universitaires indiens vient notamment défendre un activisme judiciaire du Sud, N. TIRUCHELVAM, R. COOMARASWAMY (dir.), *The Role of the Judiciary in Plural Societies*, Palgrave Macmillan, 1987, voir notamment le texte d'Upendra Baxi, « On the shame of not being an activist: Thoughts on judicial activism », p. 22-33. Un sous-ensemble de ces discours porte sur la nature, voir *infra* chapitre 4, section 2, §2.

<sup>185</sup> Voir *infra*, chapitre 5, section 1, §1, A., 2.

<sup>186</sup> U. BAXI, « Preliminary notes on transformative constitutionalism », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 19-47, spec. p. 20-21 : « In the originating moment, the constituent power was not transferred to an unelected oligarchy, as is the case with most post-colonial and some post-socialist societies, but articulated a historic movement of popular sovereignty. In this moment, the Constitution was an element concerned in creating a distinctive constitutional and societal 'we-ness'. In a sense, the making of this 'we-ness' signifies the art and craft of the narrative genera of 'magical realism' of the cathartic process of the Truth and Reconciliation Commission enacting 'responsibility towards memory' ». La « we-ness » que nous traduisons par « être-ensemble » est un emprunt de l'auteur à Jacques Derrida. Sur une critique de l'approche post-coloniale et post-libérale du constitutionnalisme en Afrique du Sud, en Colombie et en droit comparé en général, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>187</sup> D. BONILLA MALDONADO, « Toward a Constitutionalism of the Global South », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 1-39.

pauvreté et d'inégalité, et sont donc confrontées à des dilemmes constitutionnels similaires en termes de protection constitutionnelle des droits sociaux.<sup>188</sup>

La Cour constitutionnelle de Colombie a par exemple mobilisé des références postcoloniales et anticapitalistes pour signaler une conception du monde alternative lorsqu'elle a proclamé les droits de la nature<sup>189</sup>.

Comme toute figure construite contre une autre, celle d'un Sud qui renouvellerait le Nord en reprend certaines apories, et notamment un certain détachement d'avec la réalité : il faut considérer dans quelle mesure il existe un constitutionnalisme transformateur aussi monolithique qu'il est souvent décrit de manière abstraite, par opposition à un constitutionnalisme libéral qui a en réalité connu le même sort généralisateur<sup>190</sup>. Si l'on ramène l'abstraction des discours sur le constitutionnalisme transformateur à la réalité des rapports de pouvoir, on observe qu'il n'y a pas de différence tranchée entre la Colombie, l'Afrique du Sud et de nombreux pays occidentaux qui ont pu faire face à une même rupture que l'Europe et l'Amérique du Nord deux siècles auparavant. La révolution américaine elle-même, comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, a marqué une rupture avec la culture juridique britannique ou de l'Ancien régime. L'invocation d'une nature de l'homme antérieure à la société faisait surtout sens comme un argument d'autorité pour remplacer les fondements de la société par ceux du nouveau régime<sup>191</sup>. Un signe de ce mouvement se trouve dans les critiques des droits qui les présentent comme une « averse » ou « pulvérisation du droit en droits subjectifs<sup>192</sup> », ou encore une « politique » de l'individualisme radical qui éclate le « corps social » depuis l'héritage révolutionnaire qui a paradoxalement consacré les deux<sup>193</sup> ; ces critiques reposent souvent sur l'idée jusnaturaliste d'une forme politique qui serait naturelle et emporterait avec elle certains droits et libertés, notamment ceux qui sont les mieux acceptés et de nature que l'on dit civile et politique, mais exclurait ce qui serait une sorte d'excès

---

<sup>188</sup> CCC, T-654/04 (Rodrigo Uprimny Yepes), note 27 : « *el tribunal constitucional surafricano ha construido su jurisprudencia sobre derechos sociales vinculándola directamente a la búsqueda de la igualdad sustantiva. Esta jurisprudencia puede ser más interesante para el caso colombiano, que aquella de países desarrollados como Alemania o España. En efecto, tanto Sudáfrica como Colombia son sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad, por lo que enfrentan dilemas constitucionales semejantes en materia de protección constitucional de los derechos sociales.* »

<sup>189</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 2, §2, B., 1.

<sup>190</sup> Voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>191</sup> Voir P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », *op. cit.* note 4

<sup>192</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Coll. « Forum », 1996, p. 121. Dès lors « *le risque, c'est que tout besoin demande à être reconnu comme droit subjectif. Ce sera un faux droit, si, en vis-à-vis, n'est pas défini un débiteur qui y satisfasse. Beaucoup de droits économiques et sociaux de la seconde génération ont échoué sur cet écueil.* »

<sup>193</sup> M. GAUCHET, « Les droits de l'Homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, 1980, p. 3-21. M. GAUCHET, « Quand les droits de l'Homme deviennent une politique », *Le Débat*, n° 110, 2000, p. 258-288. Il est intéressant que Marcel Gauchet, lorsqu'il voit ressurgir les droits de l'homme à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle mais les juge néfaste dans ce contexte, n'envisage que les droits de 1789 et non les droits sociaux qui apparaissent dès 1793, et qui donnent une autre tonalité au tournant contemporain des droits. Il n'évoque alors aucun des contextes du Sud et semble opposer l'État providence aux droits de l'homme (*Ibid.*, p. 266).

progressiste. Aussi la critique des droits qui invoque le corps social à l'encontre de l'individualisation ou des demandes subjectives s'attaque à une certaine lecture des droits de l'homme issue de 1789 qui, par « l'éternelle ironie de l'histoire » qui voit la victoire du libéralisme et le renouveau des droits de l'homme au bicentenaire de la Révolution, mais puisqu'il « n'y a plus d'Ancien régime à détruire », revient à « se promettre à l'impuissance collective » en diluant le corps social dans l'individu<sup>194</sup>.

Cette lecture idéologique, contestable du point de vue de la théorie politique<sup>195</sup>, l'est également du point de vue de l'histoire et ce alors même qu'elle joue un rôle important dans notre manière d'appréhender les droits. La rupture est avant tout un changement dans la séparation des pouvoirs. Le libéralisme anglais, qui déjà opérait une décentralisation des sources du droit en *Common law*, et qui visait à limiter l'arbitraire du roi par une distribution du pouvoir, a donné lieu à des formes très différentes de rationalisation du pouvoir au sein de l'État moderne lors des révolutions américaine et française du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Aux États-Unis en particulier, l'expérience de l'arbitraire britannique rend la souveraineté parlementaire suspecte : il faut établir un ordre constitutionnel qui sépare les pouvoirs, détaché du seul règne majoritaire du gouvernement représentatif, tout en divisant celui-ci aux échelles fédérale et fédérée<sup>196</sup>. Le *Bill of rights* est alors adopté à la demande des anti-fédéralistes pour limiter l'État fédéral naissant en opposant des libertés individuelles à la majorité<sup>197</sup>. La Cour suprême, à partir de la décision *Marbury v. Madison* de 1803, vient apporter la garantie de ce compromis, en permettant aux juges de contrôler la conformité des lois fédérales à la Constitution<sup>198</sup>. C'est alors un sens nouveau du constitutionnalisme qui apparaît, non plus comme la formalisation de règles relatives à l'organisation du pouvoir, si tant est que ce seul sens ait jamais existé avec la pureté des discours abstraits des juristes, mais comme un contrat entre gouvernés et gouvernants (fussent-ils l'aristocratie ou la bourgeoisie), et comme une normativité qui pèse sur le pouvoir politique, et le juge pour gardien<sup>199</sup>.

Le parallèle avec l'Afrique du Sud est frappant, elle qui a tranché également avec la tradition de Westminster qui prévalait sous l'Apartheid, alors que l'absence de contrôle juridictionnel efficace était un problème institutionnel majeur<sup>200</sup>. En 1996, le juge se voit doter de pouvoirs de contrôle

---

<sup>194</sup> M. GAUCHET, « Quand les droits de l'Homme deviennent une politique », *op. cit.* note 192, spec. p. 260-261.

<sup>195</sup> On y retrouve « la dénonciation très française de la révolution individualiste déchirant le lien social », J. RANCIERE, *La haine de la démocratie*, La Fabrique, 2002, p. 22. Voir *infra*, chapitre 8, section 1.

<sup>196</sup> P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », *op. cit.* note 4.

<sup>197</sup> Les fédéralistes y trouvaient un faible intérêt puisque les pouvoirs étaient séparés et que les autorités étaient soumises à la loi, sans besoin de se protéger face à un roi, A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste (1788)*, Classiques Garnier, 2012, trad. A. Amiel, p. 561-608 (*Federalist paper* n°78).

<sup>198</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §3.

<sup>199</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022, p. 27-37.

<sup>200</sup> H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 1 », *Journal of South African Law*, n° 4, 2002, p. 612-627, p. 626 : « Judicial deference to apartheid policies was defended in the name of parliamentary sovereignty - a cornerstone of the Westminster system of government - and the need to give effect to the intention (will) of the legislature. »

accrus vis-à-vis d'un pouvoir politique dédoublé entre législateur et exécutif présidentiel, mais aussi les rapports entre les provinces et entre elles et l'échelon national ; ce pouvoir ne consiste pas tant en l'indépendance de la justice, qui existait déjà, qu'en la création d'une Cour constitutionnelle chargée de garantir la nouvelle Constitution, dont sa déclaration des droits. L'Afrique du Sud se rapproche alors d'un autre pays de l'ancien Empire britannique, le Canada et sa Charte des droits et libertés de 1982, le même Canada sur lequel se fondent beaucoup des thèses qui postulent une expansion globale du constitutionnalisme libéral<sup>201</sup>. Pour Heinz Klug, la conversion des élites politiques sud-africaines au constitutionnalisme vient spécifiquement du contexte international et de la circulation des modèles, notamment celui de la suprématie et de la justice constitutionnelles qui ne pouvaient venir de l'histoire d'un pays qui les avait ignorées<sup>202</sup>. À la fin des années 1980, l'ANC est poussée à la négociation avec le régime, alors qu'elle privilégiait jusque-là plutôt une lutte armée, parce qu'elle sent faiblir le soutien soviétique à l'égard d'une opposition encore très marquée par le modèle de l'État socialiste. En outre, le retrait des troupes cubaines et sud-africaines d'Angola et de Namibie force l'ANC à quitter ses camps militaires dans les deux pays tandis que d'un autre côté elle doit quitter une certaine rhétorique guerrière ou populiste pour bénéficier du soutien de la communauté internationale, laquelle utilise plutôt le langage de la *rule of law*. C'est dans ce contexte que sont publiées en 1989 les *Constitutional guidelines* du parti et un texte d'Albie Sachs plaidant pour l'adoption d'un *Bill of rights*<sup>203</sup>. Lorsque l'ANC présente sa proposition de déclaration des droits en 1992, et pour la première fois évoque explicitement la justice constitutionnelle, le parti cite explicitement la Convention européenne des droits de l'homme et les constitutions indienne, allemande ou encore étatsunienne<sup>204</sup>. Des échanges ont été observés en outre entre les conseillers auprès de la constituante et des universités nord-américaines<sup>205</sup>. Le Comité technique chargé de rédiger les textes de 1993 et 1996 appuie l'inclusion des droits sociaux sur leur acceptation en droit international, et notamment sur les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>206</sup>. Il y a alors quelque chose d'une adhésion au constitutionnalisme qui prévaut

---

<sup>201</sup> Voir A. TREVOR, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2001. D. BEATTY, *The Ultimate rule of law*, Oxford University Press, 2004.

<sup>202</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 48 : « *South African history is important, but it is a mistake to limit the explanation of South Africa's dramatic constitutionalist turn to the dynamics of local developments. The limits of path dependency dictate that the adoption of democratic constitutionalism in South Africa must also be viewed in the light of a globalizing constitutionalism; that is, the need for South Africa to reintegrate itself into the international community and economy by conforming to the dominant international political culture of the moment. Constitutionalism, in this analysis, becomes both a natural way for elites to think and a passport to international acceptability.* »

<sup>203</sup> Voir *supra*, section 1, §1, A., 1.

<sup>204</sup> ANC, *Bill of rights for a New South Africa*, *op. cit.* note 26

<sup>205</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 77-85.

<sup>206</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 28, p. 17-19. L'auteure (qui était membre du Comité technique) cite notamment une pétition en faveur de l'inclusion de droits socio-économiques. qu'elle a signé avec 55 dirigeants d'associations, universitaires et militants le 19 Juillet 1995 dans le cadre de la vaste Ad hoc campaign for social and economic rights.

alors à l'échelle globale, au moment précis de la célébration du libéralisme. C'est cette fenêtre de 1989 à 1992 qui voit l'adhésion se former selon Heinz Klug, puisque jusqu'ici les transitions démocratiques dans les États du Sud se sont surtout faites au profit du pouvoir politique ; à partir de la chute du mur de Berlin, le primat semble plus facilement donné à la suprématie constitutionnelle par-delà le seul pouvoir politique dans l'architecture institutionnelle<sup>207</sup>.

L'expérience colombienne présente un changement moins radical mais une configuration similaire où le juge est perçu comme une garantie efficace contre les excès du pouvoir politique et en particulier ceux de l'exécutif présidentiel. La réaction aux nombreux états d'urgence visant à lutter contre le conflit armé est une raison souvent avancée à l'appui du choix d'une justice constitutionnelle<sup>208</sup>. Mais il s'agit ici d'une logique somme toute bien libérale de séparation des pouvoirs qui vise à les limiter autant qu'à réguler les relations entre l'échelon national et les entités locales nouvellement créées. Là encore, une explication globale peut être doublée d'une lecture régionale, puisque l'Amérique latine connaît un changement similaire au même moment. C'est qu'il s'y joue, contre les régimes militaires et dictatoriaux qui se sont mis en place dans les années 1960 et 1970, un laboratoire de l'usage contemporain des droits de l'homme, porté notamment par les programmes d'aide au développement américain dans la région et l'implication d'ONG, d'abord au Chili<sup>209</sup>. Les constituants s'inspirent des textes internationaux et relient souvent explicitement leurs propositions tantôt à des constitutions latino-américaines, tantôt à des constitutions européennes<sup>210</sup>. Les conseillers et juristes réunis dans le groupe de travail qui élaborent la proposition gouvernementale colombienne discutent longuement des droits constitutionnels allemands, italiens, espagnols et étatsuniens<sup>211</sup>. La déléguée du M-19 Maria Teresa Garcés qui est l'une des seules à discuter du projet à la constituante hors du gouvernement, manie les références doctrinales européennes, de Kelsen à Duguit en passant par Louis Favoreu<sup>212</sup>, un autre constituant cite Georges Vedel<sup>213</sup> : la théorie des modèles qu'ils discutent, si elle ne renvoie pas nécessairement à une réalité

---

<sup>207</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 95 : « *the Namibian and South African constitutional processes, by contrast, reflected a new international moment. This moment has seen a new wave of constitutionalism - reflected in the proliferation of new constitutional orders since the end of the cold war - and is marked, even in existing constitutional democracies by the increasing politicization of constitutional change, accompanied by demands for greater participation. In Africa, Namibia's process in 1990 marked the re-emergence of a democratically elected constituent assembly as the source of a legitimate constitution.* »

<sup>208</sup> Voir *supra*, section 1, §2, A.

<sup>209</sup> Voir *infra*, chapitre 2.

<sup>210</sup> N.R. CORREA HENAO, « El proceso constituyente. El caso colombiano », *op. cit.* note 89, spec. p. 28. H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 56, p. 211 (qui note quatre exemples étrangers repris le plus souvent : l'Espagne (1978), l'Allemagne (1949), le Pérou (1979), le Nicaragua (1987)).

<sup>211</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009, p. 53, qui s'appuie notamment sur des entretiens réalisés avec Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>212</sup> Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia, n°36, 4 avril 1991, p. 2-8.

<sup>213</sup> Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia, n°81, 24 mai 1991, p. 16.

objective qui se déplacerait objectivement circule, elle, en tant que discours parmi les juristes et politiciens.

La Colombie n'a pas connu de dictature mais une situation de blocage et un raidissement du pouvoir face au conflit armé. Dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, il existe elle connaît un contrôle de constitutionnalité à la fois *a priori* et *a posteriori*, par action et par voie d'exception, avec un effet *inter partes* et *erga omnes*, si bien qu'il s'agit d'une expérience bien différente de l'imitation d'un modèle du Nord<sup>214</sup>. Or, si la Cour suprême exerçait déjà un tel contrôle, on lui a reproché de ne pas avoir développé un langage des droits humains, mais l'on peut considérer que cette situation était le fait d'un texte de 1886 plutôt pauvre en la matière et peu explicite relativement au rôle du juge, dans le contexte de la guerre froide et de la violence politique qui plaçaient l'idéologie avant les droits (les guérilleros se réclament du marxisme révolutionnaire)<sup>215</sup>. Le tournant international en faveur des droits semble fournir une explication plausible, notamment si on la replace, comme le propose Roberto Gargarella, dans la perspective de la lente maturation d'un constitutionnalisme social jusque-là minoritaire mais bien présent dans la région parmi les élites politiques de gauche. Mais c'est bien l'explication que l'on pourrait qualifier de libérale qui l'emporte pour qualifier le rôle des droits et libertés dans la résolution du conflit armé colombien et la circulation globale des discours juridiques. Illustrant symboliquement cette double influence, Manuel José Cepeda Espinosa, le conseiller du président Gaviria (puis membre de la Cour) qui organise la constituante, choisit de l'ouvrir un 5 février en référence à l'adoption de la Constitution mexicaine et de la clore le 4 juillet 1991 en hommage à la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique dont il revendique la filiation<sup>216</sup>.

## B. L'insuffisance de la thèse démocratique

Si transformation il y a eu en Afrique du Sud et en Colombie, ce fut d'abord et sans aucun doute celle du contentieux constitutionnel, ne serait-ce que parce que les constitutions adoptées n'ont pas eu grand-chose à voir avec les dispositions qu'appliquaient les juridictions avant les années 1990. La judiciarisation est assurément l'élément fondamental de la nouvelle vision démocratique, promue par les processus constituants, mais pourquoi l'est-elle ? La thèse démocratique postule

---

<sup>214</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 363.

<sup>215</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, spec. p. 545 : « *The impact of the opposition between capitalism and communism on the subcontinent, the cold war and the doctrines and policies that followed it in the western hemisphere, resulted in a generalized misrepresentation and sub-valuation of the issue of rights, placing them on the left side of the ideological spectrum. Armed conflict increased this noxious effect of the Cold War in Colombia, although the country did not give in to military authoritarianism, as many nearby states did. With the Constituent Assembly, rights became a subject of national consensus, and their effective protection a matter of general, not ideological interest.* »

<sup>216</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 80, p. 25.

qu'à un texte supérieur, il faut une garantie exigeant un gardien, soit le raisonnement tenu de manière célèbre par le juge Marshall dans *Marbury v. Madison*, que n'ont pas eu besoin de construire des cours dont le rôle était précisément décrit par les textes de 1991 et 1996. La situation française est très différente de la situation américaine puisque la révolution donne lieu à une primauté du politique et de la loi sur les juges, et il faut attendre la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle pour qu'un juge constitutionnel s'installe et garantisse les droits et libertés, à partir d'une inscription textuelle qui n'avait d'ailleurs pas ce sens originel mais envisageait bien plutôt un rôle procédural. La justification qui a été apportée à ce nouveau rôle s'est inspirée d'une lecture de la hiérarchie des normes inspirée de Hans Kelsen<sup>217</sup>. Le juriste autrichien s'appuie sur un mode de production des normes qu'il qualifie de dynamique et dont il estime, avec une qualification purement politique, qu'il s'agit du rôle de l'État démocratique moderne<sup>218</sup> et plus particulièrement, lorsqu'est envisagée une Cour chargée du contrôle, d'une fonction centrale de l'État fédéral<sup>219</sup>.

La thèse démocratique se trouve parfois dans l'idée d'un pouvoir du juge qui serait nul face aux représentants, puisque le juge resterait un organe neutre ou soumis au droit conçu à l'exclusion du politique, mais également d'une simple description de la norme constatant la nécessité technique ou logique des juridictions constitutionnelles au sein d'un ordre hiérarchique des normes ; or, il s'agit d'un choix contingent, lequel donne lieu à un contrôle qui lui-même produit des justifications contingentes<sup>220</sup>. En outre, le positivisme neutre associé à Hans Kelsen ou à H.L.A Hart a été rejeté en Afrique du Sud et en Colombie pour des références nord-américaines plus promptes aux droits, valeurs et principes conçus comme juridiques<sup>221</sup>. Il n'était pas non plus nécessaire de défendre un tel positivisme alors que le légicentrisme, dans les deux pays, était de toute manière rejeté pour le projet politique qui lui était associé. Les nouvelles juridictions pouvaient alors être conçues de manière active – pour ne pas dire activiste – dans l'élan qui était associé à un changement de régime.

Le constitutionnalisme est alors associé à une axiologie particulière. Le dénominateur commun des différentes théories de la justice constitutionnelle, de la France aux États-Unis en passant par l'Afrique du Sud et la Colombie, réside dans le caractère démocratique d'un ordre

---

<sup>217</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2. Pour une critique de cette justification, voir O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France. Un bilan critique », *Juspoliticum*, n° 2, 2009. G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, Bononia University Press, 2009.

<sup>218</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257, p. 201 et 204-205, évoquant « l'assise fondamentale de l'ordre étatique » et distinguant, notamment, la forme constitutionnelle de la forme légale en visant « la plus grande stabilité possible » de cette fonction de l'État (p. 205). Voir également p. 252, estimant que la justice constitutionnelle est d'une importance « de tout premier ordre pour la République démocratique, dont les institutions de contrôle sont une condition d'existence ».

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 254-256. L'article de Kelsen publié à la Revue du droit public visait en particulier à contribuer au débat qui animait alors le droit constitutionnel français, largement marqué par le légicentrisme.

<sup>220</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.* note 213, p. 371.

<sup>221</sup> Voir *infra*, chapitre 5.



constitutionnel dans lequel le juge viendrait garantir les droits. Plusieurs sens peuvent alors être attribués à la démocratie afin de justifier le rôle de la justice constitutionnelle, selon qu'elle vise à la garantie de droits et principaux fondamentaux, qu'elle assure le respect des règles procédurales de la vie politique, qu'elle consiste en une délibération à laquelle le juge participe par la production de raisons voire qu'il accélère par les arguments qu'il suscite<sup>222</sup>.

Il s'agit là d'une thèse normative et, partant, d'une justification de son rôle du point de vue d'une théorie démocratique c'est-à-dire de la légitimité des institutions. Mais l'on n'est alors pas instruit des raisons qui poussent à confier un tel rôle à une juridiction, c'est-à-dire les rapports entre pouvoir – et la conception de ces rapports – qui amène à choisir une garantie juridictionnelle. On peut penser que le constituant envisage cette place dans le futur agencement constitutionnel, ce qui est d'autant plus le cas lorsqu'il est en réalité assumé par des politiciens, comme en Afrique du Sud, en Colombie, et auparavant aux États-Unis. Ceux-ci n'ont pas tout juste apparu et ne disparaîtront pas soudainement ; ils font partie de forces politiques qui se sont appropriées le processus constituant pour construire le nouveau régime dont elles entendaient ensuite présider au moins en partie les destinées. Celles-ci ne font pas qu'interpréter les dispositions constitutionnelles dans l'abstrait, mais prennent des décisions opposables au pouvoir politique avec qui elles partagent la fonction de mise en œuvre du texte constitutionnel. Dit autrement, « garantir les droits » ou « promouvoir la démocratie » n'explique pas ce que l'on entend concrètement par-là, dans un contexte donné. Les droits ne sont pas des objets abstraits, nonobstant la manière dont l'interprétation peut les manier en tant que normes juridiques, mais des constructions socio-historiques complexes. Leur origine même n'est pas seulement un mouvement de l'esprit vers une humanité plus grande, même s'il y a assurément de cela ; on peut douter qu'ils soient la positivation d'une propriété innée venue d'un état de nature, lequel est en réalité toujours la reconstruction *ex post* par la société politique de ses fondements. Les droits proviennent aussi de rapports d'intérêts en présence à un moment historique donné, au sens de la politique partisane qui mène à leur adoption mais aussi du politique plus large, celui de l'état des structures socio-économiques et de la pensée. C'est là que le retour aux discours du constitutionnalisme éclaire : comme ce dernier, les droits viennent sceller un compromis à un moment donné, et précisément en Colombie et en Afrique du Sud. Un nouveau pacte social était formé contre le passé et vers l'avenir. Une telle grille de lecture pragmatique n'exclut pas la thèse normative ou démocratique, mais s'y ajoute pour l'expliquer, comme l'analyse redouble les éléments sur lesquels elle est portée.

---

<sup>222</sup> Voir *infra*, chapitre 7, section 1, §1, A.

Le juriste colombien Hernando Valencia Villa, dans une étude du constitutionnalisme colombien d'avant 1991 faisant autorité, proposait de se détourner de la lecture qui y voit un progrès vers la démocratie, pour y voir plutôt un « champ de bataille » et une « grammaire de la guerre »<sup>223</sup>. En Colombie, et comme peut-être plus largement en Amérique latine, un « fétichisme juridique » s'est construit comme un système de légitimation sophistiqué en vue de la pacification des rapports sociaux et la constitution d'un État stable après l'indépendance<sup>224</sup>. Le libéralisme politico-juridique inspiré des États-Unis, observé sur le continent et dénoncé par Roberto Gargarella, a été utilisé par les élites colombiennes dans ce but. Les théories du contrat social et de la représentation<sup>225</sup> ont notamment servi à faire passer cette stabilité par le maintien de l'élite politique dont l'assise a culminé durant le Frente Nacional, selon une fonction justificatrice du rôle et des décisions des représentants qui s'est constituée sous la Révolution française autour de l'idée de Nation<sup>226</sup>. Aux États-Unis, d'ailleurs, on sait que le raisonnement de la décision *Marbury v. Madison*, pour fondateur qu'il soit de la théorie de la justice constitutionnelle en postulant qu'à un texte supérieur doit correspondre une garantie juridictionnelle, s'inscrivait dans un moment particulier de centralisation du pouvoir au profit du fédéralisme, que la Cour suprême a pu incarner sans l'opposition des anti-fédéralistes puisqu'elle réduisait alors le pouvoir du Congrès des États-Unis<sup>227</sup>.

L'émergence et l'évolution des cours constitutionnelles dépendent donc au moins partiellement des rapports de force à l'œuvre, traduits à la fois dans le travail constituant et dans le rapport ultérieur du pouvoir politique aux décisions de la Cour. La réalisation des droits dépend de cette histoire et les cours constitutionnelles auxquelles est donné mandat d'appliquer des dispositions formulées de manière abstraite, pour l'éternité, se trouvent soumises aux contraintes qui ont mené à leur adoption, quitte à s'en défaire et à agir sur elles, comme un matériau. C'est un décalage qui se creuse alors entre le rapport de force qui a mené à la proclamation des droits, et celui qui se reconstitue au fur et à mesure de leur réalisation, ou dit autrement, entre le constituant et les gouvernements auxquels il faut opposer les clauses du premier. Comme l'écrit le politiste

---

<sup>223</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, op. cit. note 56, p. 33-70.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 62. Sur les recompositions des cultures juridiques, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 54-56.

<sup>226</sup> P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, LGDJ, 2004.

<sup>227</sup> Sur le point de perdre le pouvoir en 1800 au profit du parti républicain, le parti fédéraliste du Président Adams entreprend de nommer des juges favorables à leur cause, mais l'acte d'affectation de *Marbury* n'a pas été envoyé à temps si bien qu'il doit le demander en justice en 1801 ; la Cour suprême, dont le président Marshall a été nommé par Adams, proclame un contrôle de constitutionnalité d'une loi de 1789 sur le pouvoir judiciaire, laquelle permet à la Cour d'imposer des nominations de juges fédéraux, si bien que la Cour décide de ne pas statuer sur la nomination de *Marbury* tout en acquérant un grand pouvoir, qui ne peut que convenir aux anti-fédéralistes puisque le juge vient ici limiter le pouvoir du Congrès fédéral. Voir E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2000, p. 71-106.

canadien Ran Hirschl, « le pouvoir judiciaire ne tombe pas du ciel ; il est socialement construit<sup>228</sup> ». Dès lors, la thèse démocratique ne saurait convaincre à elle seule : la maturation d'une « vision substantielle de la démocratie (...) associée à des valeurs libérales et/ou égalitaires », sous la forme d'une « célébration acritique des droits humains » venant contraindre les majorités<sup>229</sup>, n'explique pas au sens causal comment le pouvoir en place aurait pu accepter de laisser des cours prendre un poids plus important. Ni, plus important, pourquoi le changement surviendrait à un moment précis plutôt qu'à un autre.

Comme l'exprime un auteur sud-africain qui n'adhère pourtant pas aux thèses de Ran Hirschl, la croyance en la démocratie constitutionnelle n'est pas apparue pas, pour aucune des parties prenantes, avant le début des négociations constitutionnelles – il faut dire que l'histoire du pays n'y appelait pas particulièrement<sup>230</sup>. Si l'ANC a pu proposer des déclarations des droits, il s'agissait simplement d'un programme politique et non de droits subjectifs, et aucun mécanisme judiciaire de garantie n'était alors envisagé ; au contraire, avant 1985, les cadres et militants du parti semblent plutôt concevoir la souveraineté populaire dans le sens d'un « centralisme démocratique » et du parti unique des États socialistes<sup>231</sup>, avec une suprématie du parlement dont le parti savait qu'il le dominerait, selon un calcul démographique assez simple. Même lorsqu'il propose un *Bill of rights* en 1989, Albie Sachs, militant et futur membre de la Cour constitutionnelle n'envisage pas la création d'une Cour mais pense plutôt à des magistrats expérimentés, et sans clairement défendre un rôle de ceux-ci vis-à-vis du législateur<sup>232</sup>. Le NP au pouvoir avant 1994, lui, avait peu de chances de croire en autre chose : en 1983, lorsque le régime cherche à se démocratiser, les élites politiques

---

<sup>228</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004, p. 49 : « Judicial power does not fall from the sky ; it is politically constructed ».

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 3 : une « thick notion of democracy (...) associated with liberal and/or egalitarian values », et une « uncritical celebration of human rights ». L'auteur parle d'« evolutionist theories », *Ibid.*, p. 32. Une variante de la thèse normative postule la nécessité de gérer des formes politiques complexes et de dépasser des blocages structurels, notamment dans le contexte fédéraliste.

<sup>230</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 29-47 et 70. Aussi, « A standard explanation for the shift to democratic constitutionalism, and the empowerment of courts it implies, in states emerging from dictatorships and social conflict is that the shift is a reaction to that society's particular past. While the rejection of tyranny and the embracing of rights may seem a logical consequence of their prior denial, this explanation does not explain why this should include a turn towards the judiciary as the ultimate protectors of such rights. This is particularly so when the judiciary and the law in general were intimately associated with the construction and maintenance of the prior oppressive regime. » (29)

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 72-74.

<sup>232</sup> A. SACHS, « Towards a Bill of Rights for a Democratic South Africa », *op. cit.* note 27, p. 308-309. En parallèle, « the architects of the ANC Constitutional Guidelines did not see the entrenchment of a bill of rights as altering the fundamental power of the democratically-elected legislature. » (H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 82).

choisissent, plutôt qu'une déclaration des droits, la création d'une troisième chambre du Parlement qui permette la représentation des Indiens et Coloured<sup>233</sup>.

En Colombie, des causes différentes produisent un résultat étonnamment similaire. Au départ, aucun parti ou mouvement au sein de la Constituante ne défend la création d'une Cour constitutionnelle à part le gouvernement<sup>234</sup> : les positions au sein de la Commission dédiée à la réforme judiciaire vont plutôt dans le sens du maintien du rôle de la Cour suprême même si elle décide finalement d'être favorable à une Cour dédiée<sup>235</sup> ; le vote en faveur de la nouvelle Cour dans la session plénière se fait à une majorité de 44 contre 26, à bulletins secrets, après des débats virulents. Si l'idée n'était donc pas nouvelle, bien que plusieurs révisions l'eussent envisagée par le passé<sup>236</sup>, elle ne faisait pas l'objet du consensus que suscitait, par ailleurs, l'adoption d'une riche déclaration des droits pour faire face aux abus du pouvoir politique.

## §2. La garantie constitutionnelle comme pacte entre élites

L'émergence de la justice constitutionnelle en Colombie et en Afrique du Sud s'explique par l'intérêt qu'y trouvaient les forces politiques très diverses proches du pouvoir au début des années 1990 (A). Les processus constituants ont mêlé divers intérêts à des visions plus idéalistes sans vraiment, dans les deux cas, penser le rôle de la justice constitutionnelle pour l'avenir (B).

### A. Une explication causale de l'émergence des cours constitutionnelles

Les thèses d'un pacte entre élites politiques garanti par une Cour (1) peuvent être appliquées au compromis qui se met en place en Afrique du Sud et en Colombie du début des années 1990 (2).

---

<sup>233</sup> James Fowkes cite ce mot frappant de Ferdi Hartzenberg, l'un des cadres du parti : « *If you are controlled by a majority and your only protection is a bill of rights, then you are bloody stupid (...) We will not build our future on a bill of rights, we will build it on sovereignty* » (J. FOWKES, *Building the constitution: the practice of constitutional interpretation in post-apartheid South Africa*, Cambridge University Press, 2016, p. 108).

Voir aussi Spitz, *Politics of Transition*, pp. 204. Ebrahim, *Soul of the Nation*, pp. 169–70. Roux, *Politics of Principle*, pp. 166–68.

<sup>234</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court* », *op. cit.* note 114, spec. p. 547 : « *none of the main political forces represented in the Constituent Assembly proposed that the Supreme Court lose the power of judicial review to a specialized Constitutional Court* » ; seule la proposition du gouvernement l'envisage.

<sup>235</sup> Des deux délégués chargés au sein de la Quatrième commission de la Constituante de réfléchir à la proposition, Jose Maria Velasco, ancien membre de la Cour suprême et politicien conservateur, s'y oppose clairement, tandis que Maria Teresa Garcés, du M-19, est pour mais selon des modalités différentes.

<sup>236</sup> Les quatre présidents qui se succèdent de 1970 à 1990 l'envisagent, du fait de l'opposition de la Cour suprême à leurs réformes et d'une volonté de rationaliser un contrôle diffus qui mène parfois à des contradictions, notamment entre les deux juridictions suprêmes du pays. Une Cour constitutionnelle a été proposée lors de la révision de 1968, même si la révision s'en tient à créer une chambre constitutionnelle dédiée au sein de la Cour suprême. Le projet de révision empêché par le Conseil d'État de 1978 visait précisément à créer une nouvelle cour, de même que deux projets de révision en 1979 et en 1984 qui sont chacun rejetés par le Congrès. Voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 101-105.

## 1. Les thèses assurancielles de la justice constitutionnelle

Une thèse particulièrement influente en droit comparé depuis les années 2000 voit dans l'institution du contrôle de constitutionnalité une forme d'assurance par laquelle « les élites politiques dominantes s'assurent contre la perte à venir de la domination électorale, ou un ensemble de partis faibles qui ne sont pas certains de qui va l'emporter<sup>237</sup> ». Rosalind Dixon et Tom Ginsburg ont ainsi proposé une analyse quantitative des événements qui ont poussé à l'adoption massive de la justice constitutionnelle au XX<sup>ème</sup> siècle et trouvé des récurrences dans la vie politique des pays concernés qui déjoueraient une seule lecture en termes d'idéologie constitutionnaliste ou démocratique ou de diffusion internationale<sup>238</sup>. En particulier, « la compétition électorale, mesurée par la différence dans la proportion de sièges obtenus par les premier et second partis aux législatives, président l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité<sup>239</sup> ».

La création d'une cour constitutionnelle ou l'attribution d'un pouvoir de contrôle de constitutionnalité à une cour suprême ou aux juridictions ordinaires est alors vue comme une garantie offerte au paysage partisan face à deux séries de risques. D'une part, les élites politiques qui dominent le processus constituant sans être sûres de rester majoritaires peuvent vouloir protéger l'accès au pouvoir ou se protéger individuellement contre une nouvelle majorité, ce que permet la garantie de droits civils et politiques. C'est notamment le cas pour une nouvelle démocratie où « si le parti qui gouverne perd sa majorité, on peut s'attendre à ce que la nouvelle majorité législative use de pratiques antidémocratiques similaires à celles qui ont pu être utilisées par le passé<sup>240</sup> ». D'autre part, les élites politiques peuvent vouloir, lors du processus constituant, inscrire certaines préférences relevant de leur programme et intéressant leur électorat, comme le permettent le droit

---

<sup>237</sup> R. DIXON, T. GINSBURG, « The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n° 4, 2017, p. 988-1012, p. 999 : « *dominant political elites (are) insuring themselves against the loss of future electoral dominance, or an array of weak parties who are uncertain as to who will win* ». Ainsi, « *(W)hy would political elites agree to limit their power by empowering an independent court to invalidate certain kinds of legislative action ? One oft-used explanation for the existence of independent judicial review is the idea of "political insurance"—i.e., the notion that political elites may use constitutions, and constitutional judicial review in particular, to provide a form of insurance against the risk that they will lose office and influence in future democratic elections* » (*Ibid.*, p. 989). Les auteurs ont d'abord formulé leur théorie pour l'Afrique du Sud spécifiquement, R. DIXON, T. GINSBURG, « The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as "Insurance Swaps" », *Constitutional Court Review*, vol. 4, 2011, p. 1-30. C'est également ce que Tom Ginsburg a observé dans les processus constituants de plusieurs pays d'Asie du Sud-Est, T. GINSBURG, *Judicial review in new democracies : Constitutional courts in Asian cases*, 2003.

<sup>238</sup> T. GINSBURG, M. VERSTEEG, « Why do countries adopt constitutional review ? », *Journal of law, economics and organization*, 2014, vol. 30, n° 3, p. 587-622.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 588 : « *electoral competition, as measured by the difference between the proportion of seats held by the first and second parties in the legislative branch, predicts the adoption of constitutional review* ».

<sup>240</sup> R. DIXON, T. GINSBURG, « The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance », *op. cit.* note 236, p. 994 : « *if the governing party loses office, it might expect the new legislative majority to attempt antidemocratic tactics similar to those used in the past* ».

de propriété et les droits sociaux, économiques et culturels<sup>241</sup>. Le processus constituant prend la forme d'un échange de garanties, comme un contrat d'assurance – les auteurs parlent de « *constitutional swaps* » – où chaque partie a intérêt à ce que l'autre s'en tienne à ses promesses, l'une venant toujours les rappeler à l'autre, et le juge surtout venant garantir le respect de l'accord avec l'assentiment d'une des parties au moins<sup>242</sup>. C'est pourquoi il apparaît à l'issue d'une étude empirique que

Plus les partis ont des résultats électoraux proches, plus il est probable que des tribunaux indépendants seront habilités à exercer un contrôle de constitutionnalité, tandis que plus l'écart est grand, moins il est probable qu'un contrôle juridictionnel indépendant soit possible.<sup>243</sup>

Aussi, plus spécifiquement à l'Amérique latine,

Les moments constituants multilatéraux (ou multipartis et inclusifs) par opposition aux moments unilatéraux sont plus souvent associés à la création de juridictions fonctionnelles et indépendantes.<sup>244</sup>

Ran Hirschl a proposé une thèse plus radicale et plus célèbre en postulant qu'une « juristocratie » a émergé à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Il définit celle-ci comme un transfert de pouvoir de l'exécutif et du législatif vers des cours constitutionnelles ou suprêmes<sup>245</sup>. Et le politiste de prendre pour exemple les « cas-limites » de pays dans lesquels la suprématie constitutionnelle (et le contrôle de constitutionnalité) a soudainement bouleversé des cultures de souveraineté

---

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 996-997 : « *political elites may further seek to adopt a form of constitutional insurance that focuses more directly on protecting various policy commitments—via provisions that in some way entrench a preferred approach to those policy questions. (...) Constitutions (...) are becoming increasingly detailed, and covering a greater number of topics traditionally seen as purely legislative or subconstitutional in nature. Constitutional drafters thus have the option of entrenching an ever-increasing range of substantive policy positions.* »

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 1004 : « *If constitutional insurance is from the outset truly two-sided in nature, at least one side of the political bargain will also have a strong incentive to ensure that it is implemented. The whole idea of an insurance swap is that counterparties hold mutual or cross-collateralized promises. As the risks covered by a swap arrangement eventuate, a least one side of the bargain will thus have a strong incentive to defend the institutional independence and integrity of courts-as institutions capable of enforcing the terms of the contract. (...) Generally, two-sided contracts will only arise where the opposition has sufficient power to “hold up” unilateral attempts at constitutional change by the dominant political coalition. This may also be a good indication of the relative strength of the opposition in subsequent elections.* »

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 1007 : « *The closer the parties are in terms of electoral performance, the more likely it is that independent courts will be empowered to engage in judicial review, whereas the bigger the gap, the less likely independent judicial review will be.* »

<sup>244</sup> *Ibid.*, 1007 : « *multilateral (or multiparty and inclusive) as opposed to unilateral episodes of constitution-making are more consistently associated with functioning, independent courts.* »

<sup>245</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 1 : « *Over the past few years, the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called justocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to the judiciary* ». Pour une formulation alternative mais semblable, voir M. MANDEL, « A brief history of the New Constitutionalism, or how we changed everything so that everything would remain the same », *Israel Law Review*, vol. 32, n° 2, 1998, p. 250-300.

parlementaire, sans « raison apparente »<sup>246</sup> : le Canada (1982), la Nouvelle Zélande (1990), Israël (1992) et l’Afrique du Sud (1993-1996). La causalité réside alors dans l’intérêt qu’a pu avoir le pouvoir politique à voir la règle majoritaire corrigée par l’ajout à l’ordre constitutionnel d’un juge qui échappe, grâce à son indépendance, au pouvoir politique<sup>247</sup>. Si la peur de perdre l’accès au pouvoir exécutif et législatif est assurément une explication du transfert d’un pouvoir décisionnel<sup>248</sup>, Ran Hirchl privilégie des intérêts plus substantiels : les enjeux d’un tel transfert sont culturels, économiques, politiques au sens le plus large du terme, surtout dans des sociétés complexes comme celles que le politiste prend comme exemple, où s’affrontent des « visions du monde alternatives<sup>249</sup> » (*alternative worldviews*)<sup>250</sup>. L’abandon de la règle majoritaire alors que le pays s’engage sur le chemin d’une transformation politique, idéologique, axiologique, est d’autant plus troublant.

L’explication proposée par Ran Hirschl est la suivante. Des élites politiques, économiques et culturelles, sentant leur hégémonie idéologique menacée par un effritement de leur poids dans la représentation, ou un effritement de la légitimité du pouvoir politique en général, ont intérêt à transférer à une juridiction indépendante la responsabilité de certaines questions essentielles, tout en posant des verrous solides aux réponses apportées à ces questions. Ainsi les droits servent à fixer dans le marbre du texte constitutionnel et l’autorité des décisions du juge certains privilèges de cette

---

<sup>246</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 9-10. Comme l’explique un observateur, « *these countries were examples of well-functioning democracies that all of a sudden decided to abandon the Westminster tradition of parliamentary supremacy in order to incorporate the principle of constitutional supremacy. How can we understand this sudden and counter-intuitive transition? The only apparent way of explaining this self-limitation is by referring to the interests of the power-holders at the time of the transition. For Hirschl, the lack of explicit reasons for the move towards constitutionalism makes evident the strategic character of the transition.* » (N.F. GARCÍA-HERREROS, « Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia », *Constellations*, vol. 19, n° 2, juin 2012, p. 235-247, spec. p. 235). Ran Hirchl met alors en oeuvre une méthode qu’il a expliquée plus en détail par ailleurs, dans R. HIRSCHL, *Comparative Matters : The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University press, 2014, p. 262-266 : une étude de droit comparé probante doit s’appuyer selon lui sur un choix précautionneux des cas étudiés, et privilégier les cas difficiles où les variables choisies peuvent être facilement isolées.

<sup>247</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 38-39 : « *A realist, strategic approach to judicial empowerment focuses on various power-holders’ self-interested incentives for deference to the judiciary. It makes four preliminary assumptions. First, legislative deference to the judiciary and judicial empowerment through constitutionalization do not develop separately from the concrete social, political and economic struggles that shape a given political system. Indeed, the expansion of judicial power is an integral part and an important manifestation of those struggles and cannot be understood in isolation from them. (...) And (...) because constitutions and judicial review hold no purse strings and have no independent enforcement power but nonetheless limit the institutional flexibility of political decision-makers, the voluntary self-limitation through the transfer of policy-making authority from majoritarian decision-making arenas to court seems, prima facie, to run counter to the interests of power-holders in legislature and executives. Unless proven otherwise, the most plausible explanation for voluntary, self-imposed judicial empowerment is therefore that political, economic and legal power-holders who either initiate or refrain from blocking such reforms estimate that it will serve their interests to abide by the limits imposed by increased judicial intervention in the political sphere* »

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 39-40 : « *from the politicians’ point of view, delegating policy-making authority to the courts may be an effective means of reducing decision-making costs as well as shifting responsibility (...) The threat of losing grip on pertinent policy-making processes and outcomes may be a strong driving force behind attempts to transfer power to courts* ».

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>250</sup> Pour une analyse de la justice constitutionnelle en termes de *worldviews*, sans prétendre expliquer l’origine de la justice constitutionnelle néanmoins, voir D. LANDAU, « A Dynamic Theory of Judicial Role », *Boston College Law Review*, vol. 55, 2014, p. 1501-1562.

élite politique qui organise sa perte d'hégémonie au profit d'une autre<sup>251</sup>. Tout en faisant passer ces décisions pour l'interprétation neutre et apolitique du texte suprême, par un acteur, le juge, qui se situe hors du jeu politique<sup>252</sup>. Et l'auteur de prendre pour exemple le droit de propriété en Afrique du Sud, imposé par le National Party lors des négociations avec l'ANC dont le programme prônait la redistribution des terres. Le compromis trouvé via l'article 25 a alors permis d'empêcher celle-ci, dans un pays où 87% des terres appartenaient aux blancs, soit 13% de la population<sup>253</sup>.

Ran Hirschl s'appuie également sur « le transfert vers l'arène judiciaire des questions fondatrices pour la nation<sup>254</sup> » alors scellées dans le discours juridique sans que le jeu politique ne puisse plus les atteindre. Il en va ainsi de la réparation des injustices de l'Apartheid, de l'indépendantisme québécois au sein de la fédération canadienne ou des valeurs religieuses traditionnelles en Israël. Dans tous ces cas, avec la judiciarisation, « les élites peuvent isoler leurs préférences politiques de plus en plus contestées de la pression populaire, en particulier quand les processus majoritaires de décision ne sont pas à leur avantage<sup>255</sup> ». Comme l'exprime un observateur de la vie politique colombienne, selon Hirschl,

la constitutionalisation est mieux comprise comme une réaction à la démocratisation et non son produit. Adopter une déclaration des droits et donner du pouvoir aux juges ne sont pas des manifestations d'une révolution progressiste vers une société égalitaire mais représentent une réponse de la part des élites afin d'empêcher des forces politiques nouvelles d'user des processus démocratiques afin de mettre en cause leur position.<sup>256</sup>

Ran Hirschl ajoute en quelque sorte le concept d'hégémonie à la thèse assurancielle de Rosalind Dixon et Tom Ginsburg. Le politiste ne se contente en effet pas d'analyser le transfert du pouvoir, mais également les intérêts qui le fondent et, partant, il cible les intérêts en cause. Il s'agit pour l'auteur de l'idéologie néolibérale qui dominait dans les années 1990 : le transfert de questions

---

<sup>251</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, op. cit. note 227, p. 12 : « *judicial empowerment through constitutionalization may provide an efficient institutional solution for influential groups who seek to preserve their hegemony and who, given an erosion in their popular support, may find strategic drawbacks in adhering to majoritarian policy-making processes.* »

<sup>252</sup> Pour une étude plus précise de cet argument en relation avec la garantie juridictionnelle d'une transformation sociale, voir les chapitres 3 et 4.

<sup>253</sup> C.M. COLES, « Land Reform from Post-Apartheid South Africa », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 20, n° 4, 1996, p. 699-759, spec. p. 701.

<sup>254</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, op. cit. note 227, p. 169 : « *the transfer to the judicial arena of foundational nation-building challenges* ». L'auteur parle également de « *megapolitics* », par distinction d'avec la vie partisane et les idées politiques ordinaires. C'est par ce transfert qu'il définit la judiciarisation, R. HIRSCHL, « The Judicialization of Politics », in R. GOODIN (dir.), *Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2009, p. 253-274

<sup>255</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, op. cit. note 227, p. 44 : « *elites can insulate their increasingly challenged policy preferences against popular political pressure, especially when majoritarian decision-making processes are not operating to their advantage* ».

<sup>256</sup> , p. 235 : « *constitutionalization is better understood as a reaction to democratization and not as its outcome. Adopting a bill of rights and empowering the judiciary are not manifestations of a progressive revolution toward a more egalitarian society but represent an institutional response on the part of the elites to keep at bay emerging political forces attempting to use the democratic process to challenge their position in the polity.* »



politiques et sociales au juge empêcherait qu'elle trouve une issue trop radicale et remette en cause certains fondamentaux, en particulier le marché économique, la propriété et les flux étatiques face à l'intervention étatique, au protectionnisme et à la redistribution<sup>257</sup>. L'auteur ne cible pas un soutien explicite de juges par ailleurs indépendant mais une homologie sociale, celle des élites éduquées au pouvoir, qui se retrouve dans une manière constitutionnelle et judiciaire de considérer ces enjeux, conforme « aux récits et aux intérêts et attentes des élites dirigeantes<sup>258</sup> ».

## 2. Le compromis constitutionnel comme alternative à la violence

Le régime de l'Apartheid a cédé de l'intérieur, exsangue face aux tensions intérieures et aux pressions internationales qui affaiblissaient l'économie du pays et ont poussé le National Party au pouvoir à négocier une transition avec l'ANC – interdit jusqu'en 1990 – et 91 autres organisations et syndicats réunis au sein de la CODESA. C'est en juin 1985 que le mouvement décide de chercher une solution négociée plutôt qu'une insurrection armée, au profit de l'aile modérée, menée par Nelson Mandela et Thabo Mbeki, contre l'aile plus radicale et socialiste menée par Chris Hanani et Joe Slovo, son dirigeant d'alors, Oliver Tambo, se rangeant aux deux solutions<sup>259</sup>. Le comité constitutionnel du mouvement est créé à ce moment avec notamment Albie Sachs, qui élabore les guidelines de 1989 sans évoquer encore le pouvoir judiciaire<sup>260</sup>. Il ne s'agissait de rien de moins que d'ouvrir le pouvoir à l'ensemble de la population, d'où il résultait mécaniquement que la population blanche, qui détenait l'ensemble de la représentation sous l'Apartheid avec environ 20% de la population, deviendrait minoritaire. Le NP acceptait de fait « une perte permanente du pouvoir électoral<sup>261</sup> ». Mais les ennemis d'hier devaient s'entendre dans un climat pacifié, vers une démocratie qui remplace le début de guerre civile qui avait ressurgi après le premier échec des négociations en 1992. Le NP souhaite que la Constitution soit intégralement négociée entre les partis, tandis que l'ANC veut une constituante avec des élections générales préalables. La solution au conflit consiste en un processus en deux phases, avec la négociation et l'adoption d'une Constitution intérimaire en 1993, puis un texte final, en 1996, adopté par une constituante composée lors des élections générales

---

<sup>257</sup> Sur cet argument plus spécifiquement, voir *infra*, chapitre 3.

<sup>258</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 172 : « *to the metanarratives and the interests and expectations of ruling elites* ». Voir également p. 44, évoquant des « *historically hegemonic enclaves of political and economic power-holders, who tend to adhere to an agenda of relative cosmopolitanism, open markets, formal equality, and Lockean-style individual autonomy. Based on the essential tendency of classic civil liberties to protect individual freedoms, as well as on the courts' record of adjuration and justices ideological preferences, these elites can safely assume that their policy preferences will be less effectively contested* ».

<sup>259</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press, 2013, p. 156s.

<sup>260</sup> Voir *supra*, §1, A.

<sup>261</sup> R. DIXON, T. GINSBURG, « The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance », *op. cit.* note 236, p. 992 : « *a permanent loss of national electoral power* ».

de 1994, soit l'acmé d'une négociation entre élites<sup>262</sup>. La spécificité sud-africaine réside alors dans « une transition constitutionnelle négociée et réaliste » alors qu'aucun des deux camps ne privilégiait initialement la règle de droit<sup>263</sup>.

Il est alors décidé de créer une Cour constitutionnelle spécialisée, distincte du politique mais aussi du reste du pouvoir judiciaire compromis sous l'Apartheid, dont le rôle premier est de certifier le texte adopté par la constituante en fonction de principes émis durant la négociation et inscrits dans le texte intérimaire. Construite sur une culture politique britannique, l'Afrique du Sud était régie par un principe de souveraineté parlementaire auquel était hostile toute déclaration des droits et tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité, dont le célèbre président et héros Afrikaner Paul Kruger déclarait qu'il était « un principe inventé par le diable<sup>264</sup> ». La règle majoritaire préservait alors une minorité démographique en assurant au parlement, où étaient représentés les blancs, titulaires du droit de vote, une capacité totale de décision. Or, l'inversion des pouvoirs qui s'opère à partir de 1990 rend la majorité dangereuse pour le pouvoir en place et lui fait privilégier le constitutionnalisme libéral alors dominant à l'échelle globale, dans lequel les droits des minorités sont protégés par-delà les décisions politiques grâce à la surveillance plus ou moins active d'un juge. Soit l'adoption d'une thèse normative où la démocratie est conçue comme la limitation du pouvoir politique par le droit, sur un modèle américain, du fait même que les forces en présence y avaient intérêt<sup>265</sup>.

Les différentes parties au processus ont alors cherché à inscrire dans le texte constitutionnel des garanties réciproques. Pour le NP, il s'agissait de limiter les pertes dans la transition et d'avancer durant les négociations des intérêts qui devaient être préservés au-delà, quand le parti n'aurait plus la majorité. Pour reprendre la distinction avancée par Tom Ginsburg et Rosalind Dixon – qui s'appuient explicitement sur le cas sud-africain –, le NP avait intérêt à ce que la tranquillité de ses membres et son accès à la représentation en tant que minorité soient protégés, de même qu'il devait préserver certains principes substantiels, en premier lieu le maintien d'une économie de marché et la propriété privée, les nationalisations étant contrôlées par le juge<sup>266</sup>, là où le programme historique de l'ANC prônait la redistribution des terres et ne comptait pas de priver d'une telle possibilité. Il est logique que la proposition de déclaration des droits faite par la South African Law Commission

---

<sup>262</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 99.

<sup>263</sup> X. PHILIPPE, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, vol. 129, n° 2, 2009, p. 157-168, p. 157-158, qui note néanmoins la réussite et la maturité de la démocratie constitutionnelle à partir de ce compromis.

<sup>264</sup> Cité par R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 89.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 1 : « *An adversarial American-style rights discourse has become a dominant form of political discourse in these countries. The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussions* ».

<sup>266</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 25.

en 1990 – avant le début des négociations – ne se soit préoccupée que de droits et libertés négatifs contre l'État, reprenant « une conception de la relation entre l'État et la société civile qui date du dix-neuvième siècle libéral<sup>267</sup> ».

De son côté, l'ANC comprenait bien qu'un Bill of rights risquait de protéger les privilèges de la majorité blanche<sup>268</sup>. Mais la lutte armée s'était confrontée à une répression violente de la part de l'État sud-africain et la fin de l'Apartheid lui permettait de reprendre les clefs de celui-ci sans verser dans une guerre civile sans fin. Elle devait en outre donner des gages de sa pacification en vue d'exercer le pouvoir, alors que la population blanche peut craindre un grand soir. Les traces d'une adhésion au constitutionnalisme et aux droits au sein de l'ANC apparaissent ainsi d'abord comme une motivation stratégique visant à rassurer le NP tout en reprenant dans une inversion rhétorique les arguments, associés à ce dernier, de la défense des droits des minorités<sup>269</sup>. À plus court terme encore, avant l'achèvement de la transition, l'ANC avait besoin, grâce au texte intérimaire et à la garantie de la Cour, de la garantie que le NP au pouvoir respecte « son engagement antérieur (...) pour une transition vers une démocratie multi-partisane<sup>270</sup> ». Enfin, l'ANC devait s'assurer qu'elle pourrait mettre en œuvre son programme de développement économique en inscrivant dans le texte des droits économiques et sociaux substantiels<sup>271</sup>, face à l'opposition nationale, aux juges et aux pouvoirs locaux que le NP pourrait conserver. Aussi, comme l'observe Sandra Liebenberg, membre du Technical committee qui conseille l'assemblée constituante de 1993 à 1996, à propos des droits sociaux,

Le National party a exprimé une grande ambivalence à cet égard, mais étant donné qu'ils soutenaient les droits relatifs à la culture et à la langue en général, et les institutions éducatives basées sur une langue et une culture communes en particulier, il ne pouvait s'opposer trop fermement à l'inclusion de droits à caractère socioéconomique.<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 90 : « a nineteenth-century liberal conception of the relationship between the state and civil society ».

<sup>268</sup> A. SACHS, « South Africa's unconstitutional constitution : the transition from power to lawful power », *op. cit.* note 19.

<sup>269</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, 76-77.

<sup>270</sup> R. DIXON, T. GINSBURG, « The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance », *op. cit.* note 236, p. 1004 : « its earlier commitment, at Kempton Park, to the transition to full multiparty democracy ».

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 1005 : « The 1996 Constitution thus effectively created a form of two-sided insurance for both the NP and ANC in the economic domain: The NP and its membership were insured against the risk of radical forms of nationalization, or other economic reorganization, that could dramatically decrease the value of their existing holdings, while the ANC (left in particular) was insured against the risk that more traditional, legalist conservatives might rely on the right to property to frustrate even moderate attempts at economic redistribution or policies aimed at promoting inclusive growth. »

<sup>272</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 28, p. 17 : « The National party expressed the most ambivalence in this regard, but given their support for language and cultural rights in general, and educational institutions based on a common language and culture in particular, they could not object strenuously to the inclusion of other rights with a socio-economic character. »

Le NP se souciait en effet du statut des langues minoritaires, notamment l'anglais et l'afrikaans, dont l'enseignement devait conserver un financement public<sup>273</sup>. Il s'agit bien ici du genre d'intérêts que Ran Hirchl analyse à la lumière du transfert de questions politiques vers les cours constitutionnelles, puisqu'ici la Cour est instituée afin de garantir les droits négociés entre les parties et protégeant la future minorité qui cède son hégémonie politique, sans vouloir perdre ses acquis économiques et culturels. Comme le note crûment Ran Hirchl,

(L)'élite blanche et ses parlementaires, face à la perspective inévitable d'un Parlement contrôlé par l'ANC, a soutenu une déclaration des droits comme un moyen de placer certains de leurs privilèges à l'écart de la vie politique majoritaire.<sup>274</sup>

Pour un autre auteur, qui n'est pourtant pas une référence critique, les droits subjectifs ne sont alors qu'un moyen parmi d'autres, pour la minorité blanche, de produire « un cadre visant à protéger les intérêts privés du pouvoir public, avec l'effet prévisible de permettre à ceux qui en avaient les ressources et le désir de poursuivre un Apartheid privé<sup>275</sup> ».

Le rôle fondamental de la Cour dans la transition s'est illustré avec l'abolition de la peine de mort. Il est avéré que le constituant, ne parvenant à un consensus sur la question, s'en est remis très clairement, selon les mots du Président Chaskalson, à un « jugement de Salomon » où la Cour devait trancher, à partir notamment de l'interprétation du droit à la vie inscrit dans le texte, ce qu'elle a fait dans sa deuxième décision, *Makwanyane*, en 1995<sup>276</sup>, au regret d'ailleurs de la Cour elle-même<sup>277</sup>. La décision a été saluée dans le monde entier comme un exemple d'activisme d'autant plus impressionnant que la Cour était jeune, dans un contexte si changeant, alors qu'elle ne faisait que suivre ce que l'ANC au pouvoir n'avait pu dire ouvertement tout en y étant plutôt favorable<sup>278</sup>. Selon une telle lecture, l'activisme aurait alors été formulé sur de mauvaises bases, celle d'une

---

<sup>273</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 29(2).

<sup>274</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, *op. cit.* note 227, p. 195 : « (T)he white elite and its parliamentary representatives, faced with the inevitable prospect of an ANC-controlled parliament, endorsed a bill of rights as a means of fencing off certain aspects of their privilege from the reach of majoritarian politics. »

<sup>275</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 96 : « a framework designed to insulate private interests and action from public power, with the foreseeable effect of allowing those with the resources and desire to pursue a system of privatized apartheid. »

<sup>276</sup> « Capital punishment was the subject of debate before and during the constitution-making process, and it is clear that the failure to deal specifically in the Constitution with this issue was not accidental. (...) In the constitutional negotiations which followed, the issue was not resolved. Instead, the 'Solomonic solution' was adopted. The death sentence was, in terms, neither sanctioned nor excluded, and it was left to the Constitutional Court to decide whether the provisions of the pre-constitutional law making the death penalty a competent sentence for murder and other crimes are consistent with Chapter Three of the Constitution. », SACC, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, *op. cit.*, §20 et 25 (Arthur Chaskalson).

<sup>277</sup> Le Président Chaskalson le dit sans ambage dès le début de la décision : « It would no doubt have been better if the framers of the Constitution had stated specifically, either that the death sentence is not a competent penalty, or that it is permissible in circumstances sanctioned by law. This, however, was not done and it has been left to this Court to decide whether the penalty is consistent with the provisions of the Constitution. That is the extent and limit of the Court's power in this case. », SACC, *S. v. Makwanyane and Another Case*, *op. cit.*, §5.

<sup>278</sup> J. FOWKES, *Building the constitution*, *op. cit.* note 232, p. 5-24.

victoire du juge : il faudrait bien plutôt regarder les rapports de force politique concrets et considérer la manière dont le pouvoir politique, ici l'ANC, a co-construit avec la Cour constitutionnelle la mise en œuvre du projet de 1996<sup>279</sup>.

En Colombie, la richesse indéniable du texte constitutionnel colombien procède sans doute de ce que la constituante de 1990 a rassemblé des mouvements épars : libéraux, conservateurs de divers courants, milices communistes et castristes démobilisées, elles-mêmes urbaines ou rurales, représentants protestants, autochtones, sans qu'aucun de ces courants ne domine, si bien que le texte ne renvoie pas à un « schéma idéologique homogène<sup>280</sup> ». C'est bien là une différence notable d'avec la Constitution colombienne de 1886 ou celle des États-Unis. Il en ressort un texte long de près de 300 articles car négocié à partir de plusieurs dizaines de propositions, le M-19 proposant deux textes, le parti libéral lui-même n'étant pas uni en un seul groupe et ses délégués faisant des propositions individuelles, les conservateurs étant divisés en trois groupes, sans compter les multiples propositions d'articles dans les cinq commissions spécialisées. Le processus appelait donc à une logique de compromis, mais aussi à une grande part d'incertitudes dans les choix réalisés par les 72 délégués. À la lumière des débats de 1990, le choix d'une cour constitutionnelle ne vise pas à rendre le pouvoir judiciaire plus indépendant et à servir le projet émancipateur porté par le pluralisme exceptionnel de la constituante, contrairement à ce que postule une thèse démocratique ou normative. Au contraire, il s'agit de confier le contrôle de constitutionnalité préexistant à un juge dont les membres sont nommés par les partis au pouvoir, parce que la Cour suprême, traditionnellement déférente, s'est révélée plus offensive dans les années 1980, en bloquant réformes et révisions constitutionnelles des quatre présidents précédents<sup>281</sup>.

Il ne semble alors pas illogique que le Président libéral Gaviria, particulièrement impliqué dans le processus constituant et à l'origine du projet gouvernemental présenté à la Constituante, devant laquelle il fait plusieurs discours, désire tant la création d'une Cour constitutionnelle<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 56, p. 210.

<sup>281</sup> C'est la thèse défendue par D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 105-126, s'appuyant sur les discussions au sein de la Constituante et les écrits laissés par des politiciens et conseillers, qui évoquent principalement la Cour suprême comme repoussoir, ainsi, p. 105-106 : « *A close read of documents surrounding the 1991 Constitutional Convention in Colombia suggests in fact that there was no concerted attempt to design a highly independent court. (...) the creation of the Court is best understood as an attempt to bring the judiciary closer to the political regime than it had been in the recent past, and as a fight over which political entities would have the closest links to the Court. Its creation cannot reasonably be understood as an attempt to create a more "independent" court or a court that would adjudicate above politics.* ». Néanmoins, la thèse de David Landau ne convainc pas tout à fait puisque certains constituants veulent une Cour indépendante, voir *infra*, et il évoque lui-même comme motivation à la création de la Cour une croyance en le rôle du droit face à la violence politique, *Ibid.* p. 118-126, et donc supposons-nous d'une certaine indépendance du juge – d'ailleurs, la *tutela* est créée pour être invoquée devant tous les juges, non seulement devant la Cour à la nomination spécifique.

<sup>282</sup> L'une des propositions du parti libéral, portée par Jaime Castro, veut même ôter tout pouvoir de constitutionnalité à la Cour suprême et confier une compétence exclusive à la Cour constitutionnelle à créer : *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia*, n°91, 6 juin 1991, p. 4-5.

Gaviria estime notamment que les décisions de la Cour suprême relatives aux états d'urgence, dont il reconnaît le trop grand usage, laissent la présidence dans une incertitude dangereuse<sup>283</sup>. À partir de réflexions menées chez les libéraux dès les années 1960, il s'agit de créer une juridiction plus à l'écoute des questions politiques du moment<sup>284</sup>, sans qu'elle soit nécessairement progressiste.

Le parti libéral au pouvoir ne dispose toutefois que d'une voix minoritaire au sein de l'assemblée constituante, si bien qu'il doit convaincre. Les conservateurs qui avaient pu participer aux tentatives passées de créer une cour<sup>285</sup> sont plus sceptiques en 1990. Le groupe légitimiste du parti, dirigé par Alvaro Gómez – qui avait personnellement soutenu l'idée par le passé – ne l'évoque pas, tandis que les conservateurs dissidents de l'ancien Président Misael Pastrana voient dans une Cour dédiée le risque d'un trop grand rôle du juge, associé par lui à un modèle européen, tout en rejetant également l'unification des sources du droit par rapport à l'actuelle division des tâches entre les deux juridictions suprêmes associé au cas étatsunien<sup>286</sup>. Pastrana craint que les libéraux ne créent un organe à sa botte : selon un observateur de cette période, « les opposants ont soutenu que la proposition était un cheval de Troie visant à s'octroyer un pouvoir judiciaire favorable, tandis que les défenseurs soutenaient que la proposition créerait une Cour plus proche du régime politique et de la société<sup>287</sup> ». Le parti est en effet en perte de vitesse après son échec aux élections présidentielles et législatives, sa division lors des élections pour la constituante ainsi qu'un score cumulé modeste en attestent.

À l'inverse, à la gauche radicale, le M-19 est divisé sur la question judiciaire. Ses propositions de Constitution plaident essentiellement pour le maintien du contrôle existant par la Cour suprême

---

<sup>283</sup> Discours de décembre 1990 devant l'assemblée constituante, cité par M.J. CEPEDA ESPINOSA, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1993, p. 324.

<sup>284</sup> Comme l'exprime le constitutionnaliste Luis Carlos SÁCHICA, « *La conclusión de este análisis no puede ser otra que la de la transformación del control de constitucionalidad de procedimiento puramente judicial, en el que se evalúa o juzga y define la validez de una ley o un decreto de carácter legislativo frente a la totalidad de las normas constitucionales, según prescripción del Decreto 432 de 1969, orgánico de la Sala Constitucional de la Corte Suprema y de los procesos de constitucionalidad, en un control politizado, que se desarrolla con base en una cierta realidad social y política traducida en determinado clima de opinión pública, y no en la confrontación normativa entre la Constitución -jerarquía suprema- y sus desarrollos legislativos* » (L.C. SACHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 85).

<sup>285</sup> Le président conservateur Belisario Betancur a voulu créer une Cour en 1984. Les différentes tentatives de créer une Cour furent poussés par le conservateur Jaime Castro, qui évoquait notamment un « gouvernement des juges » à l'Université Externado de Bogota en 1984 pour critiquer la Cour suprême et appeler à un organe nommé par le pouvoir politique, comme le veulent les libéraux en 1990, D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 104-105.

<sup>286</sup> *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia*, n°81, 24 mai 1991, p. 16-23.

<sup>287</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 117 : « *opponents argued that the proposal was a Trojan Horse designed to pack the judiciary, while supporters argued that the proposal would create a Court that was closer to the political regime and to society* », citant plusieurs conservateurs de l'Assemblée constituante.

et le Conseil d'État<sup>288</sup>. Mais le mouvement avait en effet mené l'assaut meurtrier de la Cour suprême et du Conseil d'État de 1985 avant de déposer les armes, rendant malaisé toute critique des juges sous peine d'être ramené à l'épisode violent, de même que le mouvement s'était opposé à la révision de 1976 par lequel le Président libéral Alfonso López Michelsen avait déjà proposé la création d'une Cour – le mouvement jugeait alors le projet trop peu ambitieux<sup>289</sup>.

Pour autant, les délégués se laissent majoritairement convaincre par la proposition de l'exécutif libéral. Le vote à scrutin secret a pu expliquer le revirement de beaucoup d'entre eux au-delà des positions et postures des partis ou mouvements. Contrairement à l'Afrique du Sud, où la Constitution est issue d'une négociation partisane, on ne connaît donc pas les choix des représentants des forces en présence. Le dirigeant du M-19 Antonio Navarro Wolf est d'ailleurs le seul membre de l'assemblée constituante à publiciser son vote négatif. En outre, les intérêts sont croisés d'une manière plus complexe qu'en Afrique du Sud, puisque l'on ne peut opposer un pouvoir entrant au projet progressiste d'un côté et un pouvoir conservateur qui cherche à se protéger d'un autre. Il n'est pas si évident que le parti au pouvoir ait voulu instaurer une dynamique contre-majoritaire telle que celle analysée par Ran Hirschl, puisqu'il n'avait pas de raison de penser qu'il s'apprêtait à perdre le pouvoir. L'éclectisme de l'Assemblée constituante semble pourtant bien plaider en faveur du mécanisme assurantiel décrit par Rosalind Dixon, Tom Ginsburg et Ran Hirschl, et le rejet de la Cour suprême jugée trop conservatrice a pu convaincre une partie des délégués du M-19 de se rallier aux libéraux. Le scrutin qui mène à la Constituante laisse néanmoins apparaître un potentiel multipartisme qui rend cruciale la question de la garantie du compromis et pousse à la retirer des mains des juges ordinaires<sup>290</sup>.

La création d'une cour ne proviendrait pas tant d'un progrès de la démocratie constitutionnelle que d'une volonté d'endiguer un pouvoir judiciaire par un organe plus prévisible, ce qui convient à des intérêts bien différents. Si le M-19 n'adhère pas spontanément à l'idée d'une Cour, que ses délégués se soient rangés derrière le gouvernement libéral<sup>291</sup> n'est pas étonnant puisqu'ils souhaitaient la mise en œuvre des dispositions sociales du texte et que la Cour suprême,

---

<sup>288</sup> Ainsi les deux délégués les plus actifs sur le sujet, hormis le gouvernement, viennent du M-19 : María Teresa Garcés Lorreda, qui est pour, et José María Velasco Guerrero qui veut conserver les fonctions de la Cour suprême et du Conseil d'État ; ils sont tous deux docteurs en droit, respectivement professeure de droit et ancien politicien et gouverneur conservateur, et emploient des arguments très sophistiqués et bien informés par la théorie constitutionnelle : *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Columbia*, n°36, 4 avril 1991, p. 2-25 ; n°85, 29 mai 1991, p. 12-15.

<sup>289</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, spec. p. 548-549.

<sup>290</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 110 : il apparaît clairement dans les débats constitutants que « *The Constitutional Court was created largely to insulate the Constitutional Convention's work from what was considered to be potentially hostile judicial review* ».

<sup>291</sup> Manuel José Cepeda Espinosa présente ainsi les termes très proches de la proposition initiale et du texte adopté, M.J. CEPEDA ESPINOSA, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, *op. cit.* note 282, p. 450.

pour puissante et imprévisible qu'elle soit, s'est caractérisée par un formalisme et un conservatisme qui avaient peu de chance d'être favorables aux droits sociaux et culturels voulus par l'ancienne guérilla marxiste. Dans le même mouvement, le gouvernement fait adopter des dispositions favorables au libéralisme économique et à la propriété privée qui compensent les aspects sociaux du texte souvent exclusivement mis en avant, si bien que la Constitution de 1991 a également été perçue comme un instrument du néolibéralisme<sup>292</sup>. On retrouve ainsi dans le texte des références à la liberté du marché, même s'il est régulé par l'État<sup>293</sup> ; les monopoles sont prohibés mais ceux de l'État limités et la participation privée dans les anciens monopoles d'États est permise<sup>294</sup>, les délégations du service public à des personnes privées sont spécifiquement prévues<sup>295</sup>. Le programme radical du M-19 ou des mouvements des peuples autochtones sont en partie obstrués par ces dispositions laissées au contrôle du juge.

Une autre explication peut être apportée, qui vient du fait que l'une des motivations du processus constituant était d'assurer la paix sociale alors que les années 1989 et 1990 avaient été marquées par une grande violence<sup>296</sup>. Le processus constituant peut alors être lu comme la reprise en main des demandes sociales qui l'ont amorcé par les élites politiques, puisque libéraux et conservateurs qui avaient attiré l'opprobre occupent 43 sièges sur 72 et beaucoup de ses membres avaient occupé des responsabilités politiques ou étatiques<sup>297</sup>. Le M-19, dont plusieurs délégués avaient exercé des responsabilités dans les gouvernements libéraux et conservateurs, ne pouvait s'opposer ouvertement à un projet présenté comme plus démocratique et associé aux expériences constitutionnelles les plus contemporaines. Il avait tout intérêt à composer pacifiquement avec les libéraux au pouvoir : tout comme il lui était malaisé de s'opposer à un projet judiciaire après avoir mené le raid de 1985, il devait acquiescer une légitimité auprès des forces traditionnelles après son

---

<sup>292</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, op. cit. note 210, p. 48-56. C. AHUMADA, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, El Ancora editores, 1996, p. 180-192. S.R. MATIAS CAMARGO, « La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano », *Revista Diálogos de Saberes - Universidad Libre (Bogotá)*, n° 44, 2016, p. 29-44. L.E. CRUZ, « La constitución política de 1991 y la apertura económica », *Revista Facultad De Ciencias Económicas*, vol. 18, n° 1, 2009, p. 269-280

<sup>293</sup> Constitution de Colombie, article 333 : « *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.* »

<sup>294</sup> *Ibid.*, article 336.

<sup>295</sup> *Ibid.*, article 365.

<sup>296</sup> J.F. JARAMILLO PEREZ, « Colombia's 1991 Constitution: A Rights Revolution », op. cit. note 140, p. 316-323.

<sup>297</sup> N.R. CORREA HENAO, « El proceso constituyente. El caso colombiano », op. cit. note 89, spec. p. 28. C. AHUMADA, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, op. cit. note 291, p. 190.



passé violent<sup>298</sup>. Comme en Afrique du Sud et dans les autres pays de l'étude de Ran Hirschl, l'explication alternative à la transition constitutionnelle est également économique et sociétale : dans la violence et la crise économique des années 1980, de nouveaux conflits sociaux apparaissent. La société colombienne change avec une démographie en baisse et une forte urbanisation, un enrichissement culturel des villes avec par exemple le prix Nobel de Gabriel García Márquez, connu pour son militantisme castriste par ailleurs. Les idées autrefois conçues comme radicales sont plus acceptables, de même que le rôle des juges et du droit<sup>299</sup>.

Si la description d'une Assemblée constituante large, multipartisane et pluraliste domine dans la littérature, elle traduit en réalité une ouverture très limitée et des antagonismes moindres qu'il ne paraît. Les 2 et 3 août 1990, plusieurs mois donc avant les élections, le Président Gaviria nouvellement élu réunit au nom du Parti libéral des dirigeants du Parti conservateur, de l'ELP et du M-19, dont la démobilisation avait été obtenue par un accord avec le Président Barco, afin de préparer le processus constituant<sup>300</sup>. Le processus ne consiste pas tant à mettre fin à des dysfonctionnements concrets dans la répartition du pouvoir qu'à remédier à l'illégitimité des élites politiques après le Frente Nacional auquel la jeune génération libérale ne croit plus<sup>301</sup>. La Constitution de 1991 est alors conçue comme un moyen pour les « élites hégémoniques » colombiennes, celles des partis libéral et conservateur mais également des guérilleros qui n'emportent pas une représentativité très forte, notamment dans les villes, d'acquiescer une légitimité

---

<sup>298</sup> N.R. CORREA HENAO, « El proceso constituyente. El caso colombiano », *op. cit.* note 89, spec. p. 38 : « *El modelo económico es, al mismo tiempo, intervencionista y neoliberal. Los derechos fundamentales citan al derecho natural y están escritos en el derecho positivo. La distribución de competencias de las entidades territoriales no es muy clara. Sobre todo, sobresalen la conservación del régimen de concentración de la propiedad y las prerrogativas de los militares. Este carácter conservador de la reforma en puntos vitales de la vida nacional se debió no sólo a la presencia de grupos conservadores en el seno de la Asamblea, sino sobretudo al hecho de que los grupos de ex-guerrilleros, en su afán de ganar credibilidad ante la opinión para poder llegar al poder, debieron hacer muchas concesiones al establecimiento.* »

<sup>299</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>300</sup> Les quatre délégués des mouvements guérilleros de l'EPL et du PRT sont ainsi nommés par décret, et la présidence avait proposé à deux autres mouvements, les FARC et l'ENL, de déposer les armes contre l'inclusion, hors du suffrage donc, au sein de la constituante. Le jour de la réunion de la constituante le 9 décembre 1990, l'armée colombienne détruit un campement des FARC, ce qui peut être compris comme un signe de ce que le moment constituant est une arme symbolique la conclusion d'une paix – ou *a contrario* de la continuation de la guerre – du pouvoir traditionnel avec les mouvements guérilleros, C. AHUMADA, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, *op. cit.* note 291, p. 180. D.T. FOX, G. GALLÓN-GIRALDO, A. STETSON, « Lessons of the Colombian constitutional reform of 1991: toward the securing of peace and reconciliation ? », *op. cit.* note 78.

<sup>301</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, *op. cit.* note 57, p. 251 : « *The problems lately afflicting the country could not fairly be blamed (with rare exceptions) on the written text of the previous constitution ; however, there had been a consistent perception that somehow the nation's institutions were proving inadequate to the challenges they faced. If a new constitution could help remove that perception and thereby contribute to a rebirth of national confidence, Gaviria was happy to oblige.* »

à moindre frais en parant leur accord de paix d'un peu de démocratie participative et de principes louables<sup>302</sup>.

L'inversion rhétorique qui consiste à voir le constitutionnalisme nouveau ou transformateur comme distinct d'un constitutionnalisme libéral parce qu'il induirait un mouvement permanent dans lequel les citoyens seraient impliqués est partiellement démenti dans le cas colombien, malgré l'insistance constante sur le rôle de la Séptima Papeleta. Fait qui n'est presque jamais évoqué dans la littérature comparatiste à propos du processus, l'élection de la constituante le 9 décembre 1990 est marquée par une abstention de 74%<sup>303</sup>, une constante en Colombie. Ensuite, le processus constituant n'était pas réellement une rupture par rapport à l'ordre établi : comme on l'a vu, les projets de révisions étaient anciens et provenaient de présidents libéraux ou conservateurs. Il y a eu sensiblement plus de révisions constitutionnelles sous l'empire du texte de 1886 que depuis 1991, d'autant plus que, depuis, la Cour constitutionnelle s'est estimée compétente pour contrôler les révisions<sup>304</sup> : le mouvement permanent visé par les constitutionnalistes les plus engagés n'est peut-être qu'un pouvoir de décision transféré au juge.

## **B. L'impensé du pouvoir judiciaire dans les processus constitutants**

Il convient d'apporter une nuance à la thèse assurancielles autant qu'à la thèse démocratique. La réalité des travaux constitutants montre que le rôle des cours a été peu réfléchi dans les deux pays : les droits étaient au centre des discussions plutôt que leur garantie (1). Dès lors, le désir d'un progrès démocratique ne peut être tout à fait évacué par un agenda d'intérêts (2).

### **1. Des discussions sur les droits et non le pouvoir des juges**

En Afrique du Sud, on trouve peu de mentions du rôle de la Cour, mais seulement des discussions sur le contenu substantiel des droits<sup>305</sup>, ainsi le communiqué commun de l'ANC et du NP du 21 décembre 1991 s'en tient à proclamer que « la Constitution sera la loi suprême et sera

---

<sup>302</sup> O. MEJIA QUINTANA, « Elites, etnicidades y constitución: cultura política y poder constituyente en Colombia », in G. HOYOS VASQUEZ (dir.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, CLACSO, 2007, p. 235-256. Dès lors, « La confluencia de tres modelos de sociedad disímiles (neoliberal, socialdemócrata y multicultural), que no se complementan entre sí, es el resultado de las negociaciones parceladas y sesgadas que mediaron el desarrollo del proceso constituyente. Las élites quisieron reemplazar el consenso político cooptando la iniciativa popular y disfrazando con una apariencia emancipatoria y progresista sus intenciones de perpetuar su proyecto de dominación excluyente. » (p. 245).

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>304</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>305</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 71-85. J. FOWKES, *Building the constitution*, *op. cit.* note 232, p. 96-110. Il est étonnant que la littérature sud-africaine n'évoque pas plus en détail cette absence remarquable, en particulier lorsqu'elle défend l'idée d'une constitution transformatrice, et s'appuie alors exclusivement en guise d'analyse des travaux du constituant sur les discussions relatives aux droits, et non à leur garantie, voir par exemple S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 28, p. 7-18, dont on remarquera que l'ouvrage ne fait pas mention des travaux de Ran Hirschl, Tom Ginsburg et Rosalind Dixon.

gardée par un pouvoir judiciaire indépendant, non-racial et impartial<sup>306</sup> ». Si l'ANC a été très tôt encline à endosser le discours de la *rule of law*, aucun de ses documents d'avant la transition n'a prévu une garantie judiciaire, pas même les Constitutional guidelines de 1989. Le texte de 1996 laisse certes volontairement la voie ouverte à une décision de la Cour concernant l'abolition de la peine de mort, mais au-delà de ce cas, aucun élément ne permet d'affirmer que les cadres de l'ANC attendaient quoi que ce soit de la Cour et n'envisageaient pas plutôt que le programme de transformation sociale passe par (leur) action gouvernementale et législative. Au contraire, puisque le parti était assuré de gouverner, il avait toutes les raisons de ne pas penser au rôle du juge en la matière. Pour le juriste James Fowkes, la Cour a participé d'un « *constitution-building* » à parts égales avec l'ANC, et non suivi la voie d'un activisme que semble supposer la décision Makwanyane, laquelle relève surtout d'une volonté délibérée de la majorité de laisser le juge agir, mais qui ne peut être trouvé ni dans les travaux constituants, ni dans le texte final. À l'inverse, l'auteur estime que les arguments des auteurs comme des juges en faveur d'un activisme judiciaire s'appuient sur une erreur de raisonnement qui suppose que puisque le constituant a rédigé un texte indéterminé, il s'attendait à ce que le juge en précise le sens, alors que rien ne permet de soutenir une telle affirmation<sup>307</sup>.

Le NP n'a pas non plus fourni d'éléments déterminants en faveur d'un contrôle judiciaire, à part pour obtenir que quatre membres de la Cour proviennent du personnel judiciaire existant, mais sans évoquer le rôle de l'institution<sup>308</sup>. Les efforts de ses négociateurs se concentrent plutôt sur la participation politique, conformément à la conception parlementariste qui prévalait sur l'Apartheid et qu'ils pensent largement se maintenir<sup>309</sup>. En guise de limitation opposée au nouveau pouvoir, le NP préfère, comme les deux autres partis minoritaires le DP (blanc et libéral) et l'IFP (zoulou et indépendantiste), l'établissement d'un fédéralisme strict en obtenant le plus grand rôle possible pour les gouvernements provinciaux, ce qui provoqua le premier échec des négociations avec l'ANC en 1992, celle-ci désirant un État fort et centralisé<sup>310</sup>. Il faut dire que ces partis devenus

---

<sup>306</sup> Cité par J. FOWKES, *Building the constitution*, *op. cit.* note 232, p. 100 : « *the Constitution will be the supreme law and that it will be guarded over by an independent, non-racial and impartial judiciary* ».

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 96-110.

<sup>308</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 231-34

<sup>309</sup> J. FOWKES, *Building the constitution*, *op. cit.* note 232, p. 103-110, spec. p. 104-105 : « *it is (...) something that court centrism can cause us to miss: several minority groups in South Africa, including the NP, were for a long time primarily focused on forms of insurance other than rights in courts. (...) the NP was far from fixated on the Court as the future protector of white interests. Its initial concession stemmed from a (mistaken) belief that it would exercise significant power from within the post-1994 Government of National Unity (GNU). (...) Rights talk and the expansive actions of modern constitutional courts were unfamiliar ideas to a party that had long emphasized parliamentary supremacy* ».

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 106-107. H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 93-117. X. PHILIPPE, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *op. cit.* note 262, p. 160. Si un grand rôle est finalement attribué aux provinces, mais moindre que celui envisagé par le NP, le parti avait souhaité par ailleurs instituer un droit de veto, au niveau national, pour les groupes parlementaires minoritaires.

minoritaires gardaient pour principal horizon politique des victoires dans les exécutifs locaux, par exemple dans la province du Western Cape.

La création de la Cour est motivée dans les travaux constitutants par le souci de certifier la constitution finale par rapport au texte intérimaire, c'est-à-dire de garantir le respect des limites posées au constituant par le texte de 1993 à l'issue de l'accord trouvé par le NP et l'ANC lors de l'échec des négociations de 1992. Aussi la Cour est envisagée par la garantie des différents droits sans que la place qui lui a été laissée ait semblé bien comprise<sup>311</sup>. Cela n'invalide toutefois pas la thèse assurancielle, puisque les élites ont pu retirer un bénéfice de la garantie judiciaire des droits sans forcément en avoir conscience ou l'avoir intentionnellement prévu. Si le rôle de la Cour n'a pas été pensé bien précisément, celui du juge en général était bien évoqué par l'ANC et admis par le NP, qui n'ont simplement pas envisagé les implications de leur choix et pensaient autant au juge qu'au parlement (pour l'ANC) et au fédéralisme (pour le NP) comme moyen d'arriver à leurs fins. Heinz Klug, en postulant l'influence internationale déterminante pour la conversion des deux partis à la suprématie constitutionnelle, a estimé qu'elle n'était donc pas affaire d'intérêts socio-économiques, mais seulement d'une stratégie dans la transition démocratique. Si cela est vrai, cela n'empêche pas que les intérêts des deux camps aient été emportés par cette stratégie, de manière plus ou moins inconsciente, comme le dit la thèse assurancielle<sup>312</sup>. On peut supposer que l'ajout de droits sociaux correspondait par ailleurs à la réalisation du programme de l'ANC (et l'ajout du droit de propriété et de droits culturels une exigence pour le NP) sans forcément le penser en lien avec la suprématie nouvelle du texte fondamental, qui elle-même n'a de toute manière pas fait l'objet de réflexion extensives.

En Colombie, l'impensé n'était pas si fort qu'en Afrique du Sud, ne serait-ce que parce que le pays connaissait déjà le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour suprême et le Conseil d'État, mais le rôle de la Cour constitutionnelle elle-même n'a pas été envisagé avec beaucoup de

---

<sup>311</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 140-142. W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », *op. cit.* note 109, p. 143.

<sup>312</sup> S'il ne partage pas la causalité défendue par les thèses assurancielles pour le choix de la suprématie constitutionnelle (un pacte entre élites en serait la motivation) et préfère l'influence du constitutionnalisme qui prévaut à l'échelle globale, Heinz Klug admet en réalité le jeu des intérêts comme produit d'un tel choix, puisque son étude vise à montrer la manière dont, à partir du global, les acteurs défendent en réalité leurs intérêts nationaux, par un processus de traduction en les termes du constitutionnalisme global, ainsi par exemple, H. KLUG, *Constituting Democracy*, *op. cit.* note 110, p. 96 : « *The National Party conceived of a future South Africa in which local communities would be empowered to choose their own living arrangements. To this end the National Party government entered the negotiations, promising its constituency that its bottom line would be a system of power-sharing designed to secure the interests of different communities. First expressed in racial terms, this notion of power sharing soon evolved into a more internationally acceptable call for the recognition of minority rights and the assertion that all ethnic groups in South Africa constitute distinct minorities requiring a permanent balancing of political power on the basis of minority representation* »

précision<sup>313</sup>. Aussi les principaux arguments avancés pour la création de la Cour constitutionnelle ont été d'ordre pragmatique et non démocratique, relatifs à la charge de travail déjà importante de la Cour suprême que le nouveau texte et sa *tutela* ne pouvaient qu'accroître, ainsi qu'à l'unification de la jurisprudence importante qui pouvait naître<sup>314</sup>. On peut imaginer que ces arguments étaient plus faciles à défendre auprès des mouvements rétifs au pouvoir du juge. Comme en Afrique du Sud, les débats relatifs à la Cour portent surtout sur sa composition, tous les camps voulant un contrôle politique au contraire du processus interne de la Cour suprême, les libéraux de Gaviria proposant une élection par le Sénat sur proposition du Président, de la Cour suprême et du Conseil d'État, quand le M-19 et les autres mouvements guérilleros plaident pour le confier au Parlement puisqu'ils n'auront que peu de chances de remporter la présidence<sup>315</sup>. En revanche, Manuel José Cepeda Espinosa, lui, comprend bien les enjeux de la Cour dont il défend la création auprès du Président qu'il conseille. Ayant étudié aux États-Unis, le juriste y voit un instrument de transformation du droit et de la société, mais observe les oppositions des membres de la constituante, levées seulement lorsqu'il est devenu clair qu'il s'agissait du meilleur moyen de garantir le nouveau texte qu'ils avaient discuté, mais également qu'il fallait libérer la Cour suprême de la charge que la *tutela* nouvelle risquait de faire peser sur elle<sup>316</sup>.

Surtout, une grande partie des innovations imaginées par les constituants en 1990 ne concernent pas tant la transformation sociale portée par la Cour que la décentralisation du pouvoir et la limitation des prérogatives présidentielles, laquelle passe, certes, par la Cour, mais aussi par d'autres institutions telle que le Defensoria del Pueblo, le procureur national indépendant, la création d'une Fiscalía general de la nación qui dépend du pouvoir judiciaire mais mène toutes les enquêtes, la création d'une banque centrale autonome, ou par la participation populaire accrue visée à l'article 103 et la limite d'un seul mandat présidentiel consécutif. Aussi et surtout, contre une

---

<sup>313</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, *op. cit.* note 93, p. 9 : « *the country already had a long history of judicial review via the Supreme Court's review of the public action, it focused not on general questions (as in Europe) about whether ordinary judges were unsuited for constitutional adjudication, but instead on more particular themes of Colombian history and jurisprudence.* »

<sup>314</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 114, p. 549-550. Voir Section 1, §2-B, *supra*.

<sup>315</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 115, p. 105-126. Il faut néanmoins nuancer la thèse de David Landau, car Maria Teresa Garces, l'une des deux délégués chargés de réfléchir à la création de la Cour, appelle à une procédure de nomination plus indépendante, qui passe par la création d'un Conseil supérieur de la magistrature qui présente les noms au Parlement, comme d'ailleurs ce qui sera fait en Afrique du Sud. Mais il est vrai qu'elle n'est pas suivie par la Commission ; elle parle en juriste.

<sup>316</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 80, p. 28 : « *Opposition within the constituent assembly to the creation of a Constitutional Court was expected. Colombia at the time was already a country that had a centennial and uninterrupted tradition of constitutional judicial review exercised by the Supreme Court of Justice. But opposition gradually lost strength for two reasons. The first was the need to entrust a new judicial body—conceived and born at the same time as the new Constitution and infused with its purposes—with the mission of preventing it from being left frozen on paper and losing its vocation to transform society and politics. The second was the foreseeable workload that would result from the massive use of the Tutela, an excessively heavy burden for the Supreme Court to bear.* »

tendance des juristes à relire l'histoire avec leurs propres mots et catégories, il apparaît que les débats constitutants font très peu la place au discours des principes qui accompagne la théorie néo-constitutionnaliste mais se soucient avant tout d'aspects très politiques de la crise institutionnelle qui bloque alors le pays<sup>317</sup>. Sur les milliers de pages de la *Gaceta constitucional*, quelques dizaines à peine concernent la Cour et sont l'œuvre de deux délégués du M-19 qui discutent le projet gouvernemental<sup>318</sup>. C'est sans doute pour cela que les débats sur la Cour se concentrent sur la procédure de nomination, et donc l'opportunité de retirer la justice constitutionnelle des mains de la Cour suprême dont les magistrats sont nommés en interne, c'est-à-dire sur la proximité des juges avec le pouvoir politique<sup>319</sup>. Là encore il n'y a pas lieu de disqualifier la thèse assurancielle ni de revaloriser particulièrement la thèse démocratique, mais un regard pragmatique montre les limites de l'une et de l'autre.

## 2. La combinaison des thèses démocratique et assurancielle

Le constitutionnalisme en Afrique du Sud et en Colombie est assurément une complexe construction idéologique et identitaire, dont le contenu ne peut qu'être indéfini ou contradictoire dans des sociétés traversées par des conflits de valeurs virulents. La garantie constitutionnelle transférée aux juges constitutionnelles occupe alors un rôle aussi fondamental que périlleux. Et ce rôle s'exerce dans un contexte politique particulier, autant qu'au sein d'une théorie démocratique de la justice constitutionnelle : à notre sens, c'est bien l'articulation des deux qu'il s'agit d'étudier pour comprendre l'environnement dans lequel les cours ont rendu leurs décisions. Les rapports des différentes forces politiques, tels qu'ils apparaissent en particulier lors des processus constitutants, ont déterminé le sens de la transformation visée, sans que cela ne revienne à nier la puissance des idéaux mobilisés. Puisqu'il s'agit de leur fournir un cadre constitutionnel, c'est-à-dire d'encadrer l'expression des rapports de forces politique au sein d'une organisation des pouvoirs, il est logique que l'état de ces forces influence la mise en force de ces idéaux et des moyens de les réaliser. Les traits du constitutionnalisme souvent avancés dans la littérature comme la cause évidente d'une transformation à venir peuvent être relativisés, et d'autres éléments considérés au sein du constitutionnalisme comme permettant cette transformation, à commencer par les rapports entre les pouvoirs et la participation politique.

---

<sup>317</sup> S. ESTRADA VELEZ, « El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 », *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 17, n° 32, 2014, p. 27-42, spec. p. 36-40.

<sup>318</sup> *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Colombia*, n°36 et n°85, *op. cit.*

<sup>319</sup> Pour les discussions en séance plénière, voir *Gaceta constitucional de la Asamblea Constituyente de Colombia*, n° 127, 10 octobre 1991 (p. 32), n°135, 2 novembre 1991 (p. 7), n°137, 12 novembre 1991 (p. 4), n°141, 19 décembre 1991 (p. 10), n°143, 27 décembre 1991 (p. 7-8).

La thèse de Ran Hirchl, pour être radicale et stimulante, doit être nuancée. Il semble en effet nécessaire de repenser le constitutionnalisme à l'aune du pouvoir des cours, lequel ne peut se comprendre que dans le contexte des rapports de force politique, sociaux et idéologiques. Il ne s'agit pas de postuler une action volontaire des juridictions en faveur d'une quelconque idéologie, ni d'accuser les participants aux processus constitutifs de préempter de futures décisions avec certitude. Mais la pensée néolibérale dominante a effectivement semblé former un quasi consensus chez les juristes et gouvernements dans les années 1990 et 2000 dans les pays étudiés, et plus largement les intérêts sociaux et économiques des différents participant au processus constituant se sont bien retrouvés dans les textes constitutionnels sud-africain et colombien<sup>320</sup>. Si l'approche de Rosalind Dixon et Tom Ginsburg est plus mesurée, c'est qu'elle ne spécifie pas les intérêts défendus lors des processus constitutifs, ni n'aborde le mécanisme assurantiel comme un transfert de pouvoir du point de vue démocratique : les auteurs rejettent l'aspect normatif du phénomène pour se concentrer sur l'idée d'un consensus, ce qui ne saurait que partiellement convaincre. C'est expliquer les conditions du mandat des cours sans prendre position sur la manière dont elles l'ont rempli. D'ailleurs, Rosalind Dixon et Tom Ginsburg insèrent dans le sillage assurantiel les travaux de Ran Hirschl, mais cherchent simplement à offrir un regard plus systématique sur les transitions constitutionnelles et, partant, se gardent de toute caractérisation trop précise. Il en ressort qu'ils n'abordent pratiquement jamais les enjeux de la légitimité ou de la théorie démocratique autrement qu'en observant l'état du « marché électoral », ainsi que leur reprochait Hirschl, dont les travaux peuvent apparaître comme une poursuite plus élaborée des travaux des premiers, même si la critique des intérêts néolibéraux et anti-majoritaires n'était sans doute pas la seule hypothèse possible, ou doit être affinée.

Aussi, le rejet d'une thèse démocratique ou normative pour une thèse purement stratégique ou pragmatique ne convainc pas, sauf à réduire d'un côté les arguments normatifs à la seule abstraction, et d'un autre les rapports de pouvoir à un seul intérêt d'un groupe à conserver ses privilèges. Il semble plutôt que la stratégie des acteurs rencontre une vision normative, mêlant l'intérêt personnel à sa projection à l'échelle plus vaste de la société. Ainsi lorsque les élites politiques blanches sud-africaines veulent se protéger de l'ANC qui obtiendra assurément la majorité une fois le droit de vote étendu à tous – et il l'a conservé – il s'agit autant de préserver les intérêts économiques hégémoniques de la population blanche que d'assurer des droits d'une minorité, qui aura peu de chances d'obtenir le pouvoir à nouveau, face à la nouvelle règle majoritaire. Dit autrement, le nouvel ordre constitutionnel sud-africain protège les intérêts des blancs tout en

---

<sup>320</sup> Voir *infra*, chapitres 3 et 4.

empêchant un nouvel Apartheid inversé, une peur répandue dans la population blanche lors de la transition. La Cour constitutionnelle a pu sembler un garant efficace d'un tel contrat social : elle incarnait l'indépendance d'une nouvelle institution composée sur mesure, chargée d'interpréter un texte favorable au nouveau régime, tandis que le pouvoir judiciaire plus largement instaurait une forme de continuité avec le régime précédent. Il s'agissait plus largement de préserver le compromis identitaire trouvé en 1993 et en 1996, ce que la Cour a fait avec brio selon beaucoup d'observateurs<sup>321</sup>, conformément d'ailleurs à la thèse de Ran Hirschl. Or, il faut considérer l'éventualité que ce compromis, ainsi que les choix « transférés » à la Cour, aient été plus que les intérêts de quelques-uns, mais bien l'idéal normatif voulu : en témoignent les politiques économiques de l'ANC, qui n'ont pas démenti l'approche du NP, en favorisant l'ouverture au marché<sup>322</sup>, si bien que plutôt que les intérêts des uns et des autres inscrits dans un compromis en guise d'assurance réciproque, il a bien plutôt semblé qu'un certain consensus a guidé la transition démocratique, du moins entre les parties prenantes au processus constituant.

---

<sup>321</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

<sup>322</sup> Voir *infra*, chapitre 3.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

En Colombie comme en Afrique du Sud, un passé d'inégalités et d'exclusion politique a été soldé par un processus constituant qui venait *a priori* proclamer une société nouvelle dans les années 1990. Un ensemble de discours vient alors qualifier une norme constitutionnelle qui tranche avec la limitation des pouvoirs supposément associée à l'État constitutionnel moderne qui aurait émergé des révolutions française et américaine. Il s'agirait certes d'empêcher le passé de l'Apartheid ou du Frente Nacional de se reproduire mais aussi de projeter une société nouvelle. La garantie des droits sociaux, économiques et culturels et d'une égalité matérielle viendrait perturber l'ordre social d'une démocratie « post-libérale », pour reprendre le mot célèbre de l'américain Karl Klare qui invente la formule du constitutionnalisme transformateur. Est-ce alors un phénomène propre au Sud ou une inspiration globale typique des années 1990 ? Pourquoi est-il choisi de créer dans les deux pays une cour constitutionnelle chargée de contrôler le respect de la constitution alors adoptée ?

Une difficulté propre tient à une aporie de la justice constitutionnelle : l'explication de ses origines et de ses finalités dépend de récits relatifs à la légitimité, surtout lorsque le discours constitutionnel est produit par les juges eux-mêmes autant que par leurs observateurs. Une certaine lecture circulaire des idées de Constitution et de transformation présente alors la justice constitutionnelle comme le fruit d'un progrès démocratique linéaire. La justice juridictionnelle gagne une nouvelle explication dans la perspective sociopolitique d'une thèse assurancielle dont le degré de spécificité est plus élevé que la seule thèse démocratique : le constitutionnalisme en Colombie et en Afrique du Sud est un pacte social d'un genre particulier, propre à résoudre les conflits de sociétés en transition politique, sociale, économique et culturelle. En Afrique du Sud, la transition, qui n'est pas une révolution, voit le parti qui a dirigé sous l'Apartheid céder le pouvoir à une nouvelle organisation jusqu'alors interdite, l'ANC, les uns et les autres ayant alors besoin de garanties pour leurs intérêts socioéconomiques, la participation des minorités pour les blancs et le respect du processus constituant jusqu'au bout pour le parti nouvellement au pouvoir, alors qu'une constitution intérimaire est adoptée et que la définitive doit l'être sous le contrôle de la cour constitutionnelle. En Colombie, l'arrivée à la constituante de forces très différentes laisse un texte aux multiples faces idéologiques, alors que les libéraux au pouvoir comme les conservateurs, bien qu'ils préfèrent le contrôle de la Cour suprême, pouvaient craindre que s'installe un multipartisme en réaction aux dysfonctionnements du Frente nacional et après la démobilisation des guérilleros. Le juge protège alors une nouvelle paix sociale alors que la législature pourrait s'ouvrir à de nouveaux mouvements contestataires du bipartisme traditionnel, tandis qu'en Afrique du Sud, le juge est une protection contre l'éventuel autoritarisme d'un parti dont l'assise électorale, avec l'extension du droit de vote à tous les citoyens, est assurée pour de longues années.

Dans les deux pays, donc, la constitution et la justice constitutionnelle ont alors été une garantie face aux intérêts des partis anciens en matière de participation politique, d'identité culturelle ou de propriété et aux intérêts des nouveaux partis qui liaient leur arrivée au pouvoir à un programme social. On observe alors à la fois l'incorporation et le dépassement d'une circulation globale du constitutionnalisme. Le moment constituant des deux pays survient lors de la rencontre entre le contexte des années 1990 – où la justice constitutionnelle en matière de droits fondamentaux est un phénomène bien installé et proposait une solution aux problèmes particuliers – et l'arrivée au pouvoir de nouvelles forces politiques. Celles-ci s'adressent aussi à la sphère internationale, dans une Afrique du Sud sous sanction avec une ANC qui doit convaincre, ou une Colombie fracturée, dont les dirigeants veulent éviter l'ostracisation. Dans les deux pays, la mise en place d'une justice constitutionnelle et d'une cour spécialisée répond à une conception des droits, à une méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire ou à un souci d'uniformisation de la jurisprudence, à de nouveaux rapports de pouvoir avec une limitation par le fédéralisme ou le régionalisme. Les deux thèses – normative et assurancielle – permettent de comprendre la place qui s'est ouverte à l'activisme pour les juridictions nouvelles, sans que ce rôle ne soit réellement envisagé dans les travaux qui subsistent des deux processus constituants. Ainsi l'activisme était envisageable mais n'était pas prévu et la substance du mandat c'est-à-dire des dispositions constitutionnelles restaient à définir.

## CHAPITRE 2 : LA VARIABILITE DES OBLIGATIONS DES DROITS SOCIAUX

La création des cours constitutionnelles d'un côté et l'adoption de constitutions au contenu riche d'un autre ont ouvert un espace à l'activisme judiciaire en Colombie et en Afrique du Sud. Les juridictions des deux pays ont contribué à une discussion globale sur la justiciabilité des droits sociaux, menée chez les juristes et dans la théorie constitutionnelle depuis les années 1980. Or, il est tentant de déduire d'une nature qui serait propre aux droits sociaux une difficulté particulière. Une position bien admise postule en effet que le contenu de dispositions relatives à l'eau, à l'éducation, à la sécurité sociale serait abstrait alors qu'elles renvoient à des mesures concrètes, tandis que les obligations auxquelles ils appellent seraient de nature négative autant que positive<sup>323</sup>. Du fait qu'ils impliqueraient une action positive pour les réaliser, et donc une pluralité de mesures possibles, leur sens serait plus indéterminé que celui de droits et libertés qu'il s'agirait simplement d'opposer à l'intervention des pouvoirs publics ou aux acteurs privés. Du point de vue de la théorie du droit, il n'y a aucune raison de penser que les droits civils et politiques seraient plus aisés à définir que les droits sociaux, puisque c'est l'activité du juge même qui consiste à déterminer la signification d'un énoncé – le droit positif n'offre pas de méthode particulière à cet égard<sup>324</sup>.

La philosophie est-elle d'un quelconque secours ? Jeremy Waldron formulait le problème relatif aux droits sociaux en termes d'articulation de demandes vis-à-vis de la société que viendraient régler les théories de la justice<sup>325</sup>. Peut-on former une telle théorie à partir d'une liste de droits, volontiers considérée comme incohérente et contradictoire depuis les critiques que des positivistes Bentham ou des conservateurs comme Burke ont adressé aux droits de l'homme ? Le risque est de les percevoir comme de simples demandes isolées, détachées d'une vision plus large de la société et des politiques publiques, chaque droit apparaissant comme « fondé sur lui-même » sans compromis possible, sans adaptation à l'environnement social qui devrait déterminer une éthique et une action<sup>326</sup>. Les théories de la justice elles-mêmes font peu pour expliquer l'importance des droits et

---

<sup>323</sup> Voir *supra*, introduction générale.

<sup>324</sup> C'est ce qu'exprime Hans Kelsen lorsqu'il observe : « *Traditional theory represents the process of arriving at this interpretation as though it were an intellectual act of clarification or understanding, as though the interpreter had only to set into motion his mind and not his will, as though by sheer mental activity he could choose from among the existing possibilities one that corresponds to the positive law, and so make a correct choice in terms of the positive law.* » (H. KELSEN, « On the theory of interpretation (1934) », *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 127-135 p. 130). En effet, dans sa conception de l'ordre juridique, les interprétations sont toujours des choix plus ou moins déterminés selon la place qu'occupe l'interprète au sein de ce système d'organes qu'est l'ordre juridique : « *Interpretation is an intellectual activity accompanying the law-creating process as it moves from a higher level of the hierarchical structure to the lower level governed by this higher level. (...) This determination, however, is never complete, for a norm cannot be binding with respect to every detail of the act putting it into practice. There must always remain a range of discretion, sometimes wider, sometimes narrower, so that the higher-level norm, in relation to the act implementing it (an act of lower-level norm creation or of pure implementation), has simply the character of a frame to be filled in by way of the act.* » (*Ibid.*, p. 128)

<sup>325</sup> J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 773-808..

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 804 et 806.

de leur conflit<sup>327</sup>. Contrairement au philosophe, le juriste se pose également une question d'opposabilité et donc d'obligations, puisqu'il s'intéresse à leur application au sein du système normatif et souvent à ce qu'il est convenu de qualifier de concrétisation des droits par le juge en fonction des espèces dont il est saisi. Ce n'est là qu'un *a priori*, car le juriste peut très bien philosopher et le philosophe penser en termes concrets, afin de savoir s'il est possible ou souhaitable de définir un contenu des droits avant de pouvoir faire découler, de manière déductive, des obligations.

La substance des droits et de leurs obligations renvoie nécessairement à une création, même si les cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud ont tenté de construire des interprétations des textes constitutionnels et des contextes sociaux qui vont au-delà d'un seul argument de nature. Le paradoxe est qu'elles ont toutes deux cherché à élaborer un contenu substantiel au mandat qui leur avait été confié par le constituant à l'issue d'une transition dont il a été retenu le sens idéaliste. Le juge élabore alors une jurisprudence qui, si elle s'appuie bien souvent sur un texte constitutionnel, constitue un raisonnement parallèle nourri d'un ensemble d'inspirations dans l'espace et dans les matières. C'est ce travail argumentatif des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie, qui les a introduites dans les ordres juridiques et politiques des deux pays autant que dans la sphère globale : les juridictions ont de fait donné au sens au mandat qui leur avait été confié et cela d'autant plus que les seules prévisions des constituants étaient insuffisantes à envisager ce rôle, au-delà des riches dispositions sur les pouvoirs des juridictions dans les constitutions des deux pays<sup>328</sup>.

Pour comprendre ce travail, il faut s'écarter des discussions sur la nature particulière aux droits sociaux qui inversent la question posées aux juridictions en prenant l'obligation pour le contenu du droit, alors même que la spécificité des débats juridiques et philosophiques sur les droits sociaux à partir des années 1990 visent précisément à délaisser l'abstraction du contenu pour s'intéresser à la mise en œuvre de leur opposabilité vis-à-vis des États<sup>329</sup>. Or, si l'on peut tout à fait suivre ce sens du contenu vers l'obligation justiciable, ce qui nous semble être une manière pertinente d'analyser de manière critique le contrôle de proportionnalité tel qu'il a été élaboré en Afrique du Sud et en Colombie (section 2), les spécificités supposées des droits sociaux

---

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 779 : « theories of rights do good work when it comes to explaining why each right is important, but they are notoriously bad at thinking about conflict or competition among rights or among claims that aspire to be treated as rights. ». De même, David Bilchitz notait : « perhaps one of the most important causes of their neglect has been the failure of the philosophical and legal communities until recently to provide a clear understanding as to why their recognition is of importance and what their implications are for legal doctrine and government policy », appellent à « a clear understanding of the normative justification of socio-economic rights » (D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights : The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford University press, 2007, p. 2).

<sup>328</sup> Ce qui n'a pas empêché les juridictions de redéfinir elles-mêmes ces pouvoirs, voir *infra*, chapitres 6 et 7.

<sup>329</sup> O. O'NEILL, *Justice across boundaries: whose obligations ?*, Cambridge University Press, 2016, p. 193-208. Voir *infra*, section 1, §2, B, 2.

n'apparaissent pas dans les tentatives de leur attribuer un contenu, même minimal : il s'agit toujours pour le juge de créer le contrôle applicable aux droits à partir d'une lecture plus ou moins serrée du texte constitutionnel (section 1).

## SECTION 1 : LA SUBSTANCE VARIABLE DES DROITS

Dans les années 1980 et 1990, les débats philosophiques et juridiques relatifs aux droits sociaux ont donné lieu à un consensus quant à leur justiciabilité mais laissé ouverte la question de la détermination de leur contenu (§1). Les deux juridictions ont alors mêlé des arguments textuels, téléologiques et politiques pour reconnaître la justiciabilité des droits dans leur contexte respectif, en plaçant le contenu des droits à différents endroits de leur raisonnement en fonction des modes argumentatifs mobilisés dans les contextes respectifs (§2).

### §1. Les apories de la justiciabilité et du contenu des droits

Dans les années 1980 et 1990, philosophes et juristes ont fait des droits sociaux la traduction juridique des théories de la justice (A), bien que la détermination précise de ces droits d'un point de vue juridique ne soit pas tranchée (B).

#### A. Les fondements théoriques des droits sociaux

Du point de vue théorique, on peut faire des droits sociaux la titularité de biens sociaux par un sujet de droit dans le contexte libéral de l'acceptabilité rationnelle de l'ordre juridique théorisé par John Rawls (1), mais la mesure de ces biens constitue une difficulté conceptuelle que des approches plus pragmatistes comme celle d'Amartya Sen ont essayé de résoudre (2).

##### 1. La philosophie des biens sociaux à partir de John Rawls

L'américain Frank Michelman élabore dans les années 1970 une justification de la constitutionnalisation des droits sociaux au sein du paradigme du libéralisme politique<sup>330</sup>. Il s'appuie sur une lecture particulièrement célèbre de l'ouvrage de John Rawls, tout juste publié. Sa recherche

---

<sup>330</sup> La première défense des droits économiques et sociaux par Frank Michelman se fait dans le contexte américain, sur le fondement du quatorzième amendement, avec un article qui fait date, évoquant une « grande guerre » contre la pauvreté, F.I. MICHELMAN, « Foreword : On protecting the poor through the Fourteenth Amendment », *Harvard Law Review*, vol. 83, n° 1, 1969, p. 7-59 C'est en 1973 qu'il relit la théorie de Rawls pour proposer une argumentation plus universelle en faveur des droits, F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights. One View of Rawls' Theory of Justice », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, n° 5, 1973, p. 962-1019, et la défend au cours de plusieurs débats, dans F.I. MICHELMAN, « Welfare Rights in a Constitutional Democracy », *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979, p. 659-694, F.I. MICHELMAN, « Democracy-Based Resistance' to a Constitutional Right of Social Citizenship: A Comment on Forbath », *Fordham Law Review*, vol. 69, n° 5, 2001, p. 1893-1900 et F.I. MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 13-34.

d'une « structure sociale de base<sup>331</sup> » (*basic structure of society*) n'est pas tout à fait étrangère aux juristes ; elle permet d'arbitrer entre différentes valeurs dont la liberté, l'égalité et les formes matérielle et formelle de cette dernière, contre les seuls calculs de l'utilitarisme de la théorie libérale classique<sup>332</sup>. Pour cela, Rawls requalifie la justice comme une équité en démontrant d'une part comment notre jugement moral quotidien pouvait être compris à l'aide de quelques principes abstraits, trouvés de manière hypothétiques par la fiction d'un individu rationnel sous un « voile d'ignorance », forme contemporaine du contrat social, d'autre part comment ces principes tendaient, selon lui, à une justice distributive.

Ce dernier point intéresse particulièrement Frank Michelman qui trouve les juristes de son temps bien trop préoccupés par une logique formaliste, « essentiellement correctif et régulateur, stabilisateur et préservateur<sup>333</sup> ». Or, selon lui, le principal présupposé du constitutionnalisme libéral est de faire reposer la légitimité du système juridico-politique sur une acceptation générale et hypothétique, comme l'analyse Rawls<sup>334</sup> - on peut assimiler le constituant à l'individu rationnel placé sous le voile d'ignorance<sup>335</sup>. Tout se joue alors dans l'égalité promise par le libéralisme politique, en ce qu'elle compense la contrainte exercée par l'autorité ou plutôt justifie, aux yeux d'un être rationnel, qu'il s'y soumette<sup>336</sup>. Pour accepter la soumission au pacte social, un individu rationnel aurait besoin qu'on lui garantisse un certain niveau de vie matériel sous la forme de ce que le juriste américain appelle tantôt des « droits assuranciers » (*insurance rights*), « un minimum en termes d'assurance sociale pour les besoins individuels<sup>337</sup> », ou des « droits affirmatifs (appelons-les des '*welfare rights*') à l'éducation, à l'abri, à la subsistance, à la santé, et d'autres<sup>338</sup> »<sup>339</sup>. Selon cette vision

---

<sup>331</sup> J. RAWLS, *A Theory of justice*, Cambridge, Mass, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 7.

<sup>332</sup> Rawls prend pour exemple le plaisir pris du malheur de l'autre - ou, disons, de la jouissance d'être bien loti dans une société inégalitaire - qui ajoute à la somme des satisfactions abstraitement considérée, sans aucune vertu qualitative, *Ibid.*, p. 30.

<sup>333</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 963 : « *essentially corrective and regulative, stabilizing and preservative* ».

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 964, cite J. RAWLS, *A Theory of justice*, *op. cit.* note 9, p. 478 : « *Being governed by these principles means that we want to live with others on terms that everyone would recognize as fair from a perspective that all would accept as reasonable. The ideal of persons cooperating on this basis exercises a natural attraction upon our affections.* »

<sup>335</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 992.

<sup>336</sup> F.I. MICHELMAN, « The Constitution », *op. cit.* note 8, p. 23.

<sup>337</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 981 : « *a minimum in terms of social insurance for basic needs* ».

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 962 : « *affirmative rights (let us call them 'welfare rights') to education, shelter, subsistence, health care and the like* ». F.I. MICHELMAN, « The Constitution », *op. cit.* note 8, p. 25 : « *How can we reasonably call on everyone, as reasonable but also as rational, to submit their fates to a democratic-majoritarian lawmaking system, without also committing our society, from the start, to run itself in ways designed to constitute and sustain every person as a competent and respected contributor to political exchange and contestation and furthermore to social and economic life at large? If we cannot do so, then no 'constitutional agreement' is a 'sufficient' one if it lacks all trace or token of such a commitment. It thus seems that social rights guarantees of some kind would have to appear in a legitimate liberal-democratic constitution.* »

<sup>339</sup> Cette distinction est cruciale dans la critique des droits sociaux, voir *infra*, chapitre 3.

bien admise, les droits sociaux reposent certes sur un universel, mais celui-ci découlerait logiquement d'un postulat de légitimité et d'acceptabilité des ordres constitutionnels<sup>340</sup>.

Frank Michelman propose alors une reconstruction de la pensée de Rawls. Si un premier principe dit de liberté vise la maximisation des « libertés égales de base »<sup>341</sup> (*equal basic liberties*), un second principe se décompose en deux éléments, d'une part préservant l'égalité des chances (*fair equality of opportunity*), d'autre part permettant des inégalités matérielles à partir du moment où elles profitent aux plus démunis (le célèbre *difference principle*)<sup>342</sup>. Ces principes, organisés dans un ordre lexical, suivent un ordre de priorité : le premier vaut toujours et le second ne s'applique que dans son respect ; de même au sein du second principe la seconde branche (l'égalité des chances) passe avant la redistribution (le principe de différence). Dès lors,

Tous les biens sociaux primaires – liberté et opportunité, revenus et richesse, et les bases du respect de soi – doivent être distribués de manière équitable sauf si une distribution inégale de l'un ou de tous ces biens est à l'avantage du moins favorisé.<sup>343</sup>

Ailleurs, Rawls parle de certains « essentiels » (*essentials*) que sont les « droits et libertés, pouvoirs et opportunités, revenu et richesse » ainsi que des « bases du respect de soi »<sup>344</sup>, mais l'idée de la distribution reste la même, qui favorise le premier principe : « la liberté peut seulement être réduite au nom de la liberté<sup>345</sup> », à partir de quoi il est possible de réajuster par la redistribution les injustices causées par l'inégale répartition des biens sociaux. La redistribution des ressources produites est donc possible tout en maintenant de manière acceptable – au sens fort – l'équilibre entre égalité et liberté<sup>346</sup>. Comment permettre la plus grande égalité matérielle possible, sous la main de l'État, tout en maximisant les libertés politiques ? Ces libertés sont celles qui ont pu guider le parcours

---

<sup>340</sup> D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 41-94, p. 51-54 (qui s'appuie sur John Rawls tel que relu par Franck Michelman).

<sup>341</sup> J. RAWLS, *A Theory of justice*, *op. cit.* note 9, p. 302 : « Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all ».

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 302 : « Social and economic inequalities are to be arranged to that they are both : (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity ».

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 302 : « All social primary goods - liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect - are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the less favored. »

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 62 : « rights and liberties, powers and opportunities, income and wealth » et « the bases of self-respect ».

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 302 : « liberty can be restricted only for the sake of liberty ».

<sup>346</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 975 : « the Rawlsian ethic calls for inequalities to be reduced to a point, but also to be allowed (even favored) to a point. The sub-principles of the second principle of justice, taken all together, can only be called a set of precepts for adjusting tension between equality and proprietary liberty-tension which is not about to disappear. At this particular value-frontier, there is no effective lexical ordering. The precepts of the second principle, while they may well strike us as a compelling way of accommodating proprietary liberty with an adequate notion of human moral equality, do all the same compose a mode of accommodation, not of resolution. »

démocratique de pays comme l’Afrique du Sud où la Colombie contre la domination de politiques autoritaires<sup>347</sup>.

Si l’on remonte la chaîne des principes rawlsiens avec Frank Michelman, on peut trouver une justification à la garantie de biens sociaux minimaux dans le principe d’égalité des chances, en ce qu’il implique, *a minima*, une éducation<sup>348</sup>, voire dans le premier principe de liberté maximale, auquel Rawls lie une notion de « besoins de base » (*basic wants*) matériels, même s’il ne font pas partie explicitement des « libertés de base » (*basic liberties*). Si Rawls permet d’échanger une certaine quantité de liberté contre l’amélioration matérielle du plus désavantagé, à condition de ne pas heurter ces libertés de base, c’est justement parce qu’il existe des besoins de base que des individus rationnels placés sous un voile d’ignorance de leur position future voudraient voir satisfaits pour exercer leur liberté ; mais une fois ces besoins de base remplis, c’est bien la liberté qui prime<sup>349</sup>. Or, c’est en considérant la notion de respect de soi que l’on peut trouver selon Frank Michelman une justification solide à une garantie sociale minimale. Rawls la présente comme un bien primaire résultant de manière stable de l’application du principe de différence, c’est-à-dire de la redistribution, temporaire et décroissante : une fois la redistribution effectuée, le respect de soi demeure dans la durée ; il est hostile à toute « privation relative » (*relative deprivation*) et implique donc en lui-même et nécessairement la satisfaction de besoins de base<sup>350</sup>. Dès lors, « le minimum social est impliqué par la justice comme équité prise comme une théorie d’ensemble<sup>351</sup> » en permettant de satisfaire tous les principes ensemble, avant même l’ordre lexical qui place le principe de différence à la fin du cycle éthique.

## 2. La mesure des biens sociaux chez Amartya Sen

John Rawls reste évasif sur le contenu des biens sociaux, qu’ont essayé de définir plus précisément les théoriciens de la justice à partir des années 1980, à partir d’une critique de l’abstraction de l’approche du philosophe américain<sup>352</sup>. Amartya Sen a ainsi élaboré le concept de

---

<sup>347</sup> Sur l’importance de la dignité de la personne humaine, voir *infra*, chapitre 3, et sur le rôle politique du constitutionnalisme en Colombie et en Afrique du Sud, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>348</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 989.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 989-990, citant J. RAWLS, *A Theory of justice*, *op. cit.* note 9, p. 543 : « To be sure, it is not the case that when the priority of liberty holds, all material wants are satisfied. Rather these desires are not so compelling as to make it rational for the persons in the original position to agree to satisfy them by accepting a less than equal freedom (...). Until the basic wants of individuals can be fulfilled, the relative urgency of their interest in liberty cannot be firmly decided in advance. It will depend on the claims of the least favored as seen from the constitutional and legislative stages. But under favorable circumstances the fundamental interest in determining our plan of life eventually assumes a prior place. »

<sup>350</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 8, p. 990-991.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 991 : « The social minimum is an implication of justice as fairness taken as a whole theory ».

<sup>352</sup> John Rawls a même fait l’objet de deux critiques, en ce que d’une part il ne prévoyait pas une constitutionnalisation des droits sociaux, et d’autre part ne donnait qu’un cadre abstrait pour penser les besoins individuels. Voir *infra*, chapitre 3, section 1.



capabilités<sup>353</sup>, qui vise à mesurer les besoins sociaux au sein d'une théorie du juste attachée à la subjectivité. L'économiste et philosophe distingue notamment ce que la personne désire être ou faire, en termes d'opportunité et de liberté, des moyens qu'elle a à sa disposition pour poursuivre cet objectif<sup>354</sup>. C'est un changement majeur puisqu'il ne s'agit plus d'attribuer des biens sociaux donnés, mais simplement de proposer une mesure au sein d'un « espace d'évaluation » (*evaluative space*)<sup>355</sup> moral, qui permet de déterminer les objets sociaux dont chaque personne a besoin en fonction de ce qu'elle valorise<sup>356</sup>. Cette approche évaluative intègre alors « une pluralité d'aspects différents de nos vies et soucis<sup>357</sup> », permettant notamment la comparaison interpersonnelle<sup>358</sup>.

À partir de cette méthode, Amartya Sen définit les capacités en ce qu'elles renvoient à « une personne capable de faire certaines choses de base<sup>359</sup> ». C'est « une vision du vivant comme la combinaison de plusieurs 'fares et êtres', avec une qualité de vie mesurée à la capacité à réaliser certaines fonctions valorisées », comme « être nourri convenablement, être en bonne santé, etc. (...) atteindre un respect de soi ou être socialement intégré »<sup>360</sup>. Aussi, les fonctions (*functionings*) visées vont au-delà de ce qui est nécessaire à la survie et renvoient à la vie en société et à ce qui est jugé nécessaire pour s'y maintenir. Afin de respecter la diversité des besoins, Amartya Sen se garde de

---

<sup>353</sup> Le concept a été présenté dans A. SEN, « Equality of what ? », *Tanner Lecture on human values*, Cambridge University Press, vol. I, 1980, p. 195-220, puis dans A. SEN, « Capability and Well-Being », in A. SEN, M. NUSSBAUM (dir.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993, p. 30-53. L'auteur a revu son approche en l'insérant dans une théorie de la justice plus large dans A. SEN, *The Idea of justice*, Oxford University press, 2009, notamment partie 3, chapitres 11 à 14, pp. 235-317.

<sup>354</sup> A. SEN, « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, n° 4, 2004, p. 315-356, p. 332 : « The capability perspective concentrates on what actual opportunities a person has, not the means over which she has command ».

<sup>355</sup> A. SEN, « Capability and Well-Being », *op. cit.* note 31, p. 31-32. Ainsi, « A general acceptance of the intrinsic relevance and centrality of the various functionings and capabilities that make up our lives does have substantial cutting power, but it need not be based on a prior agreement on the relative values of the different functionings or capabilities, or on a specific procedure for deciding on those relative values. » (p. 49).

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 30 : « The capability approach to a person's advantage is concerned with evaluating it in terms of his or her actual ability to achieve various valuable functionings as a part of living. The corresponding approach to social advantage-for aggregative appraisal as well as for the choice of institutions and policy-takes the sets of individual capabilities as constituting an indispensable and central part of the relevant informational base of such evaluation. It differs from other approaches using other informational focuses, for example, personal utility (focusing on pleasures, happiness, or desire fulfilment), absolute or relative opulence (focusing on commodity bundles, real income, or real wealth), assessments of negative freedoms (focusing on procedural fulfilment of libertarian rights and rules of non-interference), comparisons of means of freedom (e.g. focusing on the holdings of 'primary goods', as in the Rawlsian theory of justice), and comparisons of resource holdings as a basis of just equality (e.g. as in Dworkin's criterion of 'equality of resources'). »

<sup>357</sup> A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 31, p. 232 : « a plurality of different features of our lives and concerns ».

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 233 : *The capability that we are concerned with is our ability to achieve various combinations of functionings that we can compare and judge against each other in terms of what we have reason to value. »*

<sup>359</sup> A. SEN, « Equality of what ? », *op. cit.* note 31, p. 218 : « a person being able to do certain basic things ». Dès lors, « It is arguable that what is missing in all this framework is some notion of "basic capabilities": a person being able to do certain basic things. The ability to move about is the relevant one here, but one can consider others, e.g., the ability to meet one's nutritional requirements, the wherewithal to be clothed and sheltered, the power to participate in the social life of the community. » (*Ibid.*)

<sup>360</sup> A. SEN, « Capability and Well-Being », *op. cit.* note 31, p. 31 : « a view of living as a combination of various 'doings and beings', with quality of life to be assessed in terms of the capability to achieve valuable functionings », comme « being adequately nourished, being in good health, etc. (...) achieving self-respect or being socially integrated ». Son approche relève d'une justice redistributive comme équité, qui consiste à attribuer des biens sociaux, éventuellement réglée par un certain nombre de principes et leur ordre lexical, mais réorientée dans « a non-fetishist direction » plus ouverte, ramenée à la subjectivité individuelle qui attribue à chaque objet social (Sen parle de « functionings ») une certaine valeur.

donner une liste limitative<sup>361</sup>. Toutefois, il a pu être plus spécifique quant aux biens sociaux à redistribuer, et c'est une étape cruciale pour les droits économiques et sociaux, en ce qui concerne les besoins de base (*basic needs*), conçus comme « un sous-ensemble de capacités d'une importance cruciale<sup>362</sup> ». Il s'agit, face à la privation absolue, de s'entendre sur des besoins urgents et de fournir un certain seuil d'objets sociaux en dessous duquel la privation devient moralement insupportable<sup>363</sup>. L'auteur y voit une exigence normative qui justifie de recourir à une liste de biens sociaux limitative. La philosophe Martha Nussbaum a tenté de donner une liste plus explicite des biens sociaux à attribuer. Son fondement n'est alors pas tant la théorie procédurale de la justice de Rawls, comme c'est le cas de Sen<sup>364</sup>, ni le subjectivisme dont ce réclame ce dernier, qu'une approche aristotélicienne volontiers objectiviste. Elle s'appuie sur une suite de discussions imaginaires d'où ressortiraient les biens sociaux nécessaires à mener une vie bonne<sup>365</sup>. La philosophe liste ainsi dix composantes telles que l'imagination, l'émotion et les sens, l'intégrité physique ou encore l'interaction sociale<sup>366</sup>.

Mais les philosophes évoquent des biens sociaux quand les juges doivent élaborer des droits sociaux : c'est dans ce passage que les théories sont reliées aux textes constitutionnels, mais aussi à des catégories juridiques par la doctrine.

---

<sup>361</sup> Contrairement à Martha Nussbaum, voir chapitre 5.

<sup>362</sup> A. SEN, « Capability and Well-Being », *op. cit.* note 31, p. 40 : « a subset of crucially important capabilities ». Aussi, « There tends to be a fair amount of agreement on the extreme urgency of a class of needs. Particular moral and political importance may well be attached to fulfilling well-recognized, urgent claims. It is possible to argue that equality in the fulfilment of certain 'basic capabilities' provides an especially plausible approach to egalitarianism in the presence of elementary deprivation. » (*Ibid.*)

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 41 : « to satisfy certain crucially important functionings up to certain minimally adequate levels. The identification of minimally acceptable levels of certain basic capabilities (below which people count as being scandalously 'deprived') can provide a possible approach to poverty »

<sup>364</sup> « It seems to me, then, that Sen needs to be more radical than he has been so far in his criticism of the utilitarian accounts of well-being, by introducing an objective normative account of human functioning and by describing a procedure of objective evaluation by which functionings can be assessed for their contribution to the good human life », M. NUSSBAUM, « Nature, Function, and Capability: Aristotle on Political Distribution », in J. ANNAS, R.H. GRIMM (dir.), *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, Oxford University Press, Supplementary Volume, 1988, p. 145-184, p. 176. C'est une « substantive theories of value » qu'Amartya Sen, sans l'adopter, ne rejette pas et juge compatible avec son approche, en l'insérant à l'intérieur de sa structure capacitaire comme l'un des éléments du choix des objets de valeur. SEN 1993, 47-48.

<sup>365</sup> Voir notamment M. NUSSBAUM, « Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach », *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 13, n° 1, 1988, p. 32-53.

<sup>366</sup> M. NUSSBAUM, *Women and human development : the capabilities approach*, Cambridge University Press, 2000, p. 74-80 ; l'auteure cite « the importance of life, bodily health, bodily integrity, the use of the senses, imagination and thought, the development of emotions, practical reason, forms of social affiliation, concern for other species, opportunity for play, and the political and material control over one's environment ». Sans lien avec les droits sociaux, le théoricien du droit jusnaturaliste John Finnis a élaboré, lui, une liste de sept biens sociaux : la vie et ce qui est nécessaire pour la protéger, le savoir, le jeu, le jugement esthétique, la sociabilité, la raison pratique et la religion ou transcendance, J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (1980), Oxford University press, 2nd éd., 2011, p. 86-90. La démarche évaluative est alors volontairement essentialiste, sans l'intermédiation d'un artefact conventionnaliste ou consensualiste d'Amartya Sen, sans même la discussion éthique aristotélicienne de Martha Nussbaum.

## B. La difficile détermination d'un contenu minimal des droits sociaux

Une fois reconnue la place de droits qui traduisent des biens sociaux dans les théories de la justice, il reste à voir si l'on peut délimiter des biens qui doivent être accordés dans l'absolu (1) ou s'il n'y a pas un écueil jusnaturaliste à vouloir fixer ainsi leur contenu (2).

### 1. La normativité d'un contenu minimal de base

Le juriste sud-africain David Bilchitz a proposé l'une des rares monographies théoriques dédiées aux droits économiques et sociaux en cherchant leur fondement normatif<sup>367</sup>. L'auteur situe ce fondement au point d'équilibre entre d'une part l'intérêt qu'ont les individus à obtenir les conditions nécessaires pour satisfaire les expériences<sup>368</sup> et actions (*purposes*) que chacun valorise, et d'autre part le minimalisme nécessaire à ce que ces conditions ne nient pas la pluralité de ces fins - ce en quoi l'approche demeure libérale. Si David Bilchitz reprend la notion de capacités en ce qu'elle intègre la valorisation plurielle des désirs et besoins sociaux, et part d'un postulat subjectiviste plutôt qu'essentialiste, il juge les théories d'Amartya Sen comme de Martha Nussbaum<sup>369</sup> encore trop prescriptives dans les fins qu'elles assignent aux individus - ou plutôt insatisfaisantes lorsqu'elles expliquent comment déterminer les objets valorisés par les individus. Même s'il est plus proche de l'américain, David Bilchitz adresse un reproche similaire à John Rawls qui, tout en développant une « théorie morale étroite » (*thin theory of the good*) à même de convenir à la pluralité des fins et permet une hiérarchisation des besoins sociaux, laisse reposer l'évaluation sociale et le choix des « biens primaires » (*primary goods*) à partir desquels cette pluralité de fins peut être librement réalisée sur une seule construction théorique<sup>370</sup>. Dès lors, la théorie de la justice du philosophe américain ne peut aborder l'injuste le plus extrême qui est pourtant au cœur des droits sociaux<sup>371</sup>.

Il faut encore « affiner » la conception du juste selon David Bilchitz en adoptant une focale bien plus modeste et déterminer « un petit espace commun tout en reconnaissant la vaste diversité

---

<sup>367</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5. En effet l'auteur estime que « *perhaps one of the most important causes of their neglect has been the failure of the philosophical and legal communities until recently to provide a clear understanding as to why their recognition is of importance and what their implications are for legal doctrine and government policy* », appellant à « *a clear understanding of the normative justification of socio-economic rights* », *Ibid.*, p. 2. Il propose ainsi une « *background theory upon which to build a jurisprudential approach towards interpreting fundamental rights* », car « *the purposive approach to interpretation requires some background theory that explicates the normative underpinning of fundamental rights* », *Ibid.*, p. 178.

<sup>368</sup> L'approche est volontiers phénoménologique, « *the ability to experience the world consciously provides a bridge between fact and value : our phenomenological experiences of the world are themselves one important source of value* », *Ibid.*, p. 25.

<sup>369</sup> David Bilchitz rapproche notamment Martha Nussbaum, dont la liste est trop précise mais l'approche de l'espèce humaine trop large et abstraite, de la plus grande spécificité encore des valeurs identifiées par John Finnis, *Ibid.*, p. 30-32.

<sup>370</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5, p. 10-23.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 22.

des individus<sup>372</sup> ». Selon l'auteur, « les préconditions objectives qui peuvent être identifiées comme nécessaires pour vivre une vie de valeur<sup>373</sup> » se distinguent en deux seuils (*thresholds*) : d'une part, un seuil minimal relatif à ce qui est nécessaire à la survie, par exemple la nourriture (mais en-deçà de la malnutrition) ou le lieu de vie (mais en-deçà d'un environnement qui n'est pas sain) ; d'autre part, un seuil relatif à ce qui est nécessaire aux individus pour vivre une vie décente, c'est-à-dire à poursuivre leurs diverses fins<sup>374</sup>, couvrant par exemple l'habillement, un véritable logement, une bonne nourriture, la santé physique et mentale. La distinction renvoie en large partie aux approches vues précédemment : si l'approche d'Amartya Sen en termes de fonctions et de capacités est adaptée à la pluralité des besoins et désirs, la distribution égale d'une liste de bien sociaux primaires envisagée par Rawls et explicitement rejetée par Sen demeure nécessaire à un niveau minimal, en-deçà du second seuil identifié par David Bilchitz, et d'ailleurs Sen admettait que l'extrême urgence devait donner lieu à une détermination plus précise sans toutefois articuler cette exigence avec sa théorie générale. Cette notion d'urgence est cruciale dans la jurisprudence sud-africaine, on le verra.

Le second seuil proposé par David Bilchitz correspond donc à un entre-deux, au-delà du minimum nécessaire à la survie mais en-deçà de la pleine réalisation des fins en fonction des capacités, et c'est dans cet entre-deux oublié par les philosophes de la justice que se situeraient selon lui les droits économiques et sociaux<sup>375</sup>. Dès lors, l'égalité qu'une société doit viser ne porte alors pas sur les fins que chacun peut vouloir réaliser, ni une réalité des ressources ou des biens sociaux, mais sur les conditions nécessaires à ces fins regroupées en deux seuils<sup>376</sup>. À partir de cette justification théorique, David Bilchitz a déduit un ensemble d'obligations juridiques, sans toutefois

---

<sup>372</sup> *Ibid.*, 31 : « a small space of commonality whilst recognizing the wide-ranging diversity of individuals ». L'auteur estime qu'à l'aide de l'expérience et de l'action, « it is possible to identify certain general and essential preconditions that are required for such beings to realize the sources of value I have identified. If we can identify such preconditions, we can identify what must necessarily be realized in order for beings to lead lives of value to them » (*Ibid.*, p. 38).

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 40 : « the objective preconditions that can be identified as necessary for living lives of value ».

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 42 : « these general conditions are the ones that provide the opportunities to fulfil a range of purposes, and are thus of particular importance to all purposive beings, even if they do not share many particular purposes ».

<sup>375</sup> « It is thus possible to specify a threshold of priority at a level greater than that required for survival, but which does not involve the complete fulfilment of each being's particular purposes. The ability to specify this threshold is of immense importance to the task of specifying the level of provision required in a society which recognizes socio-economic rights », *Ibid.*, p. 45. L'auteur développe sur un chapitre le lien entre l'intérêt individuel à voir certaines fins réalisées et la notion de droit, par l'intermédiaire de la pensée du philosophe américain Alan Gewirth, qui a démontré à partir de la raison kantienne en quoi chaque agent avait un droit à réaliser ce qu'il juge bon pour lui, un droit donc que chacun se doit de respecter et de garantir chez les autres ; puis adhère à son dépassement par Thomas Nagel qui a ajouté l'importance de raisons interpersonnelles dans le traitement égal des autres, *Ibid.*, p. 47-74.

<sup>376</sup> La société « should focus upon what lies within its power : to create the enabling conditions for beings affected by its rules to live a good life by their own lights. To do so, and thus to recognize the equal importance of each life, it must guarantee to each being the necessary prerequisites for realizing a life of value », sans nier la particularité des visions, car « a diverse society founded upon the equality premise should not seek to prioritize a particular vision of the good life », *Ibid.*, p. 64 et 63. L'auteur se fonde alors sur la raison interpersonnelle qui expliquerait que chacun ait un droit à mener la vie qu'il valorise et le respecte chez les autres.

admettre un lien évident entre les deux niveaux<sup>377</sup>. Il a notamment défendu la définition d'un contenu minimal (*minimum core*) des droits économiques et sociaux, avec deux niveaux de réalisation correspondant aux deux seuils qu'il distingue<sup>378</sup>. Au-delà du désir explicite de l'auteur de fournir un cadre théorique au droit positif<sup>379</sup>, on comprend alors l'articulation entre une approche théorique et le point de vue de constitutionnaliste de l'auteur. David Bilchitz cherche à traduire en termes juridiques la théorie de la justice qui permet d'articuler les demandes sociales, tout en n'imposant pas une trop grande quantité de morale à l'ordre juridique.

## 2. La détermination des droits sociaux, entre jusnaturalisme, universalisme et particularisme

La détermination d'un contenu minimal pose un problème courant en théorie du droit, à la lisière du jusnaturalisme puisqu'il n'existe aucun moyen de trouver ce contenu dans l'état d'un droit positif tel qu'il serait posé par une autorité. Il est aisé de le chercher dans la nature du droit ou des choses comme le suggère David Bilchitz, tandis que d'autres peuvent choisir une définition basée sur les besoins des personnes qui contient néanmoins, lorsqu'elle postule tout de même une liste de bien sociaux, une appréhension de ce dont une personne a besoin par nature<sup>380</sup>. C'est l'approche choisie par des théoriciens de la justice comme Amartya Sen. Le Comité des droits sociaux, économiques et culturels des Nations-Unies y a été sensible lorsqu'il a proposé de faire porter les obligations relatives aux droits sociaux sur un contenu minimal des droits dans ses observations générales en 1990 :

(L)e Comité est d'avis qu'une obligation fondamentale minimale d'assurer la satisfaction, au minimum, des niveaux essentiels de chacun des droits incombe à chaque État partie. Ainsi, par exemple, un État partie dans lequel un nombre important de personnes sont privées de denrées

---

<sup>377</sup> L'auteur distingue notamment deux niveaux de conditionnalité, selon que les droits garantissent le premier seuil, et ils sont donc des obligations inconditionnelles, ou qu'ils garantissent le second seuil relatif aux conditions nécessaires à mener une vie que l'on valorise, et alors les obligations sont soumises aux conditions sociales telles que les ressources, l'urgence du besoin, le sacrifice réalisé par l'ensemble de la société i.e les valeurs que chacun veut voir réaliser, le degré d'effectivité possible de la norme - l'auteur refuse ainsi de limiter les droits dans leur existence même, par nature. *Ibid.*, p. 75-101. En outre, le degré d'effectivité remplace selon l'auteur toute distinction entre obligations positives et obligations négatives, *Ibid.*, p. 89-81. Cette approche permet selon l'auteur d'accorder une grande importance aux droits conditionnels et d'aller ainsi au-delà des seuls droits non-conditionnels, sans pour autant donner un cadre déontique trop contraignant : « *In order to ascertain what actions should be undertaken by a society, it will be necessary to evaluate which actions best respect the equal value of individual lives, having particular reference to the urgency of the interests involved and the extent of the sacrifices required. As a general rule, the greater the urgency of the need, the greater the likelihood that a particular action will be required ; the lesser the sacrifice, the more likely it is that a particular action is required. Thus, such an overall enquiry will generally give priority to those in the worst-off situations, and yet allow for a space in which all individuals can freely pursue their own projects* », *Ibid.*, p. 100.

<sup>378</sup> Si sa théorie fournit « *a well-motivated, robust, and useful analytical framework for interpreting socio-economic rights* », elle « *appears wholly appropriate for application to a diverse society like South Africa whose Bill of Rights demonstrates a recognition that the document was written for a society in which there are different forms of good* », *Ibid.*, p. 179-180.

<sup>379</sup> Voir note 367, *supra*.

<sup>380</sup> On retrouve ainsi un argument de nature jusnaturaliste dans les discours relatifs aux droits sociaux, y compris chez des positivistes comme H.L.A Hart, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

alimentaires essentielles, de soins de santé primaires essentiels, d'un abri et d'un logement de base ou des formes les plus élémentaires d'éducation manque, à première vue, aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Si le Pacte devait être interprété de manière à ne pas établir une telle obligation fondamentale minimale, il serait largement privé de sa raison d'être.<sup>381</sup>

Cette formulation a servi de base aux débats colombiens et sud-africains autant qu'elle constitue le cadre des discussions comparatives. Si le Comité appuie son raisonnement sur le texte du pacte de 1966, il est difficile de trouver dans celui-ci une aide pour déterminer un contenu précis, de même que l'on ne peut détacher tout à fait une telle formulation des réflexions morales sur les besoins de base (*basic needs*). Le *minimum core* a été défendu par les juristes à l'aide de l'argument de la justiciabilité des droits, qui est moins moral *a priori*, mais une telle approche ne fait que repousser la question de la source du choix de ce qui est essentiel. Le juriste américain Henry Shue a été le premier à théoriser des droits de base (*basic rights*) en tant qu'ils sont une partie intégrante des droits humains. Le juriste a alors proposé une idée cruciale pour la justiciabilité des droits sociaux selon laquelle ceux-ci ne seraient pas inférieurs aux droits civils et politiques mais nécessaires à la réalisation des droits, en premier lieu parce qu'ils sont au fondement de la vie<sup>382</sup>, et c'est bien dans ce sens qu'il faut entendre la dimension basique des droits.

Les philosophes de la justice sociale de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, à l'instar d'Onora O'Neill, revendiquaient d'ailleurs ce pragmatisme qui revient à s'intéresser non plus aux seules déclarations des droits, qui en matière de droits sociaux, ne proposent qu'une abstraction susceptible de devenir une « blague amère envers les pauvres<sup>383</sup> ». La philosophe propose à l'inverse de concevoir les droits comme des relations juridiques complexes et plus particulièrement des obligations, qui ne seraient alors pas laissées qu'à l'appréciation d'une réalisation juridique, mais intégrées à la conception même des droits moraux qui eux-mêmes doivent être détachés de la métaphysique d'une seule demande individuelle<sup>384</sup>. La philosophe s'appuie alors sur la définition des droits comme une relation constituée d'obligations entre au moins deux parties<sup>385</sup>, quitte à présenter une contradiction avec

---

<sup>381</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, General comment n°3, 1990, §10 : « *On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être.* »

<sup>382</sup> H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 19.

<sup>383</sup> O. O'NEILL, *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press, 1996, p. 133, « *a bitter mockery to the poor* ».

<sup>384</sup> O. O'NEILL, *Justice across boundaries: whose obligations ?*, *op. cit.* note 7, p. 193-208.

<sup>385</sup> W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, Yale University Press, 1923.

son approche générale qui consiste à postuler qu'il existe des droits moraux. Cela laisse sans réponse la question de la détermination plus précise des obligations pesant sur les pouvoirs publics, en particulier dans le contexte national de la judiciarisation des droits – Onora O'Neill s'intéresse avant tout à la pensée globale rattachée aux instruments du droit international.

Les approches positivistes ne sont toutefois pas en reste lorsqu'il s'agit de trouver un fondement au contenu minimal qui ne s'intéresse pas qu'à la justiciabilité. Le droit à la vie joue généralement ce rôle. Dès lors, comme la théorie de David Bilchitz focalisée sur la survie ou un seuil légèrement supérieur pour ne pas avoir à entrer dans des débats plus controversés, l'intérêt pour la vie, la survie, les besoins de base ont l'avantage supplémentaire de cibler les exigences de la protection de droits qui sont évidents en apparence, plutôt que d'attendre un examen plus controversé de ce qui est exigé pour la satisfaction d'objectifs plus élaborés, une conception plus 'épaisse' de la vie bonne.<sup>386</sup>

Le fondement apporté aux droits sociaux eux-mêmes, dans cette approche qui dépasse la seule lecture des dispositions constitutionnelles, peut être celui du droit à la vie ou de la dignité humaine, pour marquer le dépassement de la seule survie<sup>387</sup>. Les obligations juridiques sont alors déduites de droits moraux<sup>388</sup> ; ce qui ne veut pas dire que les deux se confondent pour les différents auteurs élaborant de telles approches. La difficulté néanmoins est que la recherche d'une source au-delà des énoncés juridiques, qu'elle s'assume comme un jusnaturalisme ou comme un raisonnement éthique, ne peut résoudre avec certitude les conflits normatifs<sup>389</sup>, c'est-à-dire justifier clairement le choix entre différentes interprétations. Un argument plus général porte sur la légitimité du juge à déterminer la nature des choses, c'est pourquoi une alternative peut résider dans l'élaboration d'un discours en termes de principes et de valeurs qui cherche à fonder les raisonnements interprétatifs sur l'état de la société, ou à un niveau plus prosaïque – et qui n'est pas sans lien avec le précédent – dans la recherche des atteintes concrètes aux droits, d'une manière qui se présente comme inductive. Deux possibilités s'ouvrent alors. Est-il possible de définir des droits par la seule induction ou par la concrétisation ? Ensuite, si l'on estime qu'il y a malgré tout une essentialisation dans le processus interprétatif et la recherche de fondements aux droits, cette essentialisation est-elle nécessairement

---

<sup>386</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *Yale Journal International Law*, vol. 33, 2008, p. 113-175, p. 130 : « the focus on life, survival, and basic needs has the additional advantage of pointing to the requirements for rights protections that are apparently self-evident, rather than requiring a more controversial examination of what is needed for the satisfaction of more elaborate aims, and a 'thicker' understanding of the good life. »

<sup>387</sup> C'est l'approche privilégiée par *Ibid.*, p. 133.

<sup>388</sup> Par exemple, pour Cécile Fabre, la structure des droits sociaux s'entend comme : « X has social rights to resources against the state and other parties by virtue of the moral value of X leading a decent life », C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution. Government and the decent life*, Oxford University Press, 2000, p. 13.

<sup>389</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64, p. 138-140.

un jusnaturalisme c'est-à-dire un postulat sur l'origine naturelle des sources de droit ? Si la seconde question relève d'une réflexion de théorie du droit et de ce que les discours juridiques ont intégré, dans les deux pays, à un raisonnement qualifié de positiviste<sup>390</sup>, la première s'intéresse à la notion d'obligations juridiques en lien avec les droits, c'est-à-dire au discours dogmatique produit par les juges et les juristes en surface des discours et analyse sur la manière de produire ce discours.

En outre, la détermination d'un contenu minimal des droits sociaux pose la question de la possibilité d'un universalisme des droits. Celui-ci est précisément revendiqué par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui développe la notion en 1990 pour donner corps à la notion de « réalisation progressive » visée par l'article 2(1) du pacte de 1966 et qui répond, elle, à une logique contextuelle puisque chaque État reste maître d'une telle réalisation<sup>391</sup>. Le contenu minimal donne plus de poids à cette approche des droits sociaux, motivée par le souci de ne pas exiger leur opposabilité entière par distinction d'avec les droits civils et politique, en fournissant un point de départ à la réalisation progressive qui soit partagé par les États signataires tout en conservant l'exigence d'un effet direct et immédiat du pacte – et cela peu importe leur justiciabilité devant les juridictions nationales<sup>392</sup>. Il est possible de parler d'une approche consensualiste du contenu minimal, dépendante des pratiques étatiques, des jurisprudences ou des discussions présidant à la ratification du pacte, quitte à formuler ce contenu de manière abstraite pour ne préserver la souveraineté des États et ainsi permettre l'acceptabilité du droit international au-delà des conflits idéologiques<sup>393</sup>. Aussi, l'ambition empirique d'une telle approche risque de revenir à un essentialisme puisqu'il s'agirait malgré tout d'attribuer un contenu aux droits sociaux.

Une spécificité des droits sociaux, à tout le moins dans les contextes sud-africain et colombien, est qu'ils ont été discutés dans la sphère internationale avant d'être travaillés par les juridictions. Ces dernières se sont alors appuyées sur ces discussions, de même que sur les théories de la justice qui permettaient de penser ces droits. Or, comment justifier l'interprétation des droits dans un ordre juridique national, sur le fondement d'une Constitution, tout en reprenant un contenu minimal élaboré ailleurs, à la fois par le droit international et par les théories de la justice ? La seule opposition entre l'ordre juridique national et un droit international ne peut suffire à répondre à cette question, ni l'argument de l'incorporation de ce droit dans le droit national. Si la Constitution sud-

---

<sup>390</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

<sup>391</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General comment n°3*, *op. cit.*, §9.

<sup>392</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General comment n°9*, §10.

<sup>393</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64, p. 140-151. À vrai dire, le comité vise surtout à éviter la « retrogression » (voir *General comment n°3*, §9). Il n'est alors pas étonnant que le Comité ait progressivement déplacé son approche contextuelle vers les obligations plutôt que le *minimum core* (voir *infra*).



africaine est très claire sur le fait qu'elle doit être interprétée à l'aide du droit international<sup>394</sup>, c'est la Cour qui a choisi d'inclure les traités non ratifiés par l'Afrique du Sud et notamment, de manière significative, le pacte des droits économiques, sociaux et culturels<sup>395</sup> : en réalité, l'interprétation des droits constitutionnels prime sur l'invocabilité du droit international<sup>396</sup>, et la Constitution sud-africaine cite tout aussi bien l'usage du droit étranger quand bien même il semble évident qu'il ne peut avoir force contraignante en droit interne de la même manière<sup>397</sup>, si bien que la meilleure justification semble être, plutôt que positiviste, celle d'un « processus dialogique » global sur les droits et les valeurs<sup>398</sup>.

En Colombie, la Cour a créé le concept de « bloc de constitutionnalité » (*bloque de constitucionalidad*) pour inclure dans la norme constitutionnelle les traités<sup>399</sup> et a notamment inclus le pacte des droits économiques, sociaux et culturels dans son interprétation de la Constitution de 1991<sup>400</sup>. Sa jurisprudence ouverte à la notion de contenu minimal peut sembler expliquer une telle inclusion<sup>401</sup>. Dans leur plaidoyer célèbre pour la justiciabilité des droits sociaux, les argentins Victor Abramovich et Christian Courtis, tout en défendant une approche « empirique » attentive à la « positivation » des droits sociaux dans les systèmes nationaux<sup>402</sup>, s'appuient essentiellement sur les obligations découlant du pacte de 1966 tel qu'interprété par le Comité, qu'ils étendent tant au plan théorique qu'au plan national, puisqu'il s'agit d'une « norme universelle<sup>403</sup> » : des « raisons normatives », avancent-ils, autant que le risque « pratique » d'une opposition entre les juges et le

---

<sup>394</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 39(1)(b).

<sup>395</sup> CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case* (Arthur Chaskalson), §35.

<sup>396</sup> La Constitution sud-africaine institue d'ailleurs un système dualiste aux articles 231 et 232, qui perd toutefois de sa valeur à partir du moment où la Cour interprète la Constitution à l'aide du droit international même non ratifié, et l'article 233 précise que, dans le cas d'un traité ratifié, les juges doivent privilégier une interprétation du droit national compatible. Cette forte intégration du droit international dans l'interprétation constitutionnelle et les limitations à l'invocabilité permettent opportunément à la Cour de ne pas avoir à confronter directement le droit national au droit international en matière de droits sociaux.

<sup>397</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 39

<sup>398</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights : adjudication under a transformative constitution*, Juta, 2010, p. 101 : l'auteure estime que la Constitution montre son « openness and receptiveness to the norms and value of the international community. It also resonates with the reciprocal way in which international law and institutions supported the struggle against Apartheid », après quoi Sandra Liebenberg (qui a participé à l'inclusion des droits sociaux dans la Constitution en s'appuyant notamment sur le droit international, voir *supra*, chapitre 1, section 2, §1) évoque un « dialogic process which includes a range of national and international actors » dans un « cross-cultural dialogue extending across national boundaries », à propos notamment des droits humains. Sur cet argument en lien avec la légitimité de la justice constitutionnelle, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>399</sup> CCC, C-574/92 (Ciro Angarita Baron), le terme apparaissant dans la décision CCC, C-225/95 (Alejandro Martínez Caballero), §12, reliant le terme au bloc de constitutionnalité théorisé en France par Louis Favoreu, qui est cité, alors que l'usage est bien différent ici.

<sup>400</sup> CCC, T-406/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §14.

<sup>401</sup> Voir *infra*.

<sup>402</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2001, p. 15 et 20.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p. 21.

Comité, font que les États sont soumis aux obligations telles qu'interprétées par celui-ci<sup>404</sup>, quand bien même il n'est pas un organe juridictionnel et encore moins un organe constitutionnel des États concernés. Du fait que cette position est plus universaliste que proprement positiviste, et que la question normative est en réalité déplacée vers les obligations pesant sur les États, l'intégration de la dimension éthique et morale du contenu minimal n'est pas réglée. L'intérêt des auteurs, qui défendent une justiciabilité générale, est bien différent de celui des juridictions colombienne ou sud-africaine. À l'inverse, tout en mobilisant ces instruments, les cours des deux pays ont cherché à donner un sens proprement constitutionnel et positif aux droits sociaux.

En réalité, la principale difficulté des approches qui cherchent à fonder les droits sociaux n'est pas tant d'arbitrer entre ces droits et d'autres ou ces droits entre eux<sup>405</sup>, mais plutôt entre les droits sociaux et les ressources publiques. Le Comité l'évoquait dès la formulation du contenu minimal, comme une limitation qui permettait toutes les interprétations basées sur les contextes nationaux possibles : puisque le contenu minimal n'est qu'un objectif qui doit être réalisé en priorité avec le maximum de ressources, certes, mais un « maximum de ressources disponibles<sup>406</sup> », la porte était ouverte à ce que les juges nationaux discutent du minimum en fonction de ces ressources plutôt que d'un minimum en soi, contrairement à ce que des juristes comme David Bilchitz pouvaient attendre. En effet, le problème d'un raisonnement en termes de ressources est qu'il risque de reposer sur les ressources existantes, c'est-à-dire les budgets alloués, alors que l'enjeu de la réalisation des droits sociaux pourrait être compris comme l'extension de ces budgets lorsque la réalisation est insuffisante<sup>407</sup>. Mais le raisonnement juridique et a fortiori lorsqu'il repose explicitement sur la concrétisation inclut une part de réalité sociale qui tient à ce qui est jugé faisable, ce jugement faisant partie d'un discours plus général de l'ordre de la théorie politique et sociale<sup>408</sup>. Plus largement, dans les deux pays, des présupposés relatifs à la nature des droits, au rôle du juge et aux ressources

---

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 76. C'est la position du Comité lui-même, dans son General comment n°9, §14-15 : « *Within the limits of the appropriate exercise of their functions of judicial review, courts should take account of Covenant rights where this is necessary to ensure that the State's conduct is consistent with its obligations under the Covenant. Neglect by the courts of this responsibility is incompatible with the principle of the rule of law, which must always be taken to include respect for international human rights obligations. (...) It is generally accepted that domestic law should be interpreted as far as possible in a way which conforms to a State's international legal obligations.* »

<sup>405</sup> On verra pour cela que les juges déplacent la question vers celle des obligations pesant sur les pouvoirs publics, et c'est d'ailleurs à la « *réalisation progressive* » que le Comité renvoie immédiatement après avoir proposé de parler d'un contenu minimal, voir *infra*, section 2.

<sup>406</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General comment n°3, op. cit.*, §9 : « *in the context of the full use of the maximum available resources* ». Dès lors, « *it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned.* » (*Ibid.*, §9). Le Comité a estimé plus tard, pour le droit à la santé et le droit à l'eau, que le *minimum core* devait être conçu comme un droit indérogable, même si cette évolution n'a été reprise ni en Colombie ni en Afrique du Sud, *General comment n°14, 2000, §47. General comment n°15, 2002, §40.*

<sup>407</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 76, p. 194-195.

<sup>408</sup> Sur l'espace socioéconomique ainsi délimité par les discours, voir *infra*, chapitre 3.

publiques ont permis aux juges d'articuler les arguments textuels, téléologiques et politiques qui relient la justiciabilité des droits à leur contenu.

## §2. Les arguments variables autour du minimum vital

La délimitation d'un contenu des droits sociaux a été écartée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud quand bien même leur justiciabilité ne faisait pas débat (A), et admise en Colombie sous la forme d'un contenu minimal alors pourtant que la justiciabilité exigeait un plus important travail d'interprétation du texte constitutionnel (B).

### A. En Afrique du Sud, une justiciabilité aisée sans contenu minimal

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a reconnu la justiciabilité des droits sociaux, qui était bien fondée textuellement, tout en y posant des limites (1), puis refusé de leur associer un contenu minimal opposable (2).

#### 1. Une justiciabilité reconnue mais limitée par la Cour

L'inscription des droits sociaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 a été faite d'une manière détaillée, qui a donné lieu à une interprétation serrée de la Cour. Les articles 26 pour le logement et 27 pour l'alimentation, la santé, l'eau et la sécurité sociale sont rédigés selon une même structure en trois alinéas. D'un côté,

1. Toute personne a le droit d'avoir accès à un logement adéquat.
2. L'État doit prendre des mesures raisonnables, législatives et autres, dans la limite des ressources dont il dispose, pour assurer la réalisation progressive de ce droit.
3. Nul ne peut être expulsé de son logement, ou voir son logement démoli, sans une décision de justice prise après l'examen de toutes les circonstances pertinentes. Aucune législation ne peut permettre des expulsions arbitraires.<sup>409</sup>

D'un autre côté, d'après l'article 27,

1. Toute personne a le droit d'avoir accès : a. aux services de soins de santé, y compris les soins de santé reproductive ; b. à une nourriture et à une eau suffisantes ; et c. à la sécurité sociale, y compris,

---

<sup>409</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 26 : « 1. *Everyone has the right to have access to adequate housing.* 2. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.* 3. *No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.* »

si elle n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins et à ceux des personnes à sa charge, à une assistance sociale appropriée.

2. L'État doit prendre des mesures raisonnables, législatives et autres, dans la limite des ressources dont il dispose, pour assurer la réalisation progressive de chacun de ces droits.

3. Nul ne peut se voir refuser un traitement médical d'urgence.<sup>410</sup>

La Constitution évoque également l'accès à la terre avec la mention des mesures raisonnables<sup>411</sup> et, avec une structure similaire, les droits de l'enfant<sup>412</sup> et le droit à l'éducation<sup>413</sup>. La question interprétative qui se posait à la Cour constitutionnelle portait sur le sens des biens sociaux visés autant que la nature des obligations pesant sur les pouvoirs publics : elle a choisi d'y répondre ensemble, ce qui n'était pas évident, produisant alors une lecture particulière de la Constitution.

La première décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud sur les droits sociaux, *Soobramoney*, en donne une lecture limitative. La Cour justifie le refus de faire droit à la demande du requérant d'avoir accès à une dialyse pour une insuffisance rénale, et donc valider le raisonnement du gouvernement qui avançait que les soins coûteux du genre ne pouvaient être dispensés qu'aux patients qui avaient de bonnes chances de survivre – l'expertise médicale attestait des difficultés cardio-vasculaires du patient. La Cour affirme alors qu'elle doit se garder de faire des choix budgétaires<sup>414</sup> mais ce n'est pas tant l'incapacité du juge qui fonde ce raisonnement, comme il est souvent dit<sup>415</sup>, que le refus d'aggraver les ressources publiques, du moins en l'espèce. La Cour évalue bien les ressources pour dire qu'elles sont insuffisantes à réaliser les droits et que l'article 27 de la

---

<sup>410</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 27 : « 1. Everyone has the right to have access to a. health care services, including reproductive health care; b. sufficient food and water; and c. social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. 3. No one may be refused emergency medical treatment. »

<sup>411</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 25(5) : « The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis. »

<sup>412</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 28 : « 1. Every child has the right a. to a name and a nationality from birth; b. to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment; c. to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services; d. to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation; e. to be protected from exploitative labour practices; f. not to be required or permitted to perform work or provide services that i. are inappropriate for a person of that child's age; or ii. place at risk the child's well-being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development; g. not to be detained except as a measure of last resort, in which case, in addition to the rights a child enjoys under sections 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be i. kept separately from detained persons over the age of 18 years; and ii. treated in a manner, and kept in conditions, that take account of the child's age; h. to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and i. not to be used directly in armed conflict, and to be protected in times of armed conflict. 2. A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. »

<sup>413</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 29(1) : « 1. Everyone has the right a. to a basic education, including adult basic education; and b. to further education, which the state, through reasonable measures, must make progressively available and accessible. »

<sup>414</sup> CCAS, 27 novembre 1998, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* (Arthur Chaskalson), §29, ci-après *Soobramoney* : « A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters. »

<sup>415</sup> Voir *supra* introduction générale, section 2.

Constitution ne donne pas droit à tout traitement à chacun, un argument pragmatique, mais le fondement normatif avancé par la Cour semble toutefois autre, car elle estime au préalable que la protection de l'accès à un système de soin garanti par l'article 27 exclut l'invocabilité du droit à la vie<sup>416</sup>. Le raisonnement qui suit sur les ressources semble bien justifier cette exclusion, puisque le principe implicite mobilisé selon lequel le spécifique écarterait le général revient nécessairement à examiner les moyens disponibles, dans la lecture que fait la Cour du spécifique. La Cour admet d'ailleurs que le texte ne prévoit pas explicitement que l'invocation subjective soit exclue mais qu'il revient au juge de réaliser une « approche téléologique de l'interprétation de la Constitution<sup>417</sup> » et considérer alors la notion de « ressources disponibles » citée par la Constitution dans les dispositions relatives aux droits sociaux<sup>418</sup>. En l'espèce, la Cour évalue les politiques de santé pour estimer qu'une justiciabilité trop grande du droit en cause priverait d'autres programmes de soin des ressources nécessaires<sup>419</sup>. Le droit à la santé est une illustration typique de l'héritage de l'Apartheid, puisqu'il est composé d'un système public et d'un système privé alors que la majorité des financements publics, dans les années 1990 et 2000, allaient au secteur privé, renforçant encore les effets de l'épidémie du Sida auprès de la majorité la moins aisée de la population<sup>420</sup>.

Avec une telle lecture systématique, la Cour inverse la logique déductive qui voudrait que l'on considère que le texte contient le droit et les obligations qui pèsent sur lui. Elle suit alors le rejet du formalisme vanté par les théoriciens du constitutionnalisme transformateur, mais en vient en réalité à nuancer les contraintes normatives pesant sur l'État en matière de transformation sociale, et cela sans produire d'argument qui puisse être jugé purement juridique. D'une part, la Cour juge que l'article en cause est limité par un autre article tant que le premier n'est pas plus clair<sup>421</sup>. D'autre part, elle ajoute que la spécificité d'un texte, au nom d'une lecture combinée des articles de la Constitution, exclut l'application d'un énoncé plus large. La Cour suppose alors qu'une position déférente à l'endroit des pouvoirs publics serait le principe dans le silence du constituant tandis qu'une conception « généreuse<sup>422</sup> » serait l'exception qui exigerait une clarté textuelle, tout en rejetant un principe plus large comme le droit à la vie. Cela revient à supposer qu'il existe une norme commandant la retenue au nom des ressources publiques. C'est grâce à ce raisonnement que la Cour

---

<sup>416</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §15.

<sup>417</sup> *Ibid.*, §16 : « *purposive approach to the interpretation of the constitution* ».

<sup>418</sup> *Ibid.*, §11 et 19 : « *available resources* ».

<sup>419</sup> *Ibid.*, §23-26.

<sup>420</sup> K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013, p. 179-216, p. 198-199, une situation comparable à la Colombie, voir *infra*.

<sup>421</sup> Pour aller contre une telle interprétation, « *much clearer language than that used in section 27(3) would be required to justify such a conclusion.* » (CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §19)

<sup>422</sup> Ce sont ses mots pour qualifier l'interprétation des droits sociaux (*Ibid.*, §17).

peut juger que le droit à la santé couvre certes les soins urgents, mais qu'en l'espèce, la maladie incurable faisait que l'article 27(3) ne « s'appliquait pas aux faits<sup>423</sup> » puisque la situation ne relevait pas de l'urgence, laquelle est en réalité subordonnée par une lecture téléologique de l'énoncé constitutionnel aux soins « disponibles<sup>424</sup> », ce qui revient à retenir une vision étroite des soins visés par l'urgence. Cette dernière est conçue distinctement de l'accès à la santé des paragraphes (1) et (2) tandis que l'urgence, elle, exclut l'extension de nouveaux soins<sup>425</sup>. La notion d'urgence, qui justifie chez des penseurs comme Sen la délimitation précise des droits sociaux, est ici utilisée pour en limiter l'invocabilité, quand bien même la Cour ressent le besoin de s'appuyer sur les discussions doctrinales en matière de justiciabilité des droits sociaux<sup>426</sup>, hors du contexte sud-africain donc. En outre, le rejet du droit à la vie qui commande cette interprétation en amont relève d'un choix qui n'a rien d'anodin en matière de droits sociaux, puisque ce droit sert souvent de fondement à une large justiciabilité de ces derniers, comme on le verra dans le cas colombien, qui lui-même s'inspire de la jurisprudence de la Cour suprême indienne.

Il n'est alors pas anodin que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, malgré sa lecture systématique du texte constitutionnel, refuse de relier les droits sociaux au droit à la vie. La juridiction se réfère explicitement à la Cour constitutionnelle indienne<sup>427</sup> pour estimer que la différence – puisque les constitutions des deux pays proclament dans des termes similaires le droit à la vie – réside dans une lecture à la fois téléologique et systématique de la Constitution sud-africaine, qui n'a pas toujours à être « généreuse » mais doit parfois être « étroite »<sup>428</sup>, sans que l'on sache bien quel critère permettrait au juge de choisir une approche plutôt qu'une autre. La Cour estime que l'existence d'un article dédié à la santé dans la Constitution sud-africaine et surtout la mention de mesures d'urgence au troisième alinéa 3 de l'article 27, qui permettrait de répondre à la situation de refus de soins qui était l'enjeu de la décision indienne référencée, ne pouvait être reliée à la demande plus vaste que constitue le droit à la vie sans contredire alors les premier et deuxième

---

<sup>423</sup> *Ibid.*, §21.

<sup>424</sup> « *available* », *Ibid.*, §20.

<sup>425</sup> *Contra*, voir l'opinion concurrente d'Albie Sachs.

<sup>426</sup> *Ibid.*, §20.

<sup>427</sup> CCAS, *Soobramoney, op. cit.*, §15-18. La Cour répond alors au requérant qui invoquait la jurisprudence *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, voir *infra*, chapitre 3. La Cour admet en revanche l'invocabilité du droit à la vie y compris en tant qu'il fait peser des obligations positives sur les autorités publiques, en matière pénale, en faisant référence explicitement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, CCAS, 16 août 2001, *Carmichele v. Minister of Safety and Security* (Lourens Ackermann et Richard Goldstone), spec. §45. Sur la jurisprudence de la Cour suprême indienne, voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B, 1.

<sup>428</sup> *Ibid.*, §17.

alinéas qui visent des mesures progressives<sup>429</sup> et sont associées, dans la lecture proposée par la Cour, à une limitation de la réalisation des droits aux ressources disponibles des pouvoirs publics. La Cour semble – sans en faire état – rejeter autant la construction normative de la Cour suprême indienne que celle de la Cour constitutionnelle colombienne lorsqu'elle estime que « dans notre Constitution, le droit au traitement médical ne doit pas être déduit de la nature de l'État établie par la Constitution ou du droit à la vie qu'elle garantit<sup>430</sup> ». Or, la Cour refuse au requérant le bénéfice du droit aux soins d'urgence au motif de « l'état de fait<sup>431</sup> » selon lequel sa maladie ne peut être soignée.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a élargi son raisonnement dans sa deuxième décision, et l'une des plus célèbres, *Grootboom*, en 2001, un jugement unanime rédigé par le juge Zakeria Yacoob qui répondait à 900 requérants, dont 390 adultes et 510 enfants. La plupart d'entre eux se trouvaient sur une liste d'attente afin d'obtenir un logement de la municipalité, depuis parfois plus de 7 ans, sans réponse malgré des demandes répétées, si bien qu'ils avaient installé leurs abris de fortune sur un terrain privé prévu pour construire des logements sociaux. Les occupants en avaient été expulsés après une injonction de la Magistrates' court obtenu par le propriétaire et exécuté par la ville dans des conditions qui « rappellent les pratiques de l'Apartheid<sup>432</sup> » selon la Cour – une analogie factuelle qui ne peut qu'orienter la décision prise – avant de s'installer sur un terrain municipal où leurs conditions demeuraient « déplorables<sup>433</sup> ». Les requérants invoquaient les articles 25(5) pour la terre, 26 pour le logement, 27 pour l'alimentation, la santé, l'eau et la sécurité sociale, 28 pour les droits de l'enfant et 29(1) pour l'éducation. Confirmant partiellement la décision de la High Court<sup>434</sup>, la Cour constitutionnelle affirme la justiciabilité de l'ensemble de ces droits en s'appuyant directement sur les dispositions du texte constitutionnel. Elle cite les différentes dispositions relatives aux droits sociaux pour juger qu'elles sont toutes justiciables, puisque placées

---

<sup>429</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §19 : « In our Constitution the right to medical treatment does not have to be inferred from the nature of the state established by the Constitution or from the right to life which it guarantees. It is dealt with directly in section 27. If section 27(3) were to be construed in accordance with the appellant's contention it would make it substantially more difficult for the state to fulfill its primary obligations under sections 27(1) and (2) to provide health care services to "everyone" within its available resources. It would also have the consequence of prioritising the treatment of terminal illnesses over other forms of medical care and would reduce the resources available to the state for purposes such as preventative health care and medical treatment for persons suffering from illnesses or bodily infirmities which are not life threatening. In my view much clearer language than that used in section 27(3) would be required to justify such a conclusion. ».

<sup>430</sup> *Ibid.*, §19.

<sup>431</sup> *Ibid.*, §21 : « This is not an emergency which calls for immediate remedial treatment. It is an ongoing state of affairs resulting from a deterioration of the applicant's renal function which is incurable. »

<sup>432</sup> CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, (Zakeria Yacoob), ci-après *Grootboom*, §10. Pour un résumé des faits, voir §4-12.

<sup>433</sup> *Ibid.*, §7.

<sup>434</sup> La High court avait lancé à l'issue d'une première décision une procédure de médiation et ordonné le relogement des personnes les plus fragiles. Les requérants ont obtenu la seconde décision, qui condamne les autorités publiques, après l'échec de l'exécution de la première. Ce sont les autorités publiques qui se pourvoient en cassation de ce second jugement d'appel devant la Cour constitutionnelle. La Cour rejette la violation de l'article 28, qui avait été acceptée par la High Court du Cap quand celle-ci, en revanche, refusait reconnaître une violation de l'article 26 comme le fait la Cour constitutionnelle.

dans une même déclaration, laquelle députe par l'article 7(2) selon lequel l'État doit « respecter, protéger, promouvoir et mettre en œuvre les droits de la déclaration des droits<sup>435</sup> ».

Pour la Cour, c'est la mise en œuvre des droits « au cas par cas » qui pose une difficulté d'interprétation<sup>436</sup> : elle avait déjà refusé de considérer la justiciabilité des droits sociaux en eux-mêmes dans son jugement de certification du texte constitutionnel, qui relevait donc d'un contrôle abstrait, tout en estimant paradoxalement qu'il n'y avait aucune différence de nature entre les droits sociaux et les droits civils et politiques, même du point de vue des obligations positives et du coût engendré par les décisions judiciaires<sup>437</sup>. La Cour n'a pourtant pas hésité dans sa troisième décision portant sur les articles 26 et 27, en réponse à la question de savoir s'ils étaient justiciables, que « clairement, ils le sont<sup>438</sup> ». Le « clairement » fait ici penser aux cas faciles que les théoriciens d'un positivisme axiologiquement neutre associent à des énoncés clairs<sup>439</sup>. Des droits économiques, sociaux et culturels sont bien présents dès les documents de travail publiés par l'ANC en 1990 en vue de la négociation constitutionnelle en évoquant déjà la réalisation progressive dans la limite des ressources disponibles d'un « seuil de droits minimaux » concernant la santé, l'éducation, l'abri et un revenu minimum, à côté de droits relatifs au travail, à la sécurité sociale, à l'éducation et des enfants<sup>440</sup>. Mais la justiciabilité n'était accordée qu'en général, sans préciser sur quels articles elle portait<sup>441</sup>, et ce n'est qu'en 1991 que cette approche commence à gagner les dirigeants de l'ANC et les juristes dont beaucoup préfèrent encore les principes programmatiques aux droits<sup>442</sup>, à l'issue d'une mobilisation des universitaires qui y sont favorables<sup>443</sup>. C'était le cas par exemple d'Etienne Mureinik, qui associe son image d'une culture de justification à la reconnaissance d'obligations d'agir

---

<sup>435</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 7(2) : « *respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights* ». La formule vient de la théorisation d'Henry Shue, reprise par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels, voir *infra*.

<sup>436</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §20 : « *The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case. This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis.* »

<sup>437</sup> CCAS, 6 septembre 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* (unanime), §76-78.

<sup>438</sup> CCAS, 5 juillet 2002, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (unanime), ci-après *TAC*, §25 : « *clearly, they are* »/.

<sup>439</sup> Sur le rapport entre texte, contexte et interprétation, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>440</sup> ANC, « A bill of rights for a democratic South Africa : Working draft for consultation », *South African Journal on Human Rights*, vol. 7, n° 1, 1991, p. 110-123, article 10.

<sup>441</sup> *Ibid.*, article 16(1).

<sup>442</sup> La Charter for social justice rédigée par de nombreux juristes en 1992, dont la future membre de la Cour Kate O'Regan, pour influencer la négociation constitutionnelle réduit les droits sociaux à des dispositions programmatiques, voir D. DAVIS, « The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles », *South African Journal of Human Rights*, vol. 8, 1992, p. 475-490. L'auteur est également connu pour son approche délibérative et procédurale de la démocratie, à rebours de la vision consensuelle qui associe cette approche à la garantie juridictionnelle des droits sociaux en Afrique du Sud, voir *infra*, chapitres 7 et 8.

<sup>443</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 11-12, qui met en valeur le changement de position au sein de l'influente South African Law Commission entre 1986 et 1994, après avoir entendu de nombreux universitaires. Pour la négociation de 1993, voir L.M. DU PLESSIS, H. CORDER, *Understanding South Africa's transitional Bill of rights*, Juta & Co., 1994, p. 40-46.



pour le gouvernement, notamment en matière de droits sociaux<sup>444</sup>. C'était également le sens du discours de Nelson Mandela lors d'une conférence du Constitutional committee de l'ANC, en 1991 :

Nous laissons au pouvoir judiciaire le soin de déterminer quels droits sont directement applicables par les individus. Nous serions surpris si des droits tels que le droit à l'eau potable, à une alimentation minimale et à l'éducation des adultes ne pouvaient être appliqués par les tribunaux.<sup>445</sup>

En 1996, le Comité technique préparant le texte constitutionnel a joué un rôle crucial en estimant, sur la base d'une étude de droit comparé, que « les droits fondamentaux universellement acceptés » visés laconiquement en 1993 dans les principes que le Constituant devant respecter en 1996 sous le contrôle de la Cour constitutionnelle incluait les droits sociaux. Mais le Comité estime également dans son rapport que la réalisation des droits doit pouvoir respecter les ressources et la capacité de l'État et que le législateur, et non le juge, doit être l'organe principal de cette réalisation, d'où le choix du terme de réalisation progressive, emprunté par les membres du comité au pacte de 1966<sup>446</sup>. La jurisprudence de la Cour déçoit lorsqu'elle s'éloigne de l'interprétation donnée par le Comité onusien mais aussi de celle du Comité technique<sup>447</sup>, mais elle n'a fait qu'exploiter les limites ouvertes par les deux comités. La Cour juge en effet que l'on ne peut considérer les droits sociaux comme les droits universellement acceptés prévus par le texte de 1993<sup>448</sup>, mais sans fermer la porte d'une telle possibilité qu'elle reconnaitra ensuite sur la base du texte de 1996.

## 2. Le rejet d'un contenu minimal

Toujours dans la décision *Grootboom*, à l'aide d'une lecture qu'elle qualifie là encore de systématique de la Constitution<sup>449</sup>, le juge refuse d'accorder un droit subjectif au logement. La terminologie utilisée trahit une certaine condescendance : « Ni l'article 26, ni l'article 28 ne permettent aux requérants de réclamer un abri ou un logement à la demande et immédiatement<sup>450</sup> ». Comme a pu l'écrire Mark Tushnet depuis le contexte américain, la Cour parle alors le « langage de

---

<sup>444</sup> E. MUREINIK, « Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution », *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, n° 4, 1992, p. 464-474, spec. p. 473. Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

<sup>445</sup> Cité par S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 8 : « We leave it to the judiciary to determine which rights are directly enforceable at the instance of individuals. We shall be surprised if such rights as the right to clean water, to minimum nutrition and to adult education cannot be enforced by courts. »

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 16-19 (l'auteure était membre du comité).

<sup>447</sup> La critique de la prudence de la Cour formulée par Sandra Liebenberg prend alors une couleur particulière puisque l'auteure a été membre du Comité technique qui s'est inspiré du pacte de 1966 précisément pour que la Cour s'inspire du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dont elle a ultérieurement été la vice-présidente.

<sup>448</sup> CCAS, *Ex parte Chairperson of the Constitutional assembly : in re certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, *op. cit.*, §78.

<sup>449</sup> CCAS *Grootboom*, *op. cit.*, §24 : « Socio-economic rights must all be read together in the setting of the Constitution as a whole ». La Cour parle également d'une « interconnectedness ».

<sup>450</sup> *Ibid.*, §95 : « Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter or housing immediately upon demand ».

la non-justiciabilité<sup>451</sup> ». Les deux *amici curiae* invoquaient le célèbre rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de 1990 qui établissait la notion de contenu minimal<sup>452</sup>. Or, la Cour sud-africaine s'appuie sur un argument textuel pour noter la différence entre le Pacte de 1966 et la Constitution nationale, le premier évoquant un « droit à un logement adéquat » quant au contenu et des « étapes appropriées » quant aux mesures à adopter par les pouvoirs publics, quand la seconde évoque un « droit d'accès » et des « mesures raisonnables »<sup>453</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels n'était toutefois pas étranger à l'idée d'une progressivité puisqu'il insistait dès la formulation du contenu minimal sur la notion de « réalisation progressive »<sup>454</sup>, terme repris par la Constitution sud-africaine de 1996. Il ne s'agit pas d'un simple accès ou d'un caractère raisonnable, et le Comité a pu préciser que les droits du pacte étaient d'effets directs<sup>455</sup>.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud élabore cependant dans *Grootboom* une seconde ligne argumentative qui repose sur le contexte<sup>456</sup> et qui s'éloigne de la lecture purement textuelle. elle estime que son refus de fixer un contenu minimal n'est pas absolu mais simplement lié à l'espèce, du fait qu'elle manquait d'informations, contrairement au comité onusien :

Tout cela illustre la difficulté de la tâche de déterminer un contenu minimal d'obligations pour la réalisation progressive du droit à l'accès à un logement adéquat sans avoir les informations requises sur les besoins et opportunités de la réalisation d'un tel droit. Le Comité a développé le concept de contenu minimal après des années d'examen des rapports des États. La Cour ne dispose pas d'informations comparables.<sup>457</sup>

La Cour ne s'appuie alors pas tant sur le texte constitutionnel que sur une idée courante selon laquelle les juges n'auraient pas la capacité institutionnelle de régler les litiges relatifs aux droits sociaux, qui ont été qualifiés de polycentrique<sup>458</sup>, en quoi elle a tempéré les attentes des juristes qui avaient milité pour l'inclusion du droit international, dont celui du Comité, dans la Constitution sud-africaine<sup>459</sup>. Un deuxième argument non-textuel de la Cour relève de son approche

---

<sup>451</sup> M. TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Texas Law Review*, vol. 82, n° 7, 2004, p. 1895-1920, p. 1904.

<sup>452</sup> Voir note 391, *supra*.

<sup>453</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §27-28 : « right to adequate housing », « appropriate steps », « right of access », « reasonable measures ».

<sup>454</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, General comment n°3, *op. cit.*, §9 : « progressive realization ».

<sup>455</sup> Voir *supra*, section 1, §1, B).

<sup>456</sup> Plutôt que de contexte, la Cour semble invoquer la lecture systématique des articles 26 et 27 – « are related and must be read together » (CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §34) – telle qu'elle est défendue ultérieurement dans TAC.

<sup>457</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §32 : « All this illustrates the complexity of the task of determining a minimum core obligation for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without having the requisite information on the needs and the opportunities for the enjoyment of this right. The committee developed the concept of minimum core over many years of examining reports by reporting states. This Court does not have comparable information ».

<sup>458</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §1.

<sup>459</sup> Voir *supra*, section 1, §2, B, 2. On pense notamment à l'action de Sandra Liebenberg au sein du comité technique qui conseillait les négociateurs.

contextualiste : les besoins individuels varient trop pour pouvoir définir le contenu d'un droit<sup>460</sup>, ce qui est typique des discours pragmatiques au sein des théories de la justice lorsqu'ils refusent de donner une nature des droits.

La Cour laisse néanmoins ouverte la possibilité de définir un tel contenu minimal à l'avenir<sup>461</sup>. L'usage du contexte permet donc de ne pas prendre une décision trop forte en en réservant la possibilité pour l'avenir<sup>462</sup>, même si l'on peut penser que la seconde ligne argumentative contredit la première. En effet, si la Cour élabore son contrôle sur le fondement du texte, pourrait-elle, au nom du même texte, en élaborer un autre qui proclame non plus seulement l'adoption de mesures adéquates mais l'accès au logement ? En outre, l'argument contextuel s'appuie sur un présupposé difficile à renverser malgré la casuistique quant au rôle du juge, puisque la Cour semble ici reprendre l'idée commune qu'en matière de droits sociaux, les juridictions manquent d'informations pour orienter les politiques publiques alors même qu'elle a pu, on l'a vu, s'exprimer sur l'état des ressources publiques pour restreindre la justiciabilité des droits.

La Cour a suivi un raisonnement similaire dans la décision *Treatment Action Campaign (TAC)*. La situation présentait une similarité avec *Soobramoney* mais les requérants recevaient alors une réponse favorable. Le Gouvernement avait été condamné par la High Court de Pretoria pour avoir posé des restrictions à l'accès au Nevirapine, un médicament rétroviral agissant contre la transmission du VIH de la mère à l'enfant, autorisé en Afrique du Sud, mais restreint à des centres de recherche, et dont l'ONG *Treatment Action Campaign* plaidait pour une distribution plus large<sup>463</sup>. La Cour confirme la décision au motif que le médicament en question ne coûtait rien et était facile à administrer, tout en étant reconnu comme efficace par la médecine<sup>464</sup>, mais elle se refuse à déclarer que le droit à la santé est invocable en lui-même et doté d'un contenu minimal. Les deux *amici curiae* de l'Institute for democracy in South Africa et du Community law centre, auxquels répond la Cour, distinguaient pourtant d'une part les articles 9, 24 et 25 sur l'égalité, l'environnement et les terres, en notant qu'ils appelaient explicitement à des mesures législatives, des articles 26 et 27 d'autre part qui, eux, portent sur les droits dans un premier paragraphe, noté (1), et sur l'obligation de prendre des mesures raisonnables dans un second, noté (2). Il s'en serait suivi selon ces organisations que la

---

<sup>460</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §33.

<sup>461</sup> *Ibid.*, §33 : « *There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right.* »

<sup>462</sup> Sur l'usage du contexte dans le contentieux des droits, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>463</sup> Pour un résumé des faits et de la procédure, avec de nombreuses données médicales, voir CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §10-43.

<sup>464</sup> *Ibid.*, §71-73.

Constitution appellerait à définir un contenu minimal aux droits dans un premier temps puis seulement à définir les obligations.

La Cour refuse cette argumentation sur deux points qui prolongent la contradiction déjà observée dans la décision *Soobramoney*. Dans un premier temps, la Cour estime qu'il faut opérer une interprétation systématique des articles de la Constitution et donc prendre ensemble les paragraphes<sup>465</sup> : lorsque les articles 26(2) et 27 (2) évoquent les mesures à réaliser pour mettre en œuvre les droits, « la référence à ce droit est clairement une référence au droit de l'article 26(1)<sup>466</sup> », et de l'article 27(1). Or, dans un second temps qu'elle ne distingue pas du premier, comme dans *Soobramoney* qu'elle cite abondamment, la Cour précise que les « droits eux-mêmes » contenus dans les articles 26(1) et 27(1) sont limités par le manque de ressources. Selon la Cour, le raisonnement de *Soobramoney* visait les obligations des articles 26(2) et 27(2) mais les « droits correspondants » étaient les articles 26(1) et 27(1) qui éclairent alors les articles 26(2) et 27(2)<sup>467</sup>. Il semble étrange que la Cour reprenne ici encore l'argument des ressources pour évoquer la limitation des droits. Est-ce à dire que ce lien est fait sur la base d'une limitation du droit par les réalités des obligations correspondantes en termes de ressources ? Cela n'a alors rien à voir avec un lien sémantique indissociable entre les articles 26(1) et 27(1) d'un côté et 26(2) et 27(2) d'un autre. On pourrait en effet tout à fait définir les obligations en fonction du droit puis définir, par ailleurs, un contenu minimal pour un droit. L'argument des *amici curiae* n'est donc pas tout à fait défectueux et la juridiction semble bien plutôt le contourner. Lire les articles 26(2) et 27(2) comme intrinsèquement lié aux articles 26(1) et 27(1) permet à la Cour de venir introduire la notion de ressources dès la définition du droit. Il est particulièrement intéressant que la Cour invoque alors une interprétation « téléologique » et « progressiste »<sup>468</sup> pour inclure une telle limitation des droits. Une autre ligne argumentative semble être mobilisée lorsque la Cour dit, sans développer plus avant, qu'il serait « impossible de donner à chacun l'accès immédiat même à un contenu minimal<sup>469</sup> », sans que l'on sache si cette impossibilité relève d'un regard pragmatique sur l'action publique ou de l'incapacité institutionnelle qu'invoque la Cour par ailleurs<sup>470</sup>.

---

<sup>465</sup> *Ibid.*, §29 : « *Implicit in that contention is that the content of the right in subsection (1) differs from the content of the obligation in subsection (2). This argument fails to have regard to the way subsections (1) and (2) of both sections 26 and 27 are linked in the text of the Constitution itself, and to the way they have been interpreted by this Court in Soobramoney and Grootboom.* »

<sup>466</sup> *Ibid.*, §30 : « *The reference to 'this right' is clearly a reference to the section 26(1) right.* »

<sup>467</sup> *Ibid.*, §31 : « *rights themselves* » et « *corresponding rights* ».

<sup>468</sup> *Ibid.*, §35 : « *A purposive reading of sections 26 and 27 does not lead to any other conclusion. It is impossible to give everyone access even to a 'core' service immediately. All that is possible, and all that can be expected of the state, is that it act reasonably to provide access to the socio-economic rights identified in sections 26 and 27 on a progressive basis.* »

<sup>469</sup> *Ibid.*, §33.

<sup>470</sup> *Ibid.*, §38 : « *Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for courts.* » Pour cet argument, en rapport avec l'exécution des décisions, voir *infra*, chapitre 7.

Le refus d'accorder un contenu minimal est apparu encore plus vivement dans la décision *Mazibuko* puisque la High Court puis la Cour suprême d'appel avaient estimé, en se fondant sur le droit à la vie, la dignité, l'article 27(1)(b) – qui évoque l'eau – et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels que la quantité d'eau gratuite fournie aux habitants du bidonville de Phiri était insuffisante, et donc la politique publique en cause inconstitutionnelle. Les deux juridictions de première instance et d'appel ont de surcroît imposé un montant de 50 litres par personne et par jour pour la première et de 42 litres et personne et par jour pour la seconde, ainsi que l'obligation de remplacer les compteurs à prépaiement par des compteurs ordinaires permettant de consommer avant d'avoir à payer l'eau<sup>471</sup>. Ces juridictions ont alors fixé un minimum vital, comme le souhaiteraient David Bilchitz et Amartya Sen, sur la base des rapports d'experts et des témoignages des habitants relativement aux usages de l'eau pour l'alimentation, la cuisine et l'hygiène<sup>472</sup>. Or, la Cour constitutionnelle a annulé les décisions des juridictions ordinaires et jugé que la politique déjà mise en place par les autorités publiques, avec 25 litres par jour et par habitant, était suffisante et raisonnable<sup>473</sup>. Reprenant la jurisprudence antérieure, la Cour ne s'estime pas en capacité de fixer un minimum et s'en tient à l'appréciation de la politique mise en place au nom de la séparation des pouvoirs et des compétences du pouvoir judiciaire<sup>474</sup>. La Cour affirme alors que

ce qu'exige un droit varie dans le temps et les contextes. Fixer une un contenu quantifiable pourrait, d'une manière contreproductive et rigide, empêcher une analyse contextuelle. Le concept du caractère raisonnable place le contexte au centre du contrôle et permet une évaluation du contexte afin de déterminer si une politique publique est raisonnable.<sup>475</sup>

Ici, les autorités publiques elles-mêmes avaient fixé un montant d'eau gratuite, laissant la Cour le juger suffisant sans que cela ne constitue un contenu minimal qu'elle ferait découler de la Constitution, et sans considérer même, au-delà de la question chiffrée, que l'interruption des

---

<sup>471</sup> South Gauteng High Court, 2008, *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae), 2008 4 All SA 471 (W). Supreme court of appeal, 2009, *City of Johannesburg and Others v Mazibuko and Others* (Centre on Housing Rights and Evictions as amicus curiae) 2009 (3) SA 592 (SCA); 2009 (8) BCLR 791 (SCA), voir notamment §181-183 et, pour l'analyse contextuelle complète de la fourniture d'eau dans la zone, §151-179.

<sup>472</sup> *Ibid.*, §21-24.

<sup>473</sup> CCAS, 8 octobre 2009, *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others* (Kate O'Regan) ci-après *Mazibuko*. La Cour estime notamment que le montant alloué est « généreux » eu égard au foyer moyen (*Ibid.*, §89). Sur le test du caractère raisonnable, voir *infra*, section 2, §1. B. 3.

<sup>474</sup> *Ibid.*, §51-68.

<sup>475</sup> *Ibid.*, §60 : « *what the right requires will vary over time and context. Fixing a quantified content might, in a rigid and counter-productive manner, prevent an analysis of context. The concept of reasonableness places context at the centre of the enquiry and permits an assessment of context to determine whether a government programme is indeed reasonable.* »

compteurs en l'absence de pré-paiement n'était pas une discontinuité du service mais une suspension temporaire<sup>476</sup>.

## **B. En Colombie, une justiciabilité progressive et un contenu minimal**

La Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré une jurisprudence audacieuse à la fois sur la justiciabilité des droits sociaux (1) et leur contenu minimal (2), en apportant toutefois, comme la Cour sud-africaine, une limite relative aux ressources publiques.

### *1. Une doctrine prétorienne de la justiciabilité des droits*

La Constitution colombienne de 1991 évoque la chose sociale et la solidarité dès son premier article, lorsqu'elle affirme que

La Colombie est un État social de droit, qui prend la forme d'une République unitaire, décentralisée, démocratique, participative et pluraliste, avec une autonomie de ses collectivités territoriales, fondée sur le respect de la dignité humaine, sur le travail et la solidarité des personnes qui la composent et sur la prévalence de l'intérêt général.<sup>477</sup>

Un premier chapitre du titre deux proclame de nombreux droits, dont le droit à la vie, à l'égalité, à la négociation collective et au syndicat, à l'intimité, au libre développement de la personnalité, tandis qu'un chapitre deux du même titre vise la vie familiale, l'égalité entre les sexes, la protection de l'enfance, la sécurité sociale, la vie digne, la négociation collective et le fait de se syndiquer, l'éducation ou encore l'autonomie des universités, le patrimoine culturel et à expression artistique libre<sup>478</sup>. Les obligations de l'État sont associées à la prestation, par exemple à l'article 48 :

La Sécurité sociale est un service public obligatoire qui est assuré sous la direction, la coordination et le contrôle de l'État, dans le respect des principes d'efficacité, d'universalité et de solidarité, dans les conditions fixées par la loi. Tous les habitants se voient garantir le droit inaliénable à la sécurité sociale (...). La loi définit les moyens d'assurer le maintien de la valeur des ressources affectées aux pensions.<sup>479</sup>

Ou à l'article 49 relatif à la santé :

---

<sup>476</sup> *Ibid.*, §117.

<sup>477</sup> Constitution de Colombie, article premier : « *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.* »

<sup>478</sup> Constitution de Colombie, chapitre II du titre II, articles 42 à 77.

<sup>479</sup> Constitution de Colombie, article 48 : « *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...). La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.* ».

Les soins de santé et l'environnement sain sont des services publics fournis par l'État. Toute personne se voit garantir l'accès aux services de promotion, de protection et de rétablissement de la santé. Il incombe à l'État d'organiser, de diriger et de réglementer la fourniture de services de santé à la population et l'environnement sain, conformément aux principes d'efficacité, d'universalité et de solidarité. Il est également chargé d'établir des politiques de soins des entités privées, ainsi que de les surveiller et de les contrôler. Il établit de même les compétences de la Nation, des collectivités territoriales et des individus et détermine les contributions qu'ils doivent verser dans les conditions prévues par la loi.<sup>480</sup>

Le chapitre 3 contient des droits relatifs à l'environnement. L'article 366, lui, dispose que

Le bien-être général et l'amélioration de la qualité de vie de la population sont des objectifs sociaux de l'État. La réponse aux besoins non satisfaits en matière de santé, d'éducation, d'environnement sain et d'eau potable constitue un objectif fondamental de son activité. À ces fins, dans les programmes et les budgets de la Nation et des collectivités territoriales, les dépenses sociales publiques ont la priorité sur toute autre affectation.<sup>481</sup>

L'enjeu interprétatif pour la Cour a été relatif à la justiciabilité de ces dispositions, au contenu des biens sociaux attribués, et enfin à la nature des obligations pesant sur les pouvoirs publics.

La Cour constitutionnelle de Colombie n'a eu aucun mal à associer des obligations positives à une vision substantiellement riche du corps social, en s'appuyant sur une vision riche de la dignité humaine, de l'autonomie, de l'égalité et du principe d'État social de droit<sup>482</sup>. Elle reprend alors le vocabulaire de l'approche capacitaire, comme lorsqu'elle déclare que

le terme 'social' indique que l'action de l'État doit viser à garantir des conditions de vie dignes à ses membres. En d'autres termes, ce concept souligne que la volonté de l'Assemblée constituante à l'égard de l'État ne se limite pas à exiger qu'il n'interfère pas avec les libertés des personnes ou qu'il ne les restreigne pas, mais qu'il doit également prendre des mesures pour contrecarrer les inégalités

---

<sup>480</sup> Constitutin de Colombie, article 49 : « *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.* »

<sup>481</sup> Constitution de Colombie, article 366 : « *El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.* »

<sup>482</sup> Voir *infra*, chapitre 4.

sociales existantes et offrir à chacun les opportunités nécessaires pour développer ses capacités et surmonter les difficultés matérielles.<sup>483</sup>

Le parcours vers cette interprétation n'avait rien d'une évidence. Si l'on s'en tient à une lecture littérale, les dispositions relatives aux droits sociaux semblent distinctes de celles relatives aux droits civils et politiques dans la Constitution colombienne de 1991. Au mieux, on peut retenir que la formulation du texte est « ambiguë<sup>484</sup> » : tandis que l'article 86 permet la *tutela* pour les « droits fondamentaux » sans dire ce qu'ils sont<sup>485</sup>, l'article 85 donne une liste de droits « d'application immédiate » qui n'inclut pas les droits sociaux – sans les exclure explicitement<sup>486</sup>. Ceux-ci sont consacrés dans un chapitre distinct et notamment à l'article 366 qui évoque les « finalités sociales de l'État », et si les obligations sont souvent mises à la charge de l'État, la sémantique du texte mêle la garantie « à tous » aux références au législateur, visé à plusieurs reprises en ce qu'il doit mettre en œuvre les droits cités. Est-ce à dire que ces droits sont de simples directives ou principes, selon une distinction doctrinale influente ?<sup>487</sup> Avec une certaine créativité qui n'est pas étrangère à une création<sup>488</sup>, la Cour constitutionnelle de Colombie a néanmoins reconnu une justiciabilité directe des droits sociaux par le mécanisme de la *tutela*. Sa jurisprudence a évolué en deux temps.

La Cour a d'abord estimé que les droits sociaux n'étaient pas justiciables en eux-mêmes mais qu'ils étaient susceptibles d'un recours en *tutela* du fait de leur « connexité » avec les droits fondamentaux. Dans la décision qui inaugure cette doctrine en 1992, la Cour consacre un « droit à la subsistance » ou « droit au minimum vital » - c'est le second terme qui restera dans la jurisprudence. Rien de cela ne figurait dans le texte constitutionnel. Elle relie ce droit nouveau d'une part aux droits à la vie, au travail, à l'assistance, à la sécurité sociale, d'autre part aux « principes » que sont l'État social de droit et la dignité de la personne humaine<sup>489</sup>. Le droit à un minimum vital est ensuite devenu dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie un droit aux biens sociaux de base jugés nécessaires à la vie digne, qui peuvent autant être les salaires et pensions,

---

<sup>483</sup> CCC, SU-747/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz) : « con el término 'social' se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. »

<sup>484</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017, p. 150.

<sup>485</sup> Constitution de Colombie, article 86 : « Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. »

<sup>486</sup> Constitution de Colombie, article 85 : « Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. »

<sup>487</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §1.

<sup>488</sup> Pour une analyse plus détaillée de cette distinction, voir *infra*, chapitres 5 et 6.

<sup>489</sup> CCC, T-426/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §4 et 5, « derecho a un mínimo vital » ou « derecho a la subsistencia ».



par exception au droit du travail<sup>490</sup>, que l'alimentation, le logement, les services sociaux ou les soins urgents, soit ce que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud entend plus largement par « droits sociaux » et qu'elle restreint aux biens mentionnés aux articles 26 et 27.

Dans l'espèce de la décision fondatrice T-426/92, un homme âgé en grande précarité, ne pouvant bénéficier d'une opération chirurgicale, demandait à sa caisse de pension une substitution de sa pension à sa fille qui l'aidait. Sa caisse ne traite pas le dossier et la demande en justice du concerné est rejetée en première instance, au motif que le droit à la santé n'est pas un droit fondamental qui peut faire l'objet d'une *tutela*. Toutefois, la Cour constitutionnelle estime que la notion de droit fondamental, permettant une *tutela*, incluait les droits sociaux et notamment un « droit à la subsistance » ou « droit au minimum vital » (*derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital*), qui n'est pas évoqué dans le texte de 1991. Comme fondement textuel à sa décision, la Cour évoque une « unité normative de la Constitution » et une « interprétation systémique »<sup>491</sup> : on pourrait alors trouver des « éléments matériels nécessaires à la subsistance » dans l'ensemble des dispositions relatives aux droits sociaux ainsi que dans le droit à la vie<sup>492</sup>, dans le principe d'État social de droit et la dignité humaine inscrits à l'article premier qui confierait aux autorités publiques le mandat de réaliser certains objectifs socio-économiques<sup>493</sup>. Dès lors, pour la Cour, un droit comme le droit à la santé, le droit à la sécurité sociale ou le droit à un minimum de subsistance « acquiert le caractère de droit fondamental, selon les circonstances de l'affaire, quand son absence de justiciabilité fait peser un risque sur les autres droits fondamentaux (...) »<sup>494</sup>, en particulier le droit à la vie. De toute évidence, le droit à la vie présente alors un intérêt « stratégique » par son poids normatif, aussi bien

---

<sup>490</sup> CCC, T-063/95 (Jose Gregorio Hernandez Galindo) pour les salaires. CCC, T-246/96 (Jose Gregorio Hernandez Galindo) pour les pensions.

<sup>491</sup> CCC, T-426/92, *op. cit.*, §7.

<sup>492</sup> *Ibid.*, §4 : « Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. ». De même, « El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46). » (*Ibid.*, §9).

<sup>493</sup> *Ibid.*, §6 : « El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales (...) ». Dès lors, « Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. » L'article premier de la Constitution de Colombie énonce en effet : « Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. »

<sup>494</sup> *Ibid.*, §9.

juridique – il est protégé par la plupart des textes nationaux et internationaux - que moral<sup>495</sup>, et c'est sans doute pour cela que la juridiction sud-africaine refusait de l'utiliser dans ses décisions précautionneuses vis-à-vis des droits sociaux<sup>496</sup>. La Cour colombienne a précisé son approche en écrivant que le droit à la santé était un

droit fondamental par connexité, ceux qui, bien qu'ils ne soient pas désignés ainsi dans le texte constitutionnel, sont néanmoins à classer comme tels en vertu de la relation intime et inséparable qu'ils entretiennent avec d'autres droits fondamentaux, de sorte que si les premiers n'étaient pas immédiatement protégés, les second seraient violés ou menacés. Dans le cas de la santé, qui n'est pas en principe un droit fondamental, il entre dans cette catégorie lorsque la négligence à l'égard du malade menace de mettre en danger son droit à la vie.<sup>497</sup>

La référence au texte colombien n'est pas suffisante pour comprendre cette construction, qui ne tient pas qu'à une lecture littérale dans le discours même du juge. La décision T-406/92 inaugure le raisonnement qu'elle a suivi par la suite en matière de droits fondamentaux. La Cour était saisie d'une affaire où les travaux d'amélioration du réseau d'eaux usées menées par une société publique à Cartagène étaient à l'arrêt, causant des débordements et des odeurs désagréables. Un habitant invoque l'application de l'article 88 sur le droit à la santé et de l'article 79 sur les droits collectifs, qui ne sont pas inscrits dans le chapitre des droits fondamentaux susceptibles de *tutela*. Le Tribunal administratif de Bolivar puis le Conseil d'État refusent la demande<sup>498</sup>, mais la Cour constitutionnelle donne droit à la requête. Tout en reconnaissant que le constituant n'avait presque pas évoqué la notion de droits fondamentaux, sauf à l'y voir dans l'idée d'efficacité de la déclaration des droits<sup>499</sup>, la Cour s'appuie surtout sur le refus des constituants d'élaborer une liste exhaustive des droits. Il resterait au juge d'élaborer la notion de droits fondamentaux à partir, mais au-delà du texte, selon les critères précités, que le juge réunit en deux temps chacun subdivisé en trois ou deux critères<sup>500</sup>. Il s'agirait d'abord d'évaluer des « exigences essentielles » que sont le lien aux principes,

---

<sup>495</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64, p. 129.

<sup>496</sup> Pour une analyse de ce refus et des conceptions de la dignité envisagées, voir *infra*, chapitre 4.

<sup>497</sup> CCC, T-571/92, *op. cit.*, §2 : « *derecho fundamental por conexidad, los cuales son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.* »

<sup>498</sup> Une question plus précise portait sur l'application du décret 2591 de 1991 qui permettait la *tutela* pour les droits collectifs de manière transitoire s'il y avait un préjudice irrémédiable, le requérant estimant que ce préjudice était à venir pour le futur en l'espèce, ce que rejettent le Tribunal administratif et le Conseil d'État.

<sup>499</sup> CCC, T-406/92, §14. La Cour élabore alors son raisonnement à partir de cette idée d'efficacité, qu'elle définit de manière factuelle, en en faisant l'induction vers laquelle s'élaborerait l'ensemble normatif et systémique que serait la Constitution, au-delà des dispositions isolées, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>500</sup> *Ibid.*, §15.

l'efficacité et le contenu essentiel. Le juge pourrait ensuite distinguer les droits selon que la consécration est expresse, provient d'une connectivité à un autre droit, ou du caractère inhérent à la personne, d'une part, et de critères factuels, tenant aux faits de l'espèce, et au consensus social et politique du moment, d'autre part.

La Cour assume alors une interprétation qui n'est pas textualiste en incluant des éléments que l'on pourrait qualifier de sociologiques, mais elle assume également explicitement un jusnaturalisme lorsqu'elle précise qu'au sein de cette définition large, « le noyau de base du droit fondamental, (lui), ne peut faire l'objet d'interprétations ou d'opinions qui soient soumises à la dynamique des conjectures ou des idées politiques<sup>501</sup> ». La Cour exclut alors les droits sociaux du fait qu'ils seraient liés aux majorités politiques mais leur permet d'accéder au contenu minimal par la connexité à d'autres droits fondamentaux, puisque la connexité est encore en vigueur dans la jurisprudence de la Cour<sup>502</sup>. En l'espèce, elle reconnaissait le caractère fondamental du droit à la santé pour condamner l'administration qui avait laissé à l'abandon le chantier d'un système d'égouts, causant des troubles sanitaires au requérant, et portant atteinte par connexité, selon la Cour, à l'article 366 sur la finalité sociale de l'État et l'accès à la santé autant qu'à la dignité humaine et au droit à la vie. Le raisonnement ouvre aux droits sociaux sans toutefois leur donner la même valeur que les autres droits, qualifiés, eux, de droits fondamentaux au sens de l'article 86. On est alors en présence d'un mode de raisonnement qui ne relie pas les droits au seul texte constitutionnel mais à un présupposé quant à la nature des droits sociaux en tant que « droits à<sup>503</sup> ». Le « caractère programmatique<sup>504</sup> » des dispositions sociales de la Constitution n'empêche certes pas qu'elles soient opposées à l'État, mais cela ne veut pas dire que l'État doit fournir à chacun des biens cités<sup>505</sup>. On a vu que la Cour sud-africaine ne suivait pas ce mode de raisonnement puisqu'elle liait une lecture textuelle, qui lui faisait reconnaître la justiciabilité des droits, à des arguments non-textuels qui, eux, permettaient de la limiter en invoquant la compétence du juge ou la prise en compte des ressources publiques. La Cour colombienne se contente elle de tracer une voie intermédiaire entre droits et directives en s'appuyant sur un large ensemble de dispositions et le rôle propre du juge qui en découlerait.

---

<sup>501</sup> *Ibid.*, §15 : « *el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas* ».

<sup>502</sup> *Ibid.*, §15.

<sup>503</sup> CCC, SU-480/97, *op. cit.*, point 2 : « *derechos a algo* ».

<sup>504</sup> CCC, T-426/92, *op. cit.*, §7.

<sup>505</sup> *Ibid.*, §6 : « *El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado.* ».

De ce point de vue, le concept de minimum vital (*mínimo vital*) est proche du *minimum core* discuté en droit international et comparé<sup>506</sup>, sans tout à fait lui correspondre. Du fait qu'il est utilisé pour fonder la justiciabilité des dispositions portant les droits sociaux quand bien même elles sont maintenues à part des droits fondamentaux explicitement justiciables, le concept de minimum vital a la particularité de former non pas seulement le minimum d'un droit mais un droit en soi au sein d'un ensemble plus vaste formé des droits sociaux, tout en correspondant à des seuils au sein de chacun des droits. La Cour l'a ainsi conçu comme un droit aux biens sociaux de base jugés nécessaires à la vie digne, en salaire ou – et ce sont là les biens visés par la Constitution – en pension, en nourriture, en eau, en soins médicaux, et le relier au travail, à l'assistance, à la sécurité sociale, tout en l'adossant à la fois l'État social de droit et à la dignité humaine<sup>507</sup>. Le minimum vital est alors également la partie justiciable d'un ensemble de droits sociaux qui ne le sont pas en soi, soit un noyau essentiel (*núcleo esencial*) – parfois qualifié de contenu essentiel (*contenido esencial*) à l'inspiration de la Constitution espagnole<sup>508</sup> – des droits qui ne pourrait être violé : il s'agirait du contenu de chaque droit, dont le droit au minimum vital de subsistance serait une espèce. C'est pour cela que le juge doit lier à l'argument de nature propre aux droits sociaux un argument textuel par la connexité avec d'autres droits ou principes reconnus, eux, comme justiciables par l'énoncé constitutionnel. L'invocation du constituant ne saurait suffire non plus. En effet, la Cour croit trouver un fondement à la reconnaissance du caractère fondamental du droit à la sécurité sociale dans un passage des débats qui affirme certes son lien avec la vie et son importance pour les « finalités » de l'État<sup>509</sup>, mais sans évoquer leur justiciabilité.

La Cour colombienne élabore alors une construction proche de la jurisprudence de la Cour suprême indienne. Cette dernière a dans un premier temps accepté la distinction opérée par deux chapitres distincts de la Constitution de 1949 entre les droits fondamentaux et les principes directeurs des politiques de l'État (partie VI)<sup>510</sup>, qui contiennent les droits à l'alimentation suffisante,

---

<sup>506</sup> La Cour le relie directement au *minimum core* du droit international, *ibid.*, §21.

<sup>507</sup> Voir *infra*, chapitre 3, section 1, §2.

<sup>508</sup> Constitution d'Espagne, article 53.1 : « *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).* »

<sup>509</sup> Gaceta Constitucional, 21 mai 1991, Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, p. 2, Cité par T-116/93, *op. cit.*, point 2 : « *Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio nacional. La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica. La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente.* »

<sup>510</sup> CSI, 27 juillet 1950, *State of Madras v. Champakam Dorairajan* : « *The directive principles have to conform to and run subsidiary to the chapter on fundamental rights* » (non marqué). La partie VI de la Constitution indienne évoque les « *directive principles of states policy* ».

à la santé, à l'éducation, à l'abri, au salaire égal et à l'environnement sain – ils revêtaient une dimension déclaratoire pour le constituant<sup>511</sup> dans le sens des droits sociaux proclamés à l'après-guerre<sup>512</sup>. À partir des années 1970 en revanche, la plus haute juridiction indienne a commencé à lier les deux chapitres par une lecture systématique de la Constitution, à l'occasion d'une affaire où elle s'autorisait à contrôler les révisions constitutionnelles au nom de la structure de base (*basic structure*) de la norme suprême<sup>513</sup>. La Cour suprême a ensuite rattaché les droits à la santé<sup>514</sup>, à

---

<sup>511</sup> Voir par exemple le raisonnement de B.R Ambedkar, président du comité ayant rédigé la Constitution, *Constituent assembly debates*, Book 2, Vol. VII, 4 novembre 1949, p. 40s, qui estime que l'État naissant ne pouvait subir le poids de la justiciabilité des droits sociaux et de l'égalité substantielle, et que les droits fondamentaux en général étaient des cadeaux faits par l'État et qu'il devait donc pouvoir se permettre. La Constitution indienne est en effet rédigée par une élite coloniale qui privilégie le plus possible la continuité avec l'administration précédente, voir K.G. KANNABIRAN, *The wages of impunity: Power, justice and human rights*, New Delhi, Orient Longman, 2004. Sans élaborer donc un texte particulièrement ambitieux qui pourrait s'assimiler à une révolution constitutionnelle comme cela peut être le cas en Colombie ou en Afrique du Sud. Voir, *contra*, les mots du constituant P.S Deshmukh, qui appelle à protéger les citoyens contre la « *oppression of poverty, lack of vitality, lack of morals, inhuman greed, and consequent exploitation, ruthless profiteering and consequent oppression – moral, mental, social, spiritual and, last but not least, economic* », *Constituent assembly debates*, Book 1, Vol. I, 14 septembre 1949, p. 342.

<sup>512</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>513</sup> CSI, 24 avril 1973, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, où l'on voit, dans une opinion concordante, un raisonnement inverse à celui tenu dans l'affaire *State of Madras* de 1951, *supra*, note 510 : « *In building up a just social order it is sometimes imperative that the fundamental rights should be subordinated to directive principles* » (§1769, opinion concordante de K.K. Mathew) et pour la majorité, « *directive principles of State policy set forth the humanitarian socialist precepts that were the aims of the Indian social revolution. (...) (I)t is quite evident that the fundamental rights and the directive principles were designed by the members of the Assembly to be the chief instruments in bringing about the great reforms of the social revolution.* » (§525, opinion majoritaire de J.M. Shelat et A.N. Grover). Une autre opinion majoritaire relie cette approche à une interprétation vivante du texte basée sur l'expérience, et réalisée par le juge : « *Sometimes a judicial interpretation may make a Constitution broad-based and put life into the dry bones of a Constitution so as to make it a vehicle of a nation's progress.* » (§1437, opinion majoritaire de H.R. Kanna). Dès lors, « *Fundamental rights have themselves no fixed content; most of them are empty vessels into which each generation must pour its content in the light of its experience. Restrictions, abridgement, curtailment and even abrogation of these rights in circumstances not visualised by the constitution makers might become necessary; their claim to supremacy or priority is liable to be overborne at particular stages in the history of the nation by the moral claims embodied in Part IV* » (§ 1776, opinion majoritaire de H.R. Kanna).

<sup>514</sup> CSI, 13 janvier 1981, *Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi* (donnant droit à la demande de l'utilisateur tombé d'un train et refusé dans plusieurs hôpitaux à Calcutta du fait qu'ils n'avaient pas de lits disponibles : la Cour condamne alors l'État du West Bengal à compenser le dommage occasionné à l'utilisateur mais également à fournir des soins d'urgence). Voir également CSI, 6 mai 1996, *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, not. §651 : « *The Constitution envisages the establishment of a welfare State at the federal level as well as at the State level. In a welfare State the primary duty of the Government is to secure the welfare of the people. Providing adequate medical facilities for the people is an essential part of the obligations undertaken by the Government in a welfare State. The Government discharges this obligation by running hospitals and health centres which provide medical care to the person seeking to avail those facilities. Article 21 imposes an obligation on the State to safeguard the right to life of every person. Preservation of human life is thus of paramount importance. The Government hospitals run by the State and the medical officers employed therein are duty bound to extend medical assistance for preserving human life. Failure on the part of a Government hospital to provide timely medical treatment to a person in need of such treatment results in violation of his right to life guaranteed under Article 21.* »

l'alimentation<sup>515</sup>, à l'éducation<sup>516</sup> et à l'abri<sup>517</sup> devenir fondamentaux du fait qu'ils peuvent être rattachés aux droits à l'égalité de l'article 14 et à la vie de l'article 21<sup>518</sup>. Comme en Colombie, la Cour suprême indienne inclut dans le droit à la vie, alors renommé droit à vivre avec dignité « et tout ce qui va avec », « le droit aux nécessités basiques de la vie et également le droit à mener les fonctions et activités qui constituent le strict minimum de l'expression de l'être humain »<sup>519</sup>. Il est néanmoins difficile de trouver dans la jurisprudence de la Cour indienne une délimitation claire d'un contenu minimal et son œuvre en matière de droits sociaux relève plutôt de décisions disparates<sup>520</sup>. L'activisme de la Cour, cependant, la fait figurer parmi les plus offensives du monde par rapport au pouvoir exécutif<sup>521</sup> en lien avec une *public interest litigation* qui rend facile l'accès des justiciables, qui évoque la *tutela* colombienne<sup>522</sup>.

## 2. Les droits sociaux comme droits fondamentaux

La doctrine de la connexité entre les droits est un premier temps dans la jurisprudence de la Cour. Dans un second temps, le concept de minimum vital a pu être utilisé par la Cour comme un moyen de définir le contenu des droits sociaux, plus proche alors donc du concept international de

---

<sup>515</sup> CSI, 31 janvier 1990, *SbantiStar Builders v. Narayan K. Totame*, not. §527 : « *basic needs of man have traditionally been accepted to the three - food, clothing and shelter. The right to life is guaranteed in any civilized society. That would take within its sweep the right to food, the right to clothing, the right to decent environment and a reasonable accommodation to live in* ». Dans une décision célèbre, la Cour fait peser sur l'État la fourniture d'un repas par jour, avec de nombreuses injonctions, CSI, 28 novembre 2001, *PUCL v. Union of India and others*.

<sup>516</sup> CSI, 4 février 1993, *Unni Krishnan, J. P. and Others v. Respondent: State of Andhra Pradesh and Others*. La Cour précise à cette occasion qu'elle ne déplace pas le droit à l'éducation dans le chapitre sur les droits fondamentaux mais s'en tient « simplement » à lire l'article 41 portant celui-ci à la lumière de l'article 21 portant le droit à la vie, CSI, 30 juillet 1992, *Mohini Jain v. State of Karnataka*, §181-182 : « *The right to education further means that a citizen has a right to call upon the State to provide educational facilities to him within the limits of its economic capacity and development. By saying so, we are not transferring Article 41 from Part IV to Part III—we are merely relying upon Article 41 to illustrate the content of the right to education flowing from Article 21.* »

<sup>517</sup> CSI, 10 juillet 1985, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, voir *infra*, section 2, §1.

<sup>518</sup> Mais la Cour pose un critère « d'importance fondamentale » à la justiciabilité des droits via le droit à la vie lorsqu'elle estime que « *We must hasten to add that just because we have relied upon some of the directive principles to locate the parameters of the right to education implicit in Article 21, it does not follow automatically that each and every obligation referred to in Part IV gets automatically included within the purview of Article 21. We have held the right to education to be implicit in the right to life because of its inherent fundamental importance.* », CSI, 10 décembre 1996, *M.C. Mehta v. State of Tamil Nadu*, §31.

<sup>519</sup> CSI, *Francis Coralie Mullin*, *op. cit.*, §6 : « *The right to life includes the right to live with human dignity and all that goes with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter and facilities for reading, writing and expressing oneself in diverse forms, freely moving about and mixing and comingling with fellow human beings. The magnitude and components of this right would depend upon the extent of economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the bare necessities of life and also the right to carry on such functions and activities as constitute the bare minimum expression of the human self.* »

<sup>520</sup> D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », *op. cit.* note 18, spec. p. 62-64.

<sup>521</sup> Voir U. BAXI, « On the shame of not being an activist: Thoughts on judicial activism », in N. TIRUCHELVAM, R. COOMARASWAMY (dir.), *The role of the judiciary in plural societies*, Palgrave Macmillan, 1987, p. 22-33. S.P. SATHE, *Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Oxford, New York, Oxford University Press, Second Edition, 2003. Selon une analyse célèbre, la Cour suprême indienne opère ce revirement au moment où, entre 1975 et 1977, elle se refuse à contrôler les états d'urgence, afin d'asseoir sa légitimité de contre-pouvoir efficace, S. SHANKAR, P.B. MEHTA, « Courts and Socioeconomic Rights in India », in D.M. BRINKS, V. GAURI (dir.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 146-182, spec. p. 149. Soit une situation inverse à celle de la Cour constitutionnelle de Colombie, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>522</sup> Voir *infra*, chapitre 7.

contenu minimal, une fois que ceux-ci recevaient une justiciabilité en eux-mêmes. Comme dans la jurisprudence sud-africaine, le fondement des droits se trouve alors dans un présupposé relatif aux droits sociaux, dont la nature serait programmatique, nature qui elle-même procède de l'idée selon laquelle on ne pourrait obliger l'État qu'à tant qu'il ait les ressources disponibles pour y faire face<sup>523</sup>. Une décision relative à la loi de ratification du protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels de la Convention interaméricaine des droits de l'homme montre l'approche choisie par la Cour dans l'interprétation des droits constitutionnels colombiens. Le droit à un minimum vital de subsistance est présenté comme la première des obligations positives de l'État du fait qu'il renvoie aux conditions matérielles nécessaires à la vie<sup>524</sup> mais la Cour étend en retour cette obligation à l'ensemble des droits sociaux constitutionnellement garantis auxquels elle a pu adosser le droit à la subsistance<sup>525</sup> - ce qui ne l'empêche pas d'admettre le raisonnement du Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans l'importance des ressources publiques dans la délimitation de ces obligations<sup>526</sup>. À l'inverse, la jurisprudence sur des droits dont la justiciabilité ne faisait pas question – comme l'autonomie personnelle, le droit à l'égalité et les droits des peuples autochtones – a pu impliquer des obligations relatives aux droits sociaux dans la perspective des interprétations systémiques élaborées par la Cour<sup>527</sup>.

C'est dans le champ du droit de la santé que la Cour a d'abord reconnu le caractère de droit fondamental aux droits sociaux. Le système de santé créé en 1993 prévoit un système public, financé par l'État, et un système privé financé par cotisation, tous deux confiés à des fournisseurs privés auxquels s'applique une liste de soins qui doivent être fournis gratuitement pour chacun des systèmes, le Plan obligatoire de santé (*Plan obligatorio de salud* ou POS). La nature limitative de ce fonctionnement a nourri un des plus riches contentieux de la Cour constitutionnelle qui a eu à répondre à des *tutelas* demandant la couverture des soins inclus dans le POS y compris pour des maladies chroniques ou incurables<sup>528</sup>, ou exigeant l'inclusion dans le POS de maladies qui n'y

---

<sup>523</sup> C'est l'argument vu plus haut de l'importance du minimum vital selon les espèces, qui fait par exemple dire à la Cour colombienne, T-207/95, §3 : « *Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos. Se afirma lo anterior debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación. Tales elementos varían según la prestación de que se trate y el medio de exigibilidad utilizado. No se puede mirar bajo la misma óptica prestaciones que requieran diferentes respuestas del Estado en términos presupuestales y organizativos. Así mismo, las condiciones de eficacia requeridas por un determinado medio judicial para su procedencia, pueden ser diferentes a las exigidas por otros mecanismos judiciales. En ese orden de ideas, la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable sólo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho.* »

<sup>524</sup> CCC, C-251/97, §7.

<sup>525</sup> *Ibid.*, §8-11.

<sup>526</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>527</sup> Voir *infra*, chapitre 4.

<sup>528</sup> CCC, SU-043/95 (Fabio Morón Díaz) (pour une jeune fille de 14 ans affectée par une sclérose incurable).

figuraient pas, comme le SIDA en 1997 pour la fourniture des antirétroviraux<sup>529</sup>, souvent en lien avec le minimum vital, à la dignité humaine et à l'autonomie. La décision T-760 de 2008 a alors visé à répondre de manière structurelle à ce contentieux en groupant de nombreuses demandes, sans changer de fondement normatif. Elle fait du droit à la santé un droit fondamental en lui-même en s'appuyant sur un argument interprétatif selon lequel tous les droits ne sont pas expressément définis par le texte constitutionnel, à partir du moment où ils sont, comme l'estime en réalité la jurisprudence de la Cour depuis 1991, « inhérents à la personne humaine »<sup>530</sup>. Le caractère de droit fondamental sans connexité des droits sociaux tient toutefois plus d'un glissement sémantique – le droit est dit fondamental – que d'un revirement substantiel de la jurisprudence, ne serait-ce que pour des raisons de langage à partir du moment où la connexité renvoie à une construction parfois difficile à saisir tant les droits sont alignés de manière générique<sup>531</sup>. L'intérêt particulier de la décision T-760/08 consiste en ce que la Cour a associé des critères à l'inclusion des soins dans le POS, c'est-à-dire des indications adressées aux pouvoirs publics, afin de rationaliser la jurisprudence condamnant l'État. Elle a fait de même en élaborant les obligations pesant sur les pouvoirs publics relativement à l'avortement en 2009<sup>532</sup>.

Néanmoins, dès ses premières décisions, la Cour refuse de définir le minimum vital ou le noyau essentiel des droits sociaux dans l'abstrait, renvoyant aux faits de chaque *tutela*. Il ne s'agit pas d'un droit subjectif invocable par tous et la *tutela* est donc réduite aux cas extrêmes où un contenu minimal des droits sociaux – et non les droits eux-mêmes lorsqu'ils ne sont pas reconnus comme justiciables – était atteint. Les droits sociaux ne sont alors justiciables que lorsque les circonstances privent le requérant d'un minimum vital<sup>533</sup>, ce qui peut sembler constituer une tautologie – un droit est opposable lorsqu'il est atteint et un droit est atteint lorsqu'il est atteint. La réalité est que le juge ne fait qu'examiner concrètement les atteintes aux droits, comme il l'admet lui-même, sans donc se

---

<sup>529</sup> CCC, SU-480/97 (Alejandro Martínez Caballero).

<sup>530</sup> CCC, T-760/08, §3.2.1.1.

<sup>531</sup> La Cour note elle-même que les formulations relatives au droit à la santé dans sa jurisprudence ne sont pas toujours très claires sur le point de savoir s'il s'agit d'un droit fondamental en soi ou par connexité avec d'autres droits fondamentaux, voir *Ibid.*, §3.2.

<sup>532</sup> CCC, T-388/09 (Humberto Antonio Sierra Porto), voir *infra*, chapitre 8, section 2, §2, B. La Cour impose aux ministères de l'éducation et de la protection sociale de mettre en œuvre un plan sous trois mois en reprochant de manière détaillée aux pouvoirs publics de demander trop d'expertises et de documents, de permettre des clauses de consciences collectives, ou encore de ne pas mettre à disposition de services suffisants.

<sup>533</sup> Voir par exemple CCC, T-207/95 (pour le droit à l'eau).



poser une question de nature qui paraît bien « artificielle<sup>534</sup> ». La *tutela* est en effet conçue comme un recours aux effets *inter partes* visant le plus souvent à condamner des violations particulières des droits, sauf à l'occasion de quelques décisions, comme la T-760 de 2008, dotée d'un effet *erga omnes*<sup>535</sup>.

Le risque, alors, est de semer le doute sur le concept même de droit, puisqu'il ne relèverait plus d'une nature, comme la Cour l'évoque souvent, mais de circonstances factuelles. La logique mise en avant dans la première décision de la Cour sur la fondamentalité des droits sociaux en tant que contenu minimal opposable était précisément celle d'une positivation, par le choix d'une autorité instituée par le constituant, en l'occurrence le juge, contre l'approche qui reviendrait à estimer l'ensemble du droit comme opposable par nature<sup>536</sup>. Le juge peut alors déterminer dans chaque cas concret quel est le contenu opposable au sein d'un ensemble plus vaste que serait le droit que l'on comprend, alors, comme naturel mais non positif et non invocable. Or, ce type de raisonnement concret mène le juge à attribuer une origine naturelle au droit fondamental et à ne plus décider du caractère positif du droit que sur le fondement de l'application particulière, comme si celle-ci suffisait à déplacer le fondement normatif. En appliquant la décision T-426/92, la Cour estime ainsi que « selon la théorie constitutionnelle, le caractère fondamental d'un droit ne dépend pas seulement de la nature du droit, mais (qu')il faut tenir compte des circonstances particulières de l'affaire », tandis que « la nature fondamentale d'un droit ne dépend pas de son inscription dans un texte constitutionnel, mais les droits qui sont inhérents à la personne humaine sont fondamentaux<sup>537</sup> ».

La Cour a de même reconnu que le droit à l'eau était un droit fondamental en soi, à partir de l'article 366 qui prévoit simplement que « l'objectif social de l'État » consiste à « assurer les besoins en matière de santé, d'environnement et d'eau potable » de la population : la justification

---

<sup>534</sup> CCC, T-016/07, §12 : « Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho. ». Repris tel quel par CCC, T-975/10, §2.1.1 et T-160/11, §4.

<sup>535</sup> La chose n'est toutefois pas si simple : la Cour associe à la *tutela* des effets *erga omnes*, parfois explicitement lorsqu'elle rend des décisions structurelles, mais aussi implicitement, selon la force donnée à la portée des décisions au sein d'une doctrine flexible, parfois obscure, du précédent, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>536</sup> CCC, T-426/92, §22 : « Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. »

<sup>537</sup> T-571/92, §2 : « según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso », alors que « el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana ».

est alors que « l'eau est source de vie. C'est une réalité »<sup>538</sup>. Aussi l'argument se veut volontiers naturaliste lorsque la Cour poursuit : « la nature fondamentale du droit à l'eau provient de la volonté de reconnaître un état de fait, non de le créer<sup>539</sup> », plutôt donc que de s'appuyer sur l'énoncé de l'article 366 ou sur le droit à la vie<sup>540</sup>, « état de choses » que la Cour explique par un raisonnement qui porte sur les difficultés d'accès à l'eau sur la planète<sup>541</sup> ou la présente comme une « nécessité de base (...), un élément indispensable pour l'existence humaine<sup>542</sup> ». Pour des requérants pauvres, en s'appuyant sur les préconisations de l'Organisation mondiale de la santé, la Cour a pu estimer qu'un minimum vital existait au sein du droit à l'eau et consistait à fournir 50 litres par personne<sup>543</sup>. La Cour cite alors *a contrario* – et entre autres exemples comparés – le refus de la Cour sud-africaine d'accorder un tel minimum pour le même droit<sup>544</sup>. Les juges colombiens accordent donc une quantité d'eau précise en guise de minimum, de la même manière que la reconnaissance de la fondamentalité du droit à la santé avait été accompagnée d'une définition précise de son contenu<sup>545</sup>, en s'appuyant comme la Cour sud-africaine sur l'obligation de respecter, protéger et remplir formulée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

La Cour colombienne en tire un ensemble d'obligations qui ne peuvent selon elle s'analyser en termes d'obligations positives ou négatives, puisque la quantité d'eau fournie provient tout autant d'une obligation de l'État de fournir de l'eau aux plus démunis que d'une obligation de ne pas priver les individus de la quantité d'eau dont ils ont besoin pour vivre<sup>546</sup>. La référence aux données de

---

<sup>538</sup> CCC, T-418/10, §3-1 : « *el agua constituye fuente de vida. Es un realidad* » (les autorités publiques n'avaient pas relié la zone rurale des requérants au système municipal de distribution d'eau potable, mais seulement à un aqueduc dont l'eau était et restait impropre à la consommation). La Cour cite alors la décision T-578/92, alors que celle-ci, comme la décision T-406/92 qu'elle cite et qui traitait également du droit à l'eau, ne lui reconnaissait un caractère fondamental qu'en connexité avec le droit à la vie et la dignité humaine. Plus récemment, la Cour a relié le droit à l'eau au droit à la santé et au droit à la vie pour estimer que l'État devait protéger une communauté des crues fréquentes d'une rivière, T-974/09.

<sup>539</sup> CCC, T-418/10, *op. cit.*, §3-1 : « *El carácter fundamental del derecho al agua es la decisión de querer reconocer un estado de cosas, no de crearlo* ».

<sup>540</sup> Toute référence positive n'est pas absente, puisque la Cour cite le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>541</sup> *Ibid.*, §3.2 : « *El derecho al agua adquiere un valor inusitado en un estado social de derecho, en el contexto actual, por cuanto demanda de las instituciones y autoridades encargadas de asegurar el goce efectivo de este derecho, una acción clara, decidida y eficiente, para afrontar los retos que se imponen. Todas las sociedades del planeta tierra, enfrentan grandes retos para respetar, proteger y garantizar este derecho humano básico.* ».

<sup>542</sup> CCC, T-740/11, §3 : « *El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Esta necesidad es universal, por cuanto todos y cada uno de los hombre y mujeres, independientemente de la raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, del lugar que se encuentre o la posición social que tenga, requiere de este recurso para su subsistencia; es inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer, ni tampoco reducirla mas allá de los topes biológicos y es objetiva, ya que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o está ligado a un concepto indeterminado preestablecido, sino que se instituye como condición ineludible para cada una de las personas que integran el conglomerado social, lo cual la erige como una necesidad normativa y por tanto se constituye el fundamento del derecho fundamental al agua.* ».

<sup>543</sup> *Ibid.*, §4.1. Ce montant n'est toutefois que celui que la société doit fournir, sans coupure, mais qu'elle peut facturer et dont l'État doit s'acquitter de la moitié du montant.

<sup>544</sup> *Ibid.*, §5.

<sup>545</sup> Voir *infra*, section 2, §1, B.

<sup>546</sup> *Ibid.*, §6.

l'OMS compilées dans un tableau par le juge permet de réunir les informations dont la Cour sud-africaine disait manquer pour établir un contenu minimal, par rapport au Comité onusien, sans doute parce qu'elle confondait la connaissance technique et la connaissance juridique, le Comité disposant certes d'une expérience plus longue concernant cette dernière, mais non concernant la première qui peut être trouvée de multiples manières par le juge sans qu'il n'ait à la produire lui-même. C'est aussi là que cette reconnaissance diffère d'avec la connexité ou le constat de la violation d'un contenu minimal en fonction de la gravité de l'espèce : les trois instruments donnent en effet le même résultat mais la Cour leur associe une conséquence différente en ce qu'elle donne des précisions sur le contenu du droit fondamental reconnu ; le sens de cette reconnaissance n'est donc pas tant d'accorder la justiciabilité ou de préciser les sources du droit mais bien d'y associer un contenu précis, ce que se refusait à faire la Cour sud-africaine alors qu'elle n'avait paradoxalement pas à établir la justiciabilité du droit.

La dimension factuelle du contenu des droits apparaît également dans le concept d'état de fait inconstitutionnel (*estado de cosas inconstitucional*) créé par la Cour qui renvoie autant aux violations de multiples droits et à la situation d'incurie des pouvoirs publics qui a mené à ces violations<sup>547</sup>, c'est-à-dire qui mêle le fondement normatif et le souci pragmatique, pour ne pas dire factuel, de la réalisation des droits. La Cour l'a utilisé en matière de sécurité sociale<sup>548</sup>, de surpopulation carcérale<sup>549</sup> ou encore de protection des militants des droits de l'homme<sup>550</sup>. L'un des cas les plus impressionnant fut celui des déplacés du conflit armés, à propos desquels, après dix-sept décisions rendues sur le sujet, la Cour observa la violation du droit à la vie, du droit des enfants, du droit au domicile, du droit au libre développement de la personnalité, du droit à la sécurité, du droit à l'intégrité personnelle, du droit à la libre circulation, du principe d'égalité, des droits (qualifiés, eux, d'économiques, sociaux et culturels) à la paix, à une vie digne, à l'éducation, au travail, à la santé<sup>551</sup>. La notion n'emporte cependant pas de régime particulier mais la Cour l'associant alors à une innovation, le suivi de l'exécution de la décision, par lequel a également pu s'illustrer la Cour suprême indienne dans l'affaire *PUCL* relative au droit à l'alimentation<sup>552</sup>, ce qui a fait parler de

---

<sup>547</sup> Voir *infra* chapitre 4.

<sup>548</sup> SU-559/97, CCC, 5-068/98, CCC, SU-090/00, qui estime qu'il y a un estado de cosas inconstitucionales lorsque « (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales. ».

<sup>549</sup> CCC, T-153/98. Voir également CCC, T-388/13 (Maria Victoria Calle Correa). CCC, T-762/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>550</sup> CCC, T-590/98.

<sup>551</sup> CCC, T-025/04 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>552</sup> Voir *supra*, §1, A, 2.

décisions structurelles<sup>553</sup>. La Cour regroupait plus d'un millier de demandes relatives aux populations déplacées et la décision en *tutela* reçoit alors un effet *erga omnes* et est même accompagnée d'un suivi de son exécution, avec de nombreuses injonctions, qui continue à ce jour<sup>554</sup>. Non seulement la Cour ne vise plus la connexité ni ne précise les fondements de chacun des droits, mais évoque très largement et indistinctement un minimum vital des droits sociaux des déplacés autant que le noyau essentiel de ces droits<sup>555</sup>. Elle évoque encore, constatant l'impossibilité de « satisfaire, ensemble et au niveau maximal, la dimension de prestation de tous les droits des populations déplacées, étant données les restrictions matérielles et la réalité du phénomène », la nécessaire protection de « droits minimaux » et un « niveau minimum de satisfaction des droits constitutionnels »<sup>556</sup>, lequel contient le noyau essentiel des droits concernés. Le raisonnement présente son raisonnement comme s'il découlait d'une nature des choses plutôt que d'une interprétation textuelle. Et si la Cour affirme que « les pouvoirs publics ne doivent d'aucune manière porter atteinte au noyau des droits<sup>557</sup> », comme dans ses décisions précédentes, on voit mal en outre en quoi cette méthode d'interprétation permettrait de déterminer précisément les obligations positives relatives aux droits sociaux. Manuel José Cepeda Espinosa n'utilise pas l'état de fait inconstitutionnel dans la décision T-760/08 qui qualifie pourtant une large violation des droits à la santé et à la sécurité sociale, « entre autres droits<sup>558</sup> », et constitue l'une des décisions structurelles les plus importantes de la Cour<sup>559</sup>.

La jurisprudence colombienne est d'autant plus difficile à retracer qu'à l'inverse du mouvement tendant à rapprocher les droits sociaux de droits fondamentaux plus aisément conçus comme justiciables, la Cour a mobilisé une approche de la transformation sociale et permis l'invocabilité des droits sociaux dans un riche contentieux relatif au droit à l'autonomie et au droit à l'égalité. Ce dernier est examiné dans le cadre d'un contrôle plus restreint vis-à-vis de la catégorie prétorienne de groupe minoritaire sujet à une protection spéciale. La Cour a alors pu rendre des décisions importantes en *tutela* mais aussi en contrôle abstrait de la loi vis-à-vis de cas de discriminations mais aussi des mesures positives à prendre pour les prévenir, et de questions de

---

<sup>553</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, 2018. Voir *infra*, chapitre 7.

<sup>554</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>555</sup> CCC, T-025/04, *op. cit.*, §2.2 et 9.

<sup>556</sup> *Ibid.*, §9 : « derechos mínimos » et « nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales ».

<sup>557</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>558</sup> CCC, T-760/08 (Manuel José Cepeda Espinosa), §5.2.

<sup>559</sup> Manuel José Cepeda Espinosa a d'ailleurs dit qu'il avait adopté la même approche sans mobiliser la notion, M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40, spec. p. 37 (et sans expliquer pourquoi).

société comme l'avortement ou les inégalités de genre, en les reliant, bien souvent, à une vision du corps social<sup>560</sup>.

---

<sup>560</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 1.

## SECTION 2 : LA SUBSTANCE VARIABLE DE L'OPPOSABILITE DES DROITS

La question de la justiciabilité des droits sociaux renvoie à leur contenu, lequel pose la question des obligations pesant sur les pouvoirs publics. La proportionnalité apparaît comme le mode de raisonnement privilégié pour articuler les droits d'une manière juridique et non plus seulement éthique : les juridictions colombienne et sud-africaine l'ont adapté aux droits sociaux (§1). Mais cette approche pragmatique maintient ouverte la question du contenu des droits (§2).

### §1. Une approche pragmatique de la proportionnalité

Le recours à un raisonnement du type de celui du contrôle de proportionnalité permet aux juges de régler les conflits entre les droits sociaux et entre ceux-ci et les autres droits ou principes (A), au profit d'un glissement de la définition des obligations vers la définition du contenu des droits (B).

#### A. La proportionnalité comme mesure des obligations

La proportionnalité a été avancée à partir des années 1990 comme un mode de raisonnement privilégié des juges en matière de droits (1). Il a été particulièrement développé en Afrique du Sud et en Colombie (2).

##### 1. La proportionnalité pour résoudre les conflits entre droits

Dans un système positiviste dans lequel la neutralité axiologique est privilégiée, les problèmes dont les juges sont saisis se définissent généralement comme des conflits de normes. Lorsque la norme renvoie à l'idée d'ordre juridique et suppose une complétude, elle rend difficile l'appréhension d'éventuelles lacunes : la résolution des conflits peut alors se faire en invoquant une autre règle dont le choix, voire la consécration ou la découverte, relève d'un choix de l'interprète<sup>561</sup>. En outre, en matière de droits et libertés, du fait de l'indétermination particulière des énoncés et

---

<sup>561</sup> Hans Kelsen résout le problème, ou plutôt la contradiction avec sa théorie de l'ordre juridique, en distinguant des lacunes techniques – que l'on peut résoudre grâce au principe selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis, même si l'on ne sait pas sur quoi s'appuie cette règle dans le droit positif – et des lacunes axiologiques, qu'il critique en estimant qu'elles sont une justification apportée par les juristes lorsqu'ils ne sont pas moralement d'accord avec l'ordre juridique et qu'ils veulent le changer : « *The so-called 'gap', then, is nothing but the difference between the positive law and a system held to be better, more just, more nearly right.* » (H. KELSEN, « On the theory of interpretation (1934) », *op. cit.* note 2, p. 133).

d'un champ d'application vaste sinon infini<sup>562</sup>, on se retrouverait à ne jamais pouvoir aboutir à une réponse claire. Dans un système qui tout étant majoritairement défini comme positiviste mais dans lequel le rapport à l'axiologie est plus souple, les théories de la justice peuvent être mobilisées pour régler les conflits de redistribution que l'on retrouve derrière les droits sociaux<sup>563</sup>. Les juridictions colombienne et sud-africaine restent attachées à l'élaboration d'une interprétation positiviste<sup>564</sup>, bien qu'on puisse la contester pour ses incohérences et le degré de littéralisme, de téléologie et de naturalisme qui se retrouvent intégrés au raisonnement. Le problème est propre aux droits fondamentaux en général, pour lesquels toute définition de contenu revient à exercer un choix fondamental, au sens moral, vis-à-vis de la société<sup>565</sup>.

L'idée de la pondération a été proposée comme une manière de résoudre ces conflits en maintenant la structure normative et l'idée d'une résolution proprement juridique. Sur le plan théorique, elle s'appuie sur la distinction entre règles et principes proposée par Ronald Dworkin et travaillée par Robert Alexy en Allemagne, où le Tribunal fédéral a élaboré le célèbre contrôle de proportionnalité : selon ces auteurs, alors que les règles s'opposeraient nécessairement, les principes (dont les droits constitutionnels font partie) seraient susceptibles de pondération en ce qu'ils ne poseraient pas une question de validité<sup>566</sup>. Celle-ci appartiendrait aux règles, ce qui ne pourrait convenir aux droits à moins d'aboutir à des contradictions logiques. La proportionnalité est une mesure de l'atteinte aux droits par rapport à un objectif légitime, lequel peut consister en la réalisation d'autres droits. La jurisprudence allemande et les théorisations qui en ont été faites la décomposent en trois étapes. L'atteinte devrait être adaptée au but poursuivie, nécessaire en ce qu'il n'existait pas de mesures au moins attentatoires au droit en cause et enfin proportionné au sens strict. Robert Alexy propose en réalité trois étapes qui diffèrent légèrement, puisqu'il comprend le

---

<sup>562</sup> C'est le sens des critiques des droits depuis les révolutions française et américaine : bien que très diverses, ces critiques se retrouvent sur les contradictions internes aux déclarations de droits. Pour une critique conservatrice et jusnaturaliste, voir M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2ème édition, 1983, p. 7-14, et plus largement, voir J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie d'un scepticisme démocratique*, Seuil, La couleur des idées, 2016. Hans Kelsen était lui-même sceptique vis-à-vis d'une justice constitutionnelle qui reposerait sur des droits, voir *supra*, introduction, tandis que Jeremy Bentham, auparavant, avait rendu célèbre au sein du positivisme une critique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fondée sur le jusnaturalisme et les passions auxquelles ouvre son indétermination, J. BENTHAM, « Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writings on the French Revolution », in P. SCHOFIELD, C. PEASE-WATKIN, C. BLAMIRE (dir.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, 2002, p. 317-401. Il faut néanmoins relativiser la critique positiviste en ce qu'elle ne fait bien souvent que ramener les droits à un usage contingent : M. TROPER, « Le positivisme et les droits de l'homme », in P. CLERO, B. BINOCHE (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, 2007, p. 231-247. CHAMPEIL-DESPLATS, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie*, vol. 8, 2016, p. 171-193.

<sup>563</sup> Voir J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *op. cit.* note 3

<sup>564</sup> Voir *supra*, section 1, §2.

<sup>565</sup> Les courants jusnaturalistes assument cette résolution purement morale des conflits, mais ils sont rarement admis comme tels par les juridictions : c'est alors un mélange de considérations positivistes et morales, ou juridiques et politiques, qu'il faut interroger, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>566</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

principe de proportionnalité comme un ensemble plus vaste qui comprend une « loi de pondération », laquelle sert à considérer le degré de non-satisfaction d'un droit ou d'un principe juridique en fonction d'un autre<sup>567</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler les usages de la proportionnalité comme un principe plus vaste – et plus flou – d'atteinte raisonnable aux droits et principes. Car la proportionnalité est également conçue comme un moyen de dépolitiser les enjeux des droits en rationalisant l'évaluation portée par le juge<sup>568</sup>.

Si l'on suit le discours traditionnel, une difficulté se pose relativement aux droits sociaux en ce qu'ils emporteraient pour les pouvoirs publics – ou d'autres acteurs – des obligations dites positives, qui se distingueraient des obligations négatives des droits et libertés qui ne feraient qu'empêcher l'interférence des pouvoirs publics dans la sphère qu'ils délimitent, ou plutôt qu'il revient au juge de délimiter<sup>569</sup>. Or, le contrôle de proportionnalité viserait l'atteinte aux droits et non la réalisation d'obligations positives par des mesures futures ou enjointes. Pour Robert Alexy, d'ailleurs, il y a une contradiction interne et structurelle propre aux droits à prestations puisqu'ils impliquent d'agir quand l'idée même de droits constitutionnels serait l'abstention de prendre toute mesure<sup>570</sup>. Si tous les droits constituent une demande envers l'État, sous la forme d'un droit à la protection (l'obligation négative) et un droit à une procédure, les droits sociaux en contiendraient – comme les autres droits, mais majoritairement dans leur cas – une demande « au sens strict » et renverraient, dès lors, autant à une exigence « normative » qu'à une exigence « factuelle », c'est-à-dire à des mesures non encore prises que l'auteur semble ne pas considérer comme relevant du domaine du droit<sup>571</sup>. On peut dès lors envisager les droits sociaux en tant que droits subjectifs définis *prima facie*, sans leur attribuer donc d'obligations déterminées, par opposition à une concrétisation

---

<sup>567</sup> R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 4, 2003, p. 433-449, spec. p. 436.

<sup>568</sup> Voir D. BEATTY, *The Ultimate rule of law*, Oxford University Press, 2004. Pour une position plus modérée, qui voit dans la proportionnalité une mesure du contexte et des contraintes juridiques, voir J.S. SAMPAOI, « The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review », in L.P. COUTINHO, M. LA TORRE, S.D. SMITH (dir.), *Judicial activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, p. 137-160.

<sup>569</sup> Voir *supra*, introduction générale, §2.

<sup>570</sup> R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, trad. J. Rivers, p. 293-297.

<sup>571</sup> Sur l'aspect factuel du raisonnement en matière de proportionnalité (comme méthode) et de droits sociaux (comme domaine), voir *infra*, chapitre 5.



qui passerait, comme pour tous les droits, par une pondération, à la différence que celle-ci ne peut survenir que sur les mesures déjà prises par les pouvoirs publics<sup>572</sup>.

On peut objecter que tout droit social implique une part d'obligations négatives en ce qu'il peut faire l'objet d'une restriction active et non seulement d'une insuffisance de l'action étatique<sup>573</sup>, tandis que tous les types de droits font l'objet d'obligations mixtes, à la fois négatives et positives, au sein d'un « continuum<sup>574</sup> ». Mais l'on n'a pas répondu à la question de savoir si les obligations positives étaient ou non concernées par la proportionnalité. Si elles ne l'étaient pas, les conflits de normes ne pourraient être résolus autrement que par un choix de nature politique vis-à-vis des mesures à prendre. Or c'est bien ce que vise à éviter un contrôle de proportionnalité en rationalisant objectivement l'appréciation de l'obligation qui découlerait des droits. La question est donc de savoir dans quelle mesure la proportionnalité permet de déterminer les obligations positives, et non seulement une violation. La délimitation des obligations est alors une étape conçue comme distincte de l'interprétation du contenu ou de la nature du droit<sup>575</sup>. Dès lors il n'y a pas de différence structurelle dans le contrôle exercé sur la violation des libertés et des droits dits sociaux : si les droits fondamentaux ne sont en effet que des normes *prima facie* à réaliser, leur réalisation implique toutes les variations possibles, lesquelles sont mesurées à l'aune du test de proportionnalité, à partir du moment où les débiteurs des droits ont commencé la mise en œuvre<sup>576</sup>. Une obligation positive se mesure par la réalisation des prestations tandis qu'une obligation négative se mesure, au contraire,

---

<sup>572</sup> R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.* note 248, p. 334-343. Sur la concrétisation par opposition à la pondération, voir *Ibid.*, p. 293-297. En effet, si l'on définit les droits sociaux au même titre que les autres droits, comme des droits « définitive », alors « *in the field of social constitutional rights, the courts could only decided what had already been decided by the legislature* » (*Ibid.*, p. 341). Pour Robert Alexy en revanche, l'indétermination n'est pas pertinente puisqu'elle vaut pour tous les droits constitutionnels (*Ibid.*, p. 345), mais l'auteur retient en revanche une définition des droits sociaux comme garantie minimale, plutôt qu'en tant que droits susceptibles d'une pleine réalisation (*Ibid.*, p. 336-337), Sur cette définition, voir *infra*, chapitre 3.

<sup>573</sup> Henry Shue a défendu son approche des droits sociaux du point de vue des obligations qu'ils font peser sur les pouvoirs publics en démontrant que les obligations positives et les obligations négatives étaient interdépendantes : l'exigence positive est d'autant plus importante que l'aspect négatif est étroit, et inversement. H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, *op. cit.* note 60, p. 60-61. Cela veut dire à l'inverse que tout droit implique des obligations positives et des obligations négatives (*Ibid.*, p. 160).

<sup>574</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 80, p. 27. La Cour constitutionnelle de Colombie ne dit pas autre chose : « *Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.* » (T-760/08, *op. cit.*, §3.3.4). La Cour estime alors que les générations de droits ou la distinction entre obligations négatives ou positives, que l'on retrouve mêlées dans le droit à la santé, « *a une pertinence universitaire mais ni juridique, ni conceptuelle* » (§3.3.3) et cite une jurisprudence nombreuse en ce sens.

<sup>575</sup> De manière intéressante, la Cour sud-africaine cite cette distinction faite par Henry Shue, CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §46.

<sup>576</sup> D. DUARTE, « Gains and Losses in Balancing Social Rights », in D. DUARTE, J.S. SAMPAOI (dir.), *Proportionality in Law*, Springer, 2018, p. 49-69, spec. p. 54s.

par la décroissance de la réalisation<sup>577</sup>. La rationalité même du contrôle de proportionnalité s'applique indifféremment aux normes qualifiées comme différents types de droits<sup>578</sup>.

## 2. Une spécificité des droits sociaux : la proportionnalité face à ses apories

Il semble que les droits sociaux ne soient pas tant insusceptibles de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité qu'ils en creusent les failles. Le contrôle de l'adéquation qui permet au juge de déterminer une finalité légitime et donc de la déterminer ou de désigner un droit comme finalité relève d'un choix dans tous ces cas. En matière de droits sociaux, l'indétermination de l'énoncé est redoublée par l'indétermination des prestations auxquelles il pourrait ouvrir<sup>579</sup>, mais il y a d'autant moins de difficulté particulière que l'on peut considérer qu'une finalité ne s'atteint pas de manière complète et absolue mais relève toujours d'un degré de réalisation<sup>580</sup>. C'est remettre en cause la dichotomie entre les mesures prises et les mesures à prendre qui apparaît en miroir de la distinction entre abstention et action. Il est rare que le juge ait à statuer sur une absence totale d'intervention publique et il a bien souvent à examiner la constitutionnalité d'un ensemble de mesures dont certaines seulement peuvent être insuffisantes. Ainsi dans les affaires qui se sont présentées aux cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud, la privation de soins médicaux ou de médicaments, la situation dans laquelle des personnes se trouvaient sans logement et en attente d'une réponse de l'administration, ou enfin l'approvisionnement insuffisant en eau, étaient formulées comme autant de violations de droits. L'insuffisance alors peut être envisagée du point de vue de la nature progressive de la réalisation des droits qui est exigée des États dans le pacte des droits économiques, sociaux et culturels : un seuil d'obligation négative consistant à interdire la régression vient alors suivre l'adoption de mesures positives par les pouvoirs publics<sup>581</sup>.

Il est alors possible d'envisager un contrôle de proportionnalité vis-à-vis de l'omission elle-même en conservant les trois étapes, puis dans un second temps de reproduire l'examen pour autant

---

<sup>577</sup> Voir, respectivement, *Ibid.* p. 57-58 et 60. En revanche, l'auteur ajoute concernant les prestations ou obligations positives une capacité financière de l'État qui viendrait limiter la pleine réalisation (*Ibid.*, p. 58-59), alors même qu'il devrait s'agir d'une autre norme, définie comme telle : sans cette distinction, il nous semble que les capacités financières en matière de droits sociaux relèvent d'un présupposé politique sur l'État, voir *infra*, chapitres 3 et 4.

<sup>578</sup> David Duarte adopte ainsi cette définition : « *Rights as conferred by constitutional norms, currently individuated by more or less indeterminate actions or states of affairs (strike or personal security, for instance), are combinations of legal positions and associate components of negative and positive rights, something that follows the indeterminacy of the concept of "right" in itself.* » (*Ibid.*, p. 52).

<sup>579</sup> C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, L'Harmattan, 2015, p. 268.

<sup>580</sup> F. DE FAZIO, « Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales », *Isonomía*, n° 51, 2019, p. 95-115, spec. p. 103. D. DUARTE, « Gains and Losses in Balancing Social Rights », *op. cit.* note 254.

<sup>581</sup> C'est l'approche choisie par V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 80, p. 96-116. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels pose même cette interdiction dès l'élaboration du *minimum core*, General comment n°3, *op. cit.*, §9.

de mesures alternatives envisagées<sup>582</sup>. On peut, comme le fait la Cour colombienne, estimer qu'une obligation pèse sur le législateur de ne pas porter une atteinte disproportionnée aux droits, mais que l'omission peut aussi faire l'objet d'un contrôle de ce type en tant que « la réserve de la loi » doit être exercée « dans des limites objectives raisonnables » : il s'agit simplement, lors de ce contrôle, d'intégrer d'une part les ressources économiques disponibles et d'autre part la situation des autres usagers que ceux dont les droits sont en cause<sup>583</sup>.

La proportionnalité au sens strict est rendue difficile par le fait qu'il n'existe aucun marqueur objectif qui permette d'évaluer où commence la violation et où s'arrête l'atteinte légitime, si bien que l'on en revient toujours à une question de faits dans l'appréciation d'une pondération. Cela n'est pas plus vrai pour les droits sociaux que pour n'importe quelle exigence normative. En réalité, si l'on remonte la chaîne des raisonnements à l'encontre des droits sociaux, on en revient souvent à un présupposé relatif à la légitimité et à la démocratie : c'est parce que les droits constitutionnels sont conçus comme des « positions si importantes qu'elles ne peuvent être laissées à la seule appréciation des majoritaires parlementaires » que les obligations positives peuvent sembler devoir échapper à la justice constitutionnelle<sup>584</sup>. Celle-ci est en effet supposée ne pouvoir porter que sur des mesures déjà prises dont on examinerait l'atteinte qu'elles portent aux droits, même si la justification de ce contrôle-ci n'est pas mieux exposée puisqu'il s'agit dans tous les cas d'un contrôle des pouvoirs publics. De même, la distinction entre les droits *prima facie* et leur concrétisation procède toujours d'un présupposé sur les compétences du juge dans une démocratie<sup>585</sup>.

Ce flottement sur la nature des arguments mobilisés se retrouve dans la conception même de la pondération attribuée aux juges constitutionnels, qui peut ressembler à une appréciation factuelle ou à un jugement en équité. Si l'on observe le test de proportionnalité tel qu'il est réalisé par les juridictions, on constate souvent que l'adéquation et la nécessité sont des étapes formelles,

---

<sup>582</sup> F. DE FAZIO, « Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales », *op. cit.* note 258. Plus encore, pour Laura Clérico, les étapes d'adaptation et de nécessité sont particulièrement utiles pour rationaliser l'évaluation des mesures à adopter, L. CLERICO, « Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable », in D. DUARTE, J.S. SAMPAOI (dir.), *Proportionality in Law*, Springer, 2018, p. 25-48.

<sup>583</sup> CCC, T-597/93, §E-2)d).

<sup>584</sup> R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.* note 248, p. 297 ou encore p. 343. Robert Alexy débute ainsi son propos sur la structure des droits sociaux en mettant en avant une critique de l'ordre de la compétence du juge vis-à-vis des autres pouvoirs, notamment en termes de ressources (*Ibid.*, p. 341).

<sup>585</sup> Robert Alexy distingue en effet les deux formes d'*entitlements* (générale pour les droits classiques et particulière pour les droits sociaux) en se basant sur le fait que les droits auraient pour nature de porter sur ce qui ne peut être laissé à la majorité parlementaire, voir *supra*, note 570. Sa structure des droits sociaux apparaît donc comme la rationalisation d'une position politique.

voire superficielles, au profit d'une pondération générale<sup>586</sup>. Robert Alexy lui-même précisait que l'intérêt de la proportionnalité résidait dans la pondération des degrés d'intensité de la satisfaction et de l'atteinte aux droits, et que l'ajout d'étapes ne constituait finalement qu'une rationalité supérieure mais n'avait rien de nécessaire à sa théorie<sup>587</sup>. Or, cette approche risque de diminuer la force rationnelle de la méthode que l'auteur allemand présente au renfort d'équations mathématiques empruntées à la logique formelle, puisqu'il ne s'agit alors que d'une mesure très générale qui n'est finalement pas très éloignée de la juste mesure aristotélicienne<sup>588</sup>. À l'inverse, c'est un lieu commun que de dire que les droits ne sont pas absolus et que les juridictions constitutionnelles effectuent une pondération entre les droits ou principes en jeu, qu'il s'agisse d'une proportionnalité « implicite ou explicite<sup>589</sup> ».

On retrouve ce flottement dans les jurisprudences. La Constitution d'Afrique du Sud a la spécificité de distinguer les dispositions relatives aux droits d'une clause générale qui dispose que les droits de la Déclaration des droits ne peuvent être limités par la loi que dans la mesure où cette limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, en prenant en compte tous les facteurs pertinents.<sup>590</sup>

La terminologie est similaire à la Charte des droits et libertés canadienne de 1982, qui énonce que les droits « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>591</sup> ». La Constitution sud-africaine ne fait qu'apporter des conditions supplémentaires à la limitation dans les articles 26(2) et 27(2) relatifs aux droits sociaux. Les droits ne sont alors pas absolus mais susceptibles d'être atteints de manière constitutionnelle à la condition que l'atteinte soit justifiée, ce que le contrôle de proportionnalité exercé par le juge est censé évaluer. Il a pu être dit que cette manière d'appréhender l'atteinte aux droits préservait leur interprétation de l'examen

---

<sup>586</sup> Par exemple, la CEDH adopte une « grille de lecture » plus souple que le contrôle de proportionnalité des juridictions allemandes, puisqu'elle fait du caractère « nécessaire dans une société démocratique » des mesures un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* qui n'est ni le contrôle de l'adéquation au but poursuivi, ni la nécessité au sens du triple test, mais inclut ces deux étapes dans une appréciation plus générale, F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP E*, vol. 91, n° 11, 13 mars 2017, p. 502-513. Voir notamment CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49. CEDH, 24 février 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, §58. CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, §55. CEDH, 24 mars 1998, *Olsson c. Suède* (n°1), §67. L'auteur distingue alors un principe de proportionnalité, large et très répandu, comme celui réalisé par la CEDH, d'un contrôle de proportionnalité qui correspond au triple test allemand.

<sup>587</sup> R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.* note 245, p. 440.

<sup>588</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Flammarion, GF, 1997, trad. R. Bodéüs, Livre II, chapitre V, §1106b-1107a.

<sup>589</sup> R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.* note 245, p. 436.

<sup>590</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 36 : « *the rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors* ».

<sup>591</sup> Charte canadienne des droits et libertés de 1982, article premier.

de la limitation<sup>592</sup>, conformément à la culture de justification que promouvrait le nouvel ordre constitutionnel sud-africain<sup>593</sup>. Si le texte prévoit cinq étapes qui ne sont pas celles que l'on connaît ailleurs, tout en évoquant l'idée d'une relation entre l'atteinte et sa finalité<sup>594</sup>, la Cour a précisé qu'il s'agissait d'un test de proportionnalité dès sa première décision<sup>595</sup>.

La Cour constitutionnelle de Colombie a d'abord évoqué, pour le principe d'égalité, une « justification objective et rationnelle » qui devait s'entendre comme une « relation raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les fins visées »<sup>596</sup>, sans considérer explicitement l'adéquation et la nécessité et en renvoyant en notes de bas de page autant à la pondération des principes selon Alexy qu'à la bonne mesure aristotélicienne et à l'équité<sup>597</sup>. La proportionnalité est surtout envisagée par la Cour comme l'élément d'un principe plus vaste d'atteinte raisonnable, avec des critères qui diffèrent de ceux qui peuvent être utilisés ailleurs : il s'agit d'examiner d'abord les faits en cause et la présence d'une finalité pour justifier une différence de traitement, puis la validité de la finalité poursuivie, puis la relation entre faits, norme et finalité, et enfin la proportionnalité de cette relation<sup>598</sup>. Ainsi le caractère raisonnable repose sur la finalité de la différenciation tandis que la proportionnalité en examine les effets. La Cour a ensuite étendu la proportionnalité, entendue cette fois-ci comme un triple test, à l'ensemble des droits et à toute l'activité de l'administration, en l'adossant à l'État social de droit et à la dignité humaine<sup>599</sup> et toujours au sein d'un principe d'atteinte raisonnable qui concerne une pondération entre les principes au-delà d'un noyau indérogeable au sein des droits, puisque ceux-ci ne peuvent être absolus<sup>600</sup>, et sans moduler son mode de contrôler au-delà<sup>601</sup>.

---

<sup>592</sup> I. CURRIE, J. DE WALL, *The Bill of rights handbook*, Juta & Co., 6ème édition, 2013, p. 153.

<sup>593</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1.

<sup>594</sup> L'article 36 prévoit la prise en compte de : (a) *the nature of the right*; (b) *the importance of the purpose of the limitation*; (c) *the nature and extent of the limitation*; (d) *the relation between the limitation and its purpose*; and (e) *less restrictive means to achieve the purpose*.

<sup>595</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §104.

<sup>596</sup> CCC, T-422/92, §13-15. Voir aussi CCC, C-530/93. Pour un usage plus traditionnel du triple test, voir CCC, C-022/96. CCC, CCC, C-309/97. CCC, C-584/97. CCC, C-307/07.

<sup>597</sup> CCC, T-422/92, §17. CCC, C-022/96, §6.3.2. CCC, T-230/94, §2.2

<sup>598</sup> CCC, T-230/94, §C-1 (pour le principe d'égalité). Voir CCC, T-015/94 (pour les sanctions dans les centres éducatifs). CCC, T-916/02 (pour l'application de la proportionnalité comme contrôle spécifique du caractère raisonnable en matière pénale).

<sup>599</sup> CCC, C-916/2002 (ici en matière pénale).

<sup>600</sup> CCC, T-269/02, §6.

<sup>601</sup> Ainsi une opinion rejette l'idée d'un contrôle restreint ou « plus flexible » du juge constitutionnel au motif, inspiré de la Cour suprême des États-Unis et, en l'espèce, à propos du contrôle des mesures relatives au POS, que la Cour ne saurait considérer puisqu'elle tient son « mandat » de la Constitution qui ne prévoit pas de dispositions « plus ou moins constitutionnelles », CCC, C-1158/08, opinion concordante de Jaime Araújo Rentería. L'opinion renvoie alors à la critique adressée par Ronald Dworkin à cette pratique de la Cour suprême.

## B. La proportionnalité comme mesure du contenu des droits

La proportionnalité a été avancée comme un moyen de définir les obligations non seulement négatives, mais également positives (1). Elle a alors pu être associée au contenu minimal des droits sociaux (2) voire inspirer un mode de contrôle adapté aux droits sociaux (3).

### 1. La proportionnalité des atteintes aux droits et obligations positives

Contrairement à l'adéquation et à la proportionnalité au sens strict<sup>602</sup>, le caractère nécessaire pose un problème particulier lorsque les droits sociaux sont concernés puisque ceux-ci appellent au moins en partie, et souvent avec plus d'ampleur, que des mesures soient prises ou aient été prises<sup>603</sup>. L'étape de nécessité est ainsi rarement suivie parce qu'elle implique alors que le juge envisage les mesures à prendre qui seraient plus constitutionnelles que celle qui a été adoptée par les pouvoirs publics. Les travaux sur la proportionnalité sont souvent réticents à envisager les mesures alternatives : Robert Alexy la réduit à la pondération et peut alors juger que les autres étapes ne sont que des ajouts au cœur de cette forme de raisonnement rationnel<sup>604</sup>. Cela revient sans doute à éluder la difficulté principale de la proportionnalité qui est précisément l'examen des mesures alternatives. Puisque la question est ouvertement factuelle et relève de l'opportunité politique, elle risque en effet de mettre en doute la nature juridique ou l'appréciation rationnelle et objective par laquelle le contrôle est présenté. Les moyens de réalisation sont peut-être plus nombreux et plus vastes en matière de droits sociaux que pour des droits civils et politiques, quand bien même ils ne sont pas pour autant aisés à délimiter pour ces derniers. Là encore, la différence n'est pas de nature mais de degré.

Si l'obligation négative suppose que l'alternative s'oppose à une mesure effectivement prise, et qui restreigne le droit en cause, l'obligation positive ne fait rien d'autre que de considérer les mesures alternatives dont aucune n'a été prise ; plus souvent, une mesure a été prise mais se pose

---

<sup>602</sup> Voir *supra*, A.

<sup>603</sup> La Cour européenne des droits de l'homme s'en tient ainsi à la proportionnalité stricto sensu dès lors qu'il s'agit d'obligations positives tout en affirmant, pourtant, que le contrôle est « voisin » de celui exercé, CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, §41. Est-ce un moyen de ne pas répondre à la difficile question de la nécessité et donc de l'alternative des mesures en matière d'obligations positives ?

<sup>604</sup> On notera d'ailleurs que Robert Alexy présente le lien – qu'il estime très serré – entre proportionnalité et pondération par une tautologie qui ne dit pas vraiment en quoi la proportionnalité se réduirait à une pondération : « *Most of these collisions of reasons have to be resolved by means of balancing. This general reason for the ubiquity of balancing is reinforced by a reason based on the structure of the constitutional state. If the constitution guarantees constitutional rights, then many or even all legal decisions restricting the freedom of individuals have to be understood as interferences with constitutional rights. Interferences with constitutional rights are admissible, however, only if they are justified, and they are justified only if they are proportional. Proportionality judgments, however, presuppose balancing.* » (R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.* note 245, p. 436). Dit autrement, la déduction des droits serait nécessaire à la justification et la justification exigerait la proportionnalité, laquelle suppose la pondération : mais on ne sait pas ce que serait une proportionnalité sans pondération, ni une pondération qui ne se confondrait pas avec la proportionnalité. L'auteur élude la question des mesures alternatives.

la question de savoir si elle était suffisante. Or, par définition, il n'est pas possible d'envisager l'infinité des mesures alternatives qui pourraient réaliser un droit, car c'est une infinité de possibles qui s'ouvre pour remplir n'importe quel objectif. Le juge ne peut donc jamais raisonner qu'avec un nombre de cas limités dont le choix conscient ou non lui revient et qui lui-même est limité par ses capacités matérielles et cognitives. C'est ici que les droits sociaux présentent une difficulté – de degré – puisqu'ils supposent une imagination qui est d'une part limitée au monde social existant et au degré de changement que l'on est prêt à admettre, un point crucial en matière de transformation sociale<sup>605</sup>, et d'autre part confrontée à la mesure dans laquelle le juge souhaite envisager les choix qui se posaient aux pouvoirs publics. Bien souvent, les juridictions s'en tiennent à contrôler la constitutionnalité des mesures prises à l'aide d'un contrôle de proportionnalité, en se basant sur des mesures souvent déjà prises mais éventuellement insuffisantes, ce qui n'est alors pas spécifique aux cas vus plus haut.

Pour autant, les discussions relatives aux droits sociaux se sont déplacées vers la délimitation des obligations dès l'élaboration de la notion de contenu minimal. Si les obligations ont pu être distinguées de ce dernier<sup>606</sup>, le Comité des droits sociaux, économiques et culturels a en réalité formulé ce qui a été qualifié de contenu minimal des droits par l'expression d'un « contenu minimal d'obligations<sup>607</sup> » sans distinguer clairement, donc, l'un des autres<sup>608</sup>. Il s'agit de définir les droits par les obligations qu'ils font peser plutôt que par la détermination d'un contenu<sup>609</sup>, voire de considérer qu'un droit n'a d'existence que s'il implique concrètement des obligations et donc une capacité à en invoquer le respect devant un juge<sup>610</sup>. Dès lors, le raisonnement part de la situation concrète pour remonter aux obligations jusqu'à la définition du droit ; il semble logique, dans cette perspective, de définir ce droit par un contenu minimal, c'est-à-dire un noyau aisément opposable. C'était l'approche du juriste Henry Shue qui offrait une vision des besoins de base plus orientée vers leur

---

<sup>605</sup> Voir *infra*, chapitre 3.

<sup>606</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64, p. 151. Voir aussi l'approche générale David Bilchitz, qui plaide pour un *minimum core* mais le distingue des obligations pesant sur les pouvoirs publics.

<sup>607</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General comment n°3*, *op. cit.*, §10 : « *minimum core obligations* », et plus spécifiquement, pour l'alimentation (*General comment n°12*, §8), pour l'éducation (*General comment n°13*, §57), pour la santé (*General comment n°14*, §43-44).

<sup>608</sup> Selon Sandra Liebenberg qui assiste la rédaction des deux *amici curiae* de la décision Grootboom, les deux documents « *located the minimal core obligation at one end of a continuum of positive obligations imposed on the state by s 26(2) to realise progressively the rights in s 26(1) of everyone to have access to 'adequate housing'* », S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 149. Or, l'*amici curiae* de l'affaire TAC relie plutôt le *minimum core* – là aussi inspiré du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – à l'article 27(1), c'est-à-dire à la définition du contenu du droit à la santé, par opposition à la réalisation progressive des obligations telle qu'elle serait prévue, et limitée aux ressources disponibles, à l'article 27(2). C'est bien sûr la seconde option que suit David Bilchitz, à rebours de Sandra Liebenberg.

<sup>609</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64, p. 151-164. La différence avec une approche essentialiste, selon l'auteure, est que la détermination des obligations pour chaque droit ne revient pas à postuler une hiérarchie normative (*Ibid.*, p. 155).

<sup>610</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 80, p. 37-38.

justiciabilité que les discussions philosophiques. Il a alors proposé une typologie des obligations relatives aux droits sociaux liant le positif au négatif, en ce qu'elles devaient consister à éviter de priver de l'usage du droit, à protéger contre la privation du droit et à aider ceux qui en sont privés<sup>611</sup>, triptyque reçu sous la formulation « respecter, protéger, promouvoir » adoptée par le Comité onusien<sup>612</sup> et par la Constitution d'Afrique du Sud.

Le refus de la distinction entre droits civils et politiques d'un côté et droits sociaux d'un autre, en tant qu'elle ne serait pas pertinente pour décrire la réalité de ces droits<sup>613</sup>, provient d'un argument relatif à la nature des obligations pesant sur les pouvoirs publics : les obligations découlant des droits sociaux ne pourraient être seulement positives de la même manière que celles découlant des droits civils et politiques ne pourraient être seulement négatives<sup>614</sup>, si bien qu'il n'y a pas de raison pour laquelle les droits sociaux seraient moins aisément invocables en justice. Ce raisonnement par l'absurde ne démontre que l'in vraisemblance de sa proposition inverse, mais il cache en réalité la régression vue plus haut, selon laquelle c'est à partir de l'instance concrète que se trouve l'obligation puis la définition. On peut alors juger que cette approche favorise une définition déflationniste des droits en réduisant le minimum à un pragmatisme qui ne regarde plus que les décisions isolées des juges<sup>615</sup>.

## 2. Contenu minimal des droits et proportionnalité

Néanmoins, les approches favorables à une redéfinition des droits par les obligations ne suivent pas nécessairement une ligne pragmatique. Il existe une défense du principe de proportionnalité qui, en apparence en tous cas, ne se confond pas avec un déflationnisme, mais qui partage avec ce dernier la priorité donnée aux capacités interprétatives mais aussi institutionnelles des juridictions. La Cour constitutionnelle de Colombie a ainsi défendu le caractère inhérent, intrinsèque et naturel des droits en les reliant à la dignité de la personne humaine, en distinguant néanmoins les droits des obligations qui elles peuvent connaître une réalisation progressive, dans la

---

<sup>611</sup> H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, *op. cit.* note 60, p. 52.

<sup>612</sup> « *Respect, protect, fulfill* ». Le Comité rajoute, en plus de *fulfill*, « *to facilitate and to provide* » (General comment n°12, §15, pour le droit à l'alimentation). Les « *core obligations* » incluent ces différents types d'obligations.

<sup>613</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 80, p. 23-27. La Cour constitutionnelle de Colombie note ainsi que « *Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual* » (CCC, T-760/08, *op. cit.*, §3.3.3.).

<sup>614</sup> *Ibid.*, p. 23-27.

<sup>615</sup> C'est la position de Katharine Young, K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 64 p. 160-162. David Bilchitz, *infra*, adopte un positionnement normatif qui n'est pas celui de Katharine Young, plus favorable à l'émergence de marqueurs et d'indicateurs inspirés de l'économie et des sciences sociales pour définir les droits sans les distinguer de leur réalisation concrète.



limite de l'interdiction de l'inaction et du respect des principes de non-régression et de participation élaborés par la Cour elle-même<sup>616</sup>.

On peut estimer, comme le colombien Carlos Bernal Pulido, que « le principe de proportionnalité agit comme un critère de définition des obligations qui émanent des déclarations des droits sociaux<sup>617</sup> » à partir d'un contenu *prima facie*. Le droit à la prestation existe mais ne devient opposable qu'à l'occasion de la concrétisation par laquelle le juge examine les justifications apportées par les pouvoirs publics pour leur action ou leur inaction<sup>618</sup>. La proportionnalité intervient alors non pas au moment de la définition du contenu lui-même, mais pour déterminer les obligations correspondantes dans le contexte d'une mise en œuvre déterminée<sup>619</sup>. À l'inverse, l'auteur colombien refuse que l'on puisse considérer les droits sociaux comme de simples principes quand bien même le constitutionnalisme exigerait la réalisation de droits fondamentaux invocables devant le juge et il ne fait pas de doute que l'absence totale d'action serait inconstitutionnelle. Il refuse tout autant d'estimer que le contenu minimal des droits soit en lui-même et à lui seul invocable comme une obligation pesant sur les pouvoirs publics, comme un impératif absolu qui impose au juge de déterminer les mesures à prendre, et cela particulièrement lorsque l'on considère un contenu minimal puisque celui-ci ne peut être connu du législateur<sup>620</sup>. En outre, le risque est qu'au-delà de ce seul contenu se trouvent justifiés « tous types de restrictions, y compris disproportionnées, irrationnelles, brutales ou injustifiées<sup>621</sup> ».

Or, comment définir le contenu minimal des droits, même *prima facie* ? Carlos Bernal Pulido réduit en effet le contenu minimal de manière à déplacer le regard vers la rationalité du contrôle de proportionnalité mais maintient tout de même l'idée d'un tel noyau, sans expliquer comment il

---

<sup>616</sup> Voir CCC, T-595/02 (Manuel José Cepeda Espinosa), CCC, T-760/08, *op. cit.*, ou encore CCC, C-351/13 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>617</sup> C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, *op. cit.* note 257, p. 286-287. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 485-496. Robert Alexy ouvre lui-même à une telle perspective, voir *supra*, mais sans la relier à un contenu minimal.

<sup>618</sup> C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, *op. cit.* note 257, p. 286.

<sup>619</sup> Carlos Bernal Pulido estime en effet qu'il n'existe aucune méthode pour déterminer le contenu minimal des droits, que ce soit dans l'absolu ou même de manière relative en prenant en considération le contexte, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.* note 295, p. 524-533.

<sup>620</sup> *Ibid.*, p. 492-493.

<sup>621</sup> C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, *op. cit.* note 257, p. 286.

pourrait être déterminé autrement que par un jugement moral<sup>622</sup>. On retrouve un pareil paradoxe dans la jurisprudence de la Cour colombienne qui tantôt définit le contenu minimal par la concrétisation au cas par cas, tantôt considère que la proportionnalité s'en tient à la définition des obligations à côté du contenu des droits, sans être concernée par le noyau essentiel<sup>623</sup>. L'approche de la Cour se rapproche des idées de David Bilchitz – il s'agit de fait l'une des rares juridictions dans le monde à élaborer un contenu minimal des droits. Le juriste sud-africain défend néanmoins une vision plus exigeante en distinguant la définition des droits de la définition des obligations : en effet, si l'on reconnaît des droits *prima facie* en situant la définition des obligations dans la définition du contenu substantiel des droits, le risque serait d'abaisser le tout puisqu'il admet que les droits sociaux sont confrontés à de nombreuses difficultés dans leur mise en œuvre, qui ont trait aux mesures envisageables et aux ressources publiques<sup>624</sup>. On peut y voir une régression inévitable vers un présupposé de nature politique sur le rôle démocratique du juge, que considère par exemple Carlos Bernal pour refuser au juge la définition définitive et absolue des droits. David Bilchitz cherche précisément à garder ces difficultés à distance dans une seconde phase, mais il propose cependant d'intégrer la mise en œuvre dans la définition de droits qu'il définit comme conditionnels ou *prima facie*. Ces droits ne se définissent qu'en tant qu'ils peuvent être réalisés, une fois prises en compte les multiples implications de cette réalisation<sup>625</sup>.

Le juriste sud-africain propose alors de distinguer ces droits de droits inconditionnels qui, eux, feraient l'objet d'une définition abstraite claire et précise. L'auteur propose quatre critères pour

---

<sup>622</sup> L'auteur estime que les droits *prima facie* sont des devoirs moraux, éventuellement appuyés sur une interprétation textuelle, qui ne prennent leur sens juridique qu'à l'issue d'une confrontation avec un contexte et les autres droits par le contrôle de proportionnalité, compris alors comme l'expression d'une rationalité empirique : dès lors, la détermination *prima facie* des droits ne s'appuie pas sur ces modes de raisonnements et est laissée à la morale (C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit. note 295, p. 805-808 et 814-816). Pourtant, les droits en question ne sont pas que de la morale mais bien des droits, qui détiendraient alors « une validité *prima facie* » (*Ibid.*, p. 816), associée à la valeur juridique des principes chez Ronald Dworkin et Robert Alexy (*Ibid.*, p. 817-820). Il n'est pas certain que ce processus échappe à l'essentialisme que l'auteur voulait éviter concernant le contenu minimal des droits, voir *supra* note 619. Pour la place des valeurs et principes dans le raisonnement juridique, en lien avec l'argument de la rationalité, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>623</sup> CCC, T-426/92, op. cit., §25 : « *La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.* »

<sup>624</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, op. cit. note 5, p. 80.

<sup>625</sup> David Bilchitz ajoute néanmoins qu'il ne peut simplement s'agir de droits à l'importance morale préalable, en faisant des droits a priori, qui n'en seraient réellement que s'ils sont jugés tels ensuite : on ne saurait pas ce qui fonde cette importance morale préalable. Il préfère parler de « *defeasible moral claims* » (*Ibid.*, p. 80).

qu'un droit devienne inconditionnel<sup>626</sup> : le manque de ressources, l'urgence, le sacrifice impliqué pour d'autres individus c'est-à-dire pour la réalisation d'autres droits, et enfin l'effectivité, qui viendrait aider à délimiter les obligations afférentes au droit et donc, en retour, affecter la définition du droit lui-même<sup>627</sup>. Ces critères réunis permettent alors d'apprécier le besoin urgent de réaliser un droit indépendamment de l'interprétation de son contenu par une pondération qui en réduirait l'ampleur, selon les ressources disponibles et donc sans priver les autres individus de la reconnaissance des droits<sup>628</sup> ; on a vu combien les notions d'urgence et de ressources avaient servi en Afrique du Sud comme en Colombie à réduire l'ampleur de la définition du contenu des droits. David Bilchitz propose de définir d'autant plus solidement des droits sociaux inconditionnels qu'il admet que les droits peuvent être limités au stade de la définition des obligations, du fait des contraintes pesant sur l'action des pouvoirs publics vis-à-vis de la réalité sociale. Il maintient pourtant une définition des droits en amont qui repose sur un raisonnement « normatif » et « universel », et non la réalité sociale, parce qu'il y voit une exigence morale qui vaut pour la dignité des bénéficiaires mais également pour un futur où les ressources pourraient être disponibles en plus grande quantité<sup>629</sup>. L'auteur estime d'ailleurs que la Constitution de 1996 lui donne raison puisque les articles 26 et 27 sont rédigés en deux parties, la première affirmant le droit, la seconde évoquant la réalisation progressive<sup>630</sup>, comme on l'a vu. La difficulté est alors d'intégrer à la définition même des droits, tout en la présentant comme morale et éthique et donc en la soustrayant au droit positif, une limitation interne qui vient pourtant de présupposés sociopolitiques<sup>631</sup>.

### 3. Le caractère raisonnable des atteintes aux droits sociaux

La voie suivie par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud est néanmoins différente de celle proposée par David Bilchitz et de celle suivie par la Cour constitutionnelle de Colombie. La Cour a élaboré un contrôle spécifique aux droits sociaux dit du caractère raisonnable, qui n'est que

---

<sup>626</sup> On est loin, dès lors, des droits indérogeables qui le sont parce qu'ils seraient moralement importants – ou dits comme tel par un texte – puisqu'il s'agit ici de rechercher des critères concrets, propres à chaque droit voire aux circonstances de leur mise en œuvre. C'est que David Bilchitz revendique une théorie morale pluraliste, ouverte aux approches délibératives, qui ne se confondrait pas avec l'essentialisme des théories jusnaturalistes. Voir *infra*, chapitres 6 et 7.

<sup>627</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5 : « *we can deduce from a right the obligation to adopte effective methods of realizing the right to food of every person. Conditional rights thus contain within them an implicit appeal to effectiveness as a norm that must be taken into account when determining unconditional obligations* » (p. 89). Dès lors, « *effectiveness norms may themselves suggest the need to allow individuals a space beyond the realm of necessities in which to realize their own good* » (p. 90)

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 100 : « *In order to ascertain what actions should be undertaken by a society, it will be necessary to evaluate which actions best respect the equal value of individual lives, having particular reference to the urgency of the interests involved and the extent of the sacrifices required. As a general rule, the greater the urgency of the need, the greater the likelihood that a particular action will be required ; the lesser the sacrifice, the more likely it is that a particular action is required. Thus, such an overall enquiry will generally give priority to those in the worst-off situations, and yet allow for a space in which all individuals can freely pursue their own projects* »

<sup>629</sup> D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », *op. cit.* note 18, p. 58-59.

<sup>630</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5, p. 218.

<sup>631</sup> Voir *infra*, chapitre 3, section 2, §1.

lointainement inspiré du contrôle de proportionnalité et qui rejoint son refus d'attribuer un contenu minimal aux droits. À partir de la décision *Grootboom* de 2001, la Cour estime qu'il faut plutôt s'attacher à la sémantique de l'article et à sa distinction en deux paragraphes. L'article 26(1), puisqu'il évoque un accès au logement, renverrait non pas à la fourniture d'un logement mais à un ensemble de mesures : la Cour s'éloigne alors du texte lorsqu'elle en conclut que le logement veut dire plus qu'un toit<sup>632</sup> et qu'il faut différencier les groupes sociaux pour s'attacher à la situation des plus vulnérables : « un programme qui exclut une part significative de la société ne peut pas être dit raisonnable »<sup>633</sup>. Ce faisant, la Cour fait autant une lecture progressiste du texte qu'elle permet de s'écarter, même pour les plus démunis, de l'octroi d'un simple toit. En effet, à partir de cette lecture – qui indique en réalité le point où elle semble vouloir parvenir – la Cour estime que l'État n'est pas tenu de fournir un toit<sup>634</sup> mais de permettre une « réalisation progressive »<sup>635</sup>. Elle s'inspire alors du Comité des droits économiques, sociaux et culturels tout en refusant d'adopter sa vision d'un contenu minimal des droits<sup>636</sup>. L'obligation qui pèse sur les pouvoirs publics est alors à la fois plus large et plus étroite. Certes, « cela exige que l'État mette en œuvre un plan inclusif et réaliste afin de remplir ses obligations »<sup>637</sup> ; le contrôle du juge consiste alors à vérifier que les pouvoirs ont élaboré un cadre législatif et réglementaire qu'elle qualifie tour à tour de « cohérent », « raisonnable », « mesuré et flexible »<sup>638</sup> ; les mesures doivent prévoir le long et le moyen terme mais également les situations d'urgence, ce en quoi, selon la Cour, et du fait d'une lecture qu'elle qualifie de systématique de la Constitution et relie notamment à la dignité humaine, la réalisation progressive

---

<sup>632</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §35 : « *Housing entails more than bricks and mortar. (...) there must be land, there must be services, there must be a dwelling.* »

<sup>633</sup> *Ibid.*, §43 : « *a programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable* », voir aussi §36 et 37. En effet, « *to be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right* » (*Ibid.*, §44).

<sup>634</sup> *Ibid.*, §38 : « *subsection (2) also makes it clear that the obligation imposed upon the state is not an absolute or unqualified one.* »

<sup>635</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §45 : « *The extent and content of the obligation consist in what must be achieved, that is, "the progressive realisation of this right." It links subsections (1) and (2) by making it quite clear that the right referred to is the right of access to adequate housing. The term "progressive realisation" shows that it was contemplated that the right could not be realised immediately. But the goal of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the state must take steps to achieve this goal. It means that accessibility should be progressively facilitated: legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time. Housing must be made more accessible not only to a larger number of people but to a wider range of people as time progresses.* »

<sup>636</sup> Sandra Liebenberg, qui défend le contrôle effectué par la Cour en Afrique du Sud et a présidé le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, estime que le contrôle est bien conforme aux vues de ce dernier, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, 101-118, spec. 108-109. Si la Cour admet en effet le caractère de réalisation progressive, elle était fondée à rejeter le contenu minimal puisque la Constitution sud-africaine évoque l'adoption de mesures « appropriées », tandis que le Pacte onusien proclame un « droit au logement adéquat » (le raisonnement tenu par la Cour dans *Grootboom*, *op. cit.*, §28, voir *supra*, section 1, §2, A.).

<sup>637</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §38 : « *it requires the state to devise a comprehensive and workable plan to meet its obligations* ».

<sup>638</sup> *Ibid.*, §41, 42 et 43 : « *coherent* », « *reasonable* », « *balanced and flexible* ». La Cour estime que parexemple que les lois soient mises en œuvre par des « *appropriate, well-directed policies* », et que « *These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation* » (§42), ou encore, en l'espèce, qu'« *a co-ordinated state housing programme must be a comprehensive one determined by all three spheres of government in consultation with each other* » (§ 40).

ne doit pas être qu'un « progrès statistique » mais aussi envisager les personnes dans le besoin<sup>639</sup>. La Cour ordonne alors le relogement des requérants.

Mais l'on voit réapparaître dans cette construction la considération des ressources publiques qui fondait le rejet de l'invocabilité subjective du droit à la santé comme le droit à des soins dans la décision *Soo Bramoney*, de même que l'inapplicabilité de la disposition relative aux soins d'urgence dans l'espèce de 1997 : la Cour fait primer l'évaluation et la « justification<sup>640</sup> » des politiques mises en place – donc, des mesures déjà prises, appréciées dans une dimension négative – sur un mode de contrôle qui lui confierait au juge le rôle d'envisager les mesures à prendre. C'est en cela que le caractère raisonnable s'éloigne de la proportionnalité quand bien même il lui ressemble au niveau de la pondération que les deux modes de contrôle impliquent. Comme l'observe Sandra Liebenberg, le test du caractère raisonnable prend ensemble la définition du contenu des droits, la délimitation des obligations pesant sur les pouvoirs publics et la justification des limitations apportées par ces derniers, puisque la Cour inclut dans la sémantique des articles 26 et 27 l'exigence de justification que la Constitution sud-africaine prévoit pourtant séparément à l'article 36, dont la Cour restreint l'application aux droits civils et politiques<sup>641</sup>. En distinguant le contrôle réservé aux droits sociaux du test de proportionnalité, la Cour admet une marge de manœuvre plus large laissée aux autorités publiques, comme on peut l'imaginer d'un contrôle adapté aux obligations positives<sup>642</sup>.

La Cour a d'ailleurs estimé qu'un mode de contrôle différent devait s'appliquer aux cas où était seulement invoquée une atteinte aux droits sociaux de manière négative, et qu'alors seul l'article

---

<sup>639</sup> *Ibid.*, §43-44, notamment §44 : « Reasonableness must also be understood in the context of the Bill of Rights as a whole. The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test. »

<sup>640</sup> D. BRAND, « The Proceduralisation of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence, or “What are Socioeconomic Rights For?” », in H. BOTHA, A. VAN DER WALT, J. VAN DER WALT (dir.), *Rights and democracy in a transformative constitution*, Sun Press, 2003, p. 33-56, p. 40, qui évoque un “means-end justificatory model”. Sandra Liebenberg estime à l'inverse que la Cour n'avait aucune raison de s'intéresser à la politique mise en place en amont des ressources impliquées puisque les parties s'entendaient sur le coût très élevée de la dialyse et que la requête s'appuyait sur le critère d'urgence de l'article 27(3) et non sur l'accès à la santé des paragraphes (1) et (2), S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 141.

<sup>641</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 199-201. À l'inverse, David Bilchitz plaide pour l'utilisation de l'article 36 pour tous les droits, de manière à bien distinguer la limitation de la définition de ceux-ci, D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5, p. 175-176.

<sup>642</sup> C'est d'ailleurs ce que fait également la Cour européenne des droits de l'homme en réalisant un contrôle plus large que celui, restreint, des mesures nécessaires dans une société démocratique en matière d'obligations positives, qui s'explique à la fois par l'absence du contrôle d'une ingérence déterminée, et par le respect du principe de subsidiarité qui laisse les États libres des moyens à mettre en œuvre, F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.* note 264, spec. §34-35. Quand bien même la Cour n'examine souvent pas dans son contrôle plein si des mesures alternatives seraient moins restrictives, *Ibid.*, §46.

26(1) devait être considéré comme un droit *prima facie* dont l'atteinte devait s'évaluer par un test de proportionnalité fondé sur la clause générale de limitation de l'article 36 applicable à tous les droits<sup>643</sup>. Cela ne fait que renforcer la spécificité aux droits sociaux du test du caractère raisonnable, qui ressemble à bien des égards à un aménagement affaibli de l'office du juge constitutionnel en matière de prestations sociales. Or la Cour a pu reconnaître des obligations positives, par exemple pour le droit de vote, mais hors de l'article 36<sup>644</sup>. On ne comprend alors pas en quoi le raisonnement suivi pour les obligations négatives, en s'appuyant seulement sur l'article 36, ne pourrait pas s'appliquer aux situations de *Grootboom* ou de *TAC* dans lesquelles il y avait également, au moins en partie, la question d'une atteinte portée aux droits par les politiques mises en place<sup>645</sup>, si bien que la distinction entre obligations positives et obligations négatives posée par la Cour semble artificielle<sup>646</sup>. En effet, ces affaires ne concernent pas seulement des mesures à prendre ou, plus précisément, elles n'en concernent que si la Cour elle-même estime qu'il faut, dans le cadre d'une politique menée, prendre des mesures supplémentaires, par exemple pour faire face aux situations d'urgence dans la décision *Grootboom*. Le seul cas dans lequel un mode de contrôle qui ne vaudrait que pour les obligations positives serait justifié en ces termes est celui où aucune mesure n'aurait été prise. Or, ce genre de situation est hautement improbable dans un État moderne, *a fortiori* lorsque l'on ajoute la dimension progressive et cumulative des jurisprudences que la Cour colombienne comme la Cour sud-africaine envisagent pour justifier leurs choix interprétatifs.

Sans mettre l'accent avec autant de détail sur un mode de contrôle en particulier, la Cour constitutionnelle de Colombie a détaillé les obligations positives pesant sur les pouvoirs publics en matière de droits sociaux d'une manière qui n'est pas tout à fait étrangère au caractère raisonnable théorisé par la Cour sud-africaine<sup>647</sup>. En 2008, c'est à partir de la justiciabilité du droit à la santé comme droit fondamental – et non plus en connexité avec d'autres droits – que la Cour constitutionnelle de Colombie a pour la première fois défini un droit fondamental de nature social : le contenu du droit est alors défini par les multiples obligations pesant sur les pouvoirs publics dans sa réalisation ; la Cour va même plus loin en théorisant plus largement en quoi consistent les obligations positives : il faut qu'une politique publique existe, que sa finalité soit la garantie du droit

---

<sup>643</sup> CCAS, 8 octobre 2004, *Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* (Yvonne Mokgoro), §31-34.

<sup>644</sup> CCAS, 1er avril 1999, *August and another v. Electoral Commission and others* (Albie Sachs), §16. CCAS, 3 mars 2004, *Minister of home affairs v. National institute for crime prevention and reintegration of offenders (NICRO)* (Arthur Chaskalson), §28.

<sup>645</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §34. CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §46. Plus théoriquement, voir CCAS, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, *op. cit.*, §78.

<sup>646</sup> Sandra Liebenberg estime qu'il y a dans le contrôle des obligations négatives un « *stronger model of review* » dont la Cour devrait s'inspirer pour les obligations positives, au lieu de distinguer les modes de contrôle selon la distinction entre obligations positives et obligations négatives qui sont de toute manière toujours mêlées, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 218-219.

<sup>647</sup> Le caractère raisonnable est d'ailleurs une notion que la Cour colombienne utilise plutôt que la proportionnalité mais pour le contentieux des droits en général, voir A., *supra*.

en cause, et qu'elle comprenne des mécanismes de participation des citoyens<sup>648</sup>. Comme la Cour sud-africaine, la Cour colombienne donne alors un contenu aux obligations positives qui permet d'évaluer leur respect selon une méthode qui emprunte à la proportionnalité. Sans le dire explicitement, la Cour colombienne fonde les obligations positives sur un but légitime et une obligation de moyens. Le minimum de l'obligation positive - qui ne doit pas être confondu avec le minimum vital du droit – consiste alors à ce que les pouvoirs publics mettent en œuvre une politique, c'est-à-dire, même s'il s'agit ici de déterminer des obligations positives, qu'ils prennent des mesures, sans que celles-ci ne soient spécifiées. Seules les procédures participatives sont précisées. Conceptualiser une mise en œuvre des droits sans s'attarder sur les mesures à prendre ou en renvoyant à un cadre réglementaire très général permet de réaliser un contrôle de proportionnalité similaire à celui que l'on peut utiliser pour n'importe quelle obligation négative ou droit fondamental, sans avoir à produire de justifications nouvelles.

La Cour colombienne adopte une position *a priori* similaire à la Cour sud-africaine lorsqu'elle rend une décision controversée en invalidant l'indexation par le législateur du système national de prêts immobiliers sur les taux pratiqués dans l'économie, en s'appuyant sur le droit à l'acquisition du logement inscrit à l'article 51 de la Constitution, en jugeant qu'une telle indexation qui, dans la situation de l'inflation de la fin des années 1999, provoque le défaut de paiement de nombreux propriétaires, n'a pas su répondre à une obligation qui était celle d'une réalisation progressive du droit<sup>649</sup>. Mais l'interprétation de la réalisation progressive suscite ici peu d'intérêt puisque d'une part la Cour estime aisément une violation du droit, sans donc considérer le cas où les politiques publiques pourraient avoir été conformes au droit bien qu'en ne fournissant pas un toit comme la Cour sud-africaine l'estime ; d'autre part, contrairement à cette dernière, la Cour colombienne s'est donnée les moyens de répondre aux demandes vitales par le biais du contenu minimal et du droit à la subsistance quelle que puisse être, au-delà, l'obligation en matière de réalisation progressive. La Cour sud-africaine, elle, s'en tient à insérer l'urgence au sein de la réalisation progressive sans considérer *prima facie* aucune autre obligation pesant sur les pouvoirs publics.

---

<sup>648</sup> CCC, T-760/08, *op. cit.*, §3.3.11-3.3.14. La Cour s'appuie ensuite sur les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels pour qualifier plus précisément les obligations pesant sur les pouvoirs publics en matière de santé, puis examine l'une après l'autre des composantes telles que l'accès à un service de soin, l'affiliation des bénéficiaires à un système de remboursement, l'accès à des informations accessibles, la délivrance de soins de qualité dans un délai raisonnable, une protection spécifique pour les enfants (*Ibid.*, point 5). Dans une approche comparée et théorique, apportant une série d'obligations plus précises que celles de seulement respecter, protéger et promouvoir, voir V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 80, p. 32-37 (il s'agit notamment pour l'État de créer des normes, de créer un système de régulation, et de mettre en œuvre ou organiser la délégation d'un service public, en plus donc des obligations négatives empêchant de porter atteinte à la réalisation du droit fondamental en cause).

<sup>649</sup> CCC, T-383/99, notamment §4.

## §2. Une approche critique de la proportionnalité

Si une approche pragmatique montre les usages de la proportionnalité dans le contentieux des droits sociaux en Colombie et en Afrique du Sud, ceux-ci ne remplissent pas l'objectif qui leur est assigné, puisque la proportionnalité demeure une concrétisation (A) qui ne permet pas de définir les droits et obligations mais laisse cette définition aux présupposés naturalistes ou politiques (B).

### A. La proportionnalité comme concrétisation

La concrétisation permet opportunément d'éviter d'avoir à statuer sur la définition des droits (1) en ne définissant que les obligations, de manière pragmatique, et non le contenu (2).

#### 1. L'évitement de la définition des droits

David Bilchitz a appuyé sa théorisation d'un contenu minimal des droits sur une critique du test du caractère raisonnable des atteintes aux droits. Selon le juriste sud-africain, la notion de raisonnable renvoie à l'idée d'une marge d'appréciation laissée aux pouvoirs publics, à l'intérieur duquel ils peuvent agir, ce qui renvoie à une certaine déférence et à un affaiblissement de la normativité des droits<sup>650</sup>. Aussi le concept du raisonnable est « une notion abstraite et procédurale » qui relève d'un « échec à placer les intérêts fondamentaux des individus au centre de son contrôle dans de telles affaires »<sup>651</sup>, en plus de se concentrer sur les mesures sans évoquer les droits alors que pourtant ce sont les droits qui sont violés par les mesures. Or,

Il est difficile de trouver des raisons pertinentes d'inclure les droits socioéconomiques dans la Constitution sans reconnaître qu'ils ont été conçus pour protéger les intérêts fondamentaux des individus dans l'accès à des biens essentiels comme le logement, la nourriture, la santé (...) Ce n'est pas cohérent avec l'approche téléologique de l'interprétation constitutionnelle que la Cour a explicitement adoptée.<sup>652</sup>

Dans la décision *Grootboom*, pour David Bilchitz, le caractère raisonnable ne porte pas sur l'interprétation par les pouvoirs publics du contenu du droit et des obligations qui en découlent, mais sur les mesures concernées par l'affaire : dès lors, la Cour juge que la politique publique mise en œuvre n'est pas raisonnable du fait que le programme n'a pas mis en place de mécanisme pour faire face aux besoins des plus démunis. Cela ne veut pas dire que le programme n'est pas

---

<sup>650</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5, p. 142-149.

<sup>651</sup> *Ibid.*, p. 160 : « an abstract and procedural notion » qui relève d'un « failure to place the fundamental interests of individuals at the center of its enquiry in such cases ».

<sup>652</sup> *Ibid.*, p. 160 : « it is difficult to find adequate reasons for including socio-economic rights in the Constitution without recognizing that they are designed to protect the fundamental interests of individuals in having access to such essential goods as housing, food, and health care. (...) it does not cohere well with the purposive approach to constitutional interpretation expressly adopted by the Court ».



raisonnable en tant qu'il prévoit des logements à long terme. Avec le même argument mais une approche qui porte sur l'interprétation du droit par les pouvoirs publics et non les seules mesures prises, on aurait pu décider que la politique était raisonnable<sup>653</sup>. Pour maintenir de manière plus convaincante que la politique n'était pas raisonnable, il aurait fallu mieux définir le contenu du droit et les obligations selon David Bilchitz, c'est-à-dire passer de : « le gouvernement doit augmenter le nombre de personnes qui a accès au logement », à : « le gouvernement doit permettre à chacun d'avoir accès au logement ». Alors seulement n'est pas raisonnable une politique qui échoue à donner un logement aux requérants, la première position ne permettant pas de le dire<sup>654</sup>. Si la juridiction ne définit pas un « contenu général », « le contrôle du caractère raisonnable est vide » : « il lui manque les principes sur lesquels fonder les décisions relatives aux droits socioéconomiques<sup>655</sup>.

David Bilchitz reproche alors à la Cour de s'appuyer sur un argument « formel » que l'on entend ici comme textualiste et littéral en estimant que le second paragraphe des articles 26 et 27 doit se comprendre selon le premier, mais le juriste ne voit pas comment l'on pourrait définir les obligations sans définir le contenu qu'elles viendraient concrétiser, c'est-à-dire sans interpréter le premier paragraphe avant d'en venir à l'obligation de réalisation progressive du second<sup>656</sup>. La Cour colombienne est plus précise dans sa définition du droit à la santé lorsqu'elle en fait un droit fondamental, mais elle ne donne alors qu'une définition des obligations positives, sans revenir à une définition du droit constitutionnel à la santé et en proposant de surcroît une définition plutôt lâche

---

<sup>653</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>654</sup> *Ibid.*, p. 145 : « *The only basis upon which a proportionality argument could succeed if is one of the purposes of the Constitution is to meet people's basic needs. The measures adopted by the government could then be weighed against this end to determine whether or not bater were reasonable* ». Or, « *Yacoob J cannot reach his desire conclusion through the notion of reasonableness alone and must in some way recognize a minimum core obligation to meet basic needs (...) (I)n attempting to avoid recognizing a minimum core obligation, Yacoob J ends up smuggling an obligation to meet short-term needs into the very notion of reasonableness itself. It would certainly be more transparent and theoretically coherent to recognize what he is actually doing outright* » (*Ibid.*, p. 149).

<sup>655</sup> *Ibid.*, p. 161 : « *the enquiry into reasonableness is empty* » : « *it lacks a principled basis upon which to found decisions in socio-economic rights cases* ».

<sup>656</sup> *Ibid.*, p. 152-158. C'est d'ailleurs ce qu'admet Sandra Liebenberg dans sa défense d'un test du caractère raisonnable qui devrait, selon elle, être plus substantiel, sans néanmoins exiger la définition préalable des besoins comme le souhaite David Bilchitz, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 141. Dans la décision Soobramoney notamment, « *there is almost no attempt du interpret access to healthcare services as a constitutionally protected right (...)* » (*Ibid.*, p. 141). L'auteure estime que la Cour aurait très bien pu relier en amont le droit à la santé au droit à la vie, et alors protéger plus efficacement les droits constitutionnels du requérant en interprétant l'accès à la santé comme l'accès à la vie, *Ibid.*, p. 139-146.

des obligations positives<sup>657</sup>. La définition proposée par la Cour reste une liste des obligations qui pesaient sur les pouvoirs publics en l'espèce des *tutelas* regroupées pour la décision<sup>658</sup>.

Précisément, la Cour sud-africaine n'a retenu – en apparence du moins – qu'une démarche inductive pour définir les droits par leurs obligations. La concrétisation sert à définir le droit. Si la juridiction fait l'impasse sur la définition de droits *prima facie*, ce que fait à l'inverse la Cour colombienne, elle recourt finalement à un raisonnement similaire lorsqu'elle utilise une méthode proche de la proportionnalité pour définir les obligations relatives aux droits sociaux. Le caractère flexible du test du caractère raisonnable, souvent mis en avant<sup>659</sup>, approfondit l'argument de la séparation des pouvoirs : le contexte historique, économique et social est mis en avant comme une manière de prendre en compte les contraintes des acteurs publics<sup>660</sup>. Du point de vue de la Cour, cette solution ne laisse pas de côté les plus démunis puisque le caractère raisonnable implique que la mise en œuvre des droits, pour progressive qu'elle doive être, inclut leur situation de même que la réalisation de l'ensemble de la déclaration des droits<sup>661</sup>. C'est ainsi que le jugement *Grootboom*, estime qu'un programme d'accès au logement avait bien été mis en place par le Gouvernement, la province et la municipalité concernées<sup>662</sup>, mais qu'il ne pouvait pas réussir le test du caractère raisonnable du fait qu'il ne prévoyait pas de mesure d'urgence pour les personnes placées dans la

---

<sup>657</sup> La Cour le confirme sans l'admettre en s'appuyant exclusivement sur les commentaires du Comité des droits économiques, sociaux et culturels pour définir ces obligations positives, et non sur le droit constitutionnel colombien, qui est bien peu utile pour donner une telle définition tant que le juge lui-même ne l'a pas fait. En citant le Comité, la Cour s'en remet à un autre interprète, relativement à un autre texte, en tant qu'il est intégré au droit colombien. Il n'est alors pas étonnant que la Cour reconnaisse que si, en droit international, les obligations de respecter et de protéger les droits sociaux sont bien admises, celles de garantir, de faciliter ou de promouvoir (le Comité utilise les trois termes) laissent le débat « ouvert » (CCC, T-760/08, *op. cit.*, §3.4.2.9). La Cour en revient donc à la position du Comité lorsqu'il estime, de manière minimale, qu'il existe des « obligations basiques » en ce que les pouvoirs publics doivent élaborer une politique, quelle qu'elle soit, et permettre des mécanismes de participation du public (*Ibid.*, §3.4.2.10-12). Le détour par le droit international n'a pas fait avancer le raisonnement de la Cour.

<sup>658</sup> *Ibid.*, point 5.

<sup>659</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 173s.

<sup>660</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §42 : « In determining whether a set of measures is reasonable, it will be necessary to consider housing problems in their social, economic and historical context and to consider the capacity of institutions responsible for implementing the programme. The programme must be balanced and flexible and make appropriate provision for attention to housing crises and to short, medium and long term needs. A programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable. Conditions do not remain static and therefore the programme will require continuous review. » Pour une application, évoquant l'ampleur de l'épidémie du Sida, voir CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §123.

<sup>661</sup> CCAS, *Goobtboom*, *op. cit.*, §44 : « Reasonableness must also be understood in the context of the Bill of Rights as a whole. (...) To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test. »

<sup>662</sup> La Cour insiste même : « The programme is not haphazard but represents a systematic response to a pressing social need » (*Ibid.*, §54) ; « The housing development policy as set out in the Act is in itself laudable. It has medium and long term objectives that cannot be criticised » (*Ibid.*, § 64).

situation des requérants<sup>663</sup>. La Cour ajoute de surcroît à la violation du droit au logement celle du droit au respect de la dignité humaine du fait que l'expropriation a été faite dans des conditions qui « rappelaient le passé »<sup>664</sup>, même si la Cour n'était pas saisie des dispositions législatives en la matière. À l'inverse, dans la décision *TAC*, la Cour estime qu'un médicament rétroviral doit pouvoir être fourni à tous, précisément parce qu'il ne coûte « rien » en l'espèce<sup>665</sup>, contrairement au traitement concerné dans la décision *Soobramoney*. Plus précisément, les requérants ne demandaient pas la distribution à tous mais au-delà des centres de recherches auxquels le gouvernement avait confiné l'administration de la Nevirapine, au nom des coûts engendrés par la formation et l'accompagnement du traitement et de la sécurité du médicament que le juge écarte en s'appuyant sur les expertises médicales fournies, affirmant que la politique publique de distribution, de formation et d'administration du médicament n'était pas raisonnable<sup>666</sup>. Aussi, la Cour envisage bien l'alternative qui aurait consisté à étendre celle-ci en appuyant le caractère non-raisonnable sur le fait que l'extension se ferait « en l'état des ressources disponibles »<sup>667</sup>. Ce qui semble déterminer le jugement, par une formule qui ressemble à un jeu de mot sur la nature du test du raisonnable, est le caractère « inflexible<sup>668</sup> » du programme gouvernemental.

La juridiction est allée encore plus loin en ajoutant au test du caractère raisonnable une obligation d'implication significative (*meaningful engagement*) qui pèse sur les pouvoirs publics ou les personnes privées lors des expulsions de logements. Cette obligation impose de mettre en œuvre

---

<sup>663</sup> *Ibid.*, §52 : « there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods or fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. »

<sup>664</sup> *Ibid.*, §87 : « The state had an obligation to ensure, at the very least, that the eviction was humanely executed. However, the eviction was reminiscent of the past and inconsistent with the values of the Constitution. The respondents were evicted a day early and to make matters worse, their possessions and building materials were not merely removed, but destroyed and burnt. ». Pour une référence explicite à l'Apartheid, voir §10.

<sup>665</sup> CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §71.

<sup>666</sup> *Ibid.*, §67-89.

<sup>667</sup> *Ibid.*, §80 : « A potentially lifesaving drug was on offer and where testing and counselling facilities were available it could have been administered within the available resources of the state without any known harm to mother or child. ». Plus loin, la Cour détaille la facilité avec laquelle le programme de distribution du médicament et de formation à son administration pourrait être étendu, *Ibid.*, §83 et 95.

<sup>668</sup> *Ibid.*, §80.

une discussion entre les parties prenantes<sup>669</sup>. Une telle approche a pu être qualifiée de seconde vague de la jurisprudence sur les droits sociaux<sup>670</sup>. La Cour se fonde alors sur l'interprétation de l'article 26 élaborée en particulier dans l'affaire *Grootboom*, qui pose l'obligation de relogement, auquel elle conjugue les dispositions relatives à la participation des communautés au gouvernement local, la dignité, le préambule et le Bill of rights dans son ensemble, dans « son esprit et sa finalité »<sup>671</sup>. Une interprétation si vaste, comme la Cour en propose rarement, lui sert paradoxalement à éviter de définir des obligations substantielles<sup>672</sup>, en renvoyant à chaque négociation le contenu des dispositions évoquées. Comme souvent, on peut trouver deux explications à cette inflexion de la jurisprudence qui s'esquissait dès les premières décisions de la Cour : son approche procédurale tient autant à l'encadrement juridique des expulsions par la loi sud-africaine, puisque celle-ci fait reposer sur les pouvoirs publics une obligation de relogement afin de pouvoir exécuter une expulsion, qu'au choix répété de la juridiction de ne pas se situer sur le terrain des discussions substantielles des droits et principes constitutionnels. Mais le concept d'implication significative ou *meaningful engagement* a plus aisément été conçu favorablement par la doctrine qui y voyait le renforcement de l'*agency* et du dialogue institutionnel<sup>673</sup>.

---

<sup>669</sup> CCAS, 19 octobre 2008, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (Zakeria Yacoob), ci-après *Olivia Road*. La Cour étend ensuite cette obligation aux propriétaires privés qui demandent une expulsion mais en la faisant poser sur l'autorité publique qui exécute cette expulsion, CCAS, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *City of Johannesburg Metropolitan Municipality v. Blue Moonlight properties* (Johann van der Westhuizen). La Cour a également étendu l'obligation de *meaningful engagement* à l'occasion de la censure d'une loi de province du Kwazulu-Natal qui habilitait les autorités publiques à détruire des bidonvilles, au motif qu'elle n'était pas raisonnable du fait qu'elle définissait trop largement les terres ou habitations et qu'elle ne prévoyait pas de discussion avec les personnes expulsées, CCAS, 14 octobre 2009, *Abahlali baseMjondolo Movement SA v. Premier, KwaZulu Natal* (Dikgang Moseneke). Voir également CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke), réduisant la portée du concept de *meaningful engagement* en estimant qu'il ne s'agissait pas de proposer un logement qui convienne aux occupants expulsés mais seulement d'engager le dialogue. Pour une étude approfondie de ces mécanismes qui relèvent autant de la définition des obligations que de l'exécution, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>670</sup> J. DUGARD, S. WILSON, « Constitutional jurisprudence: The first and second waves », in M. LANGFORD (dir.), *Socio-economic Rights in South Africa: Symbols or Substance ?*, 2014.

<sup>671</sup> CCAS, *Olivia Road*, *Op. cit.*, §16 : « *The City has constitutional obligations towards the occupants of Johannesburg. It must provide services to communities in a sustainable manner, promote social and economic development, and encourage the involvement of communities and community organisations in matters of local government. It also has the obligation to fulfil the objectives mentioned in the preamble to the Constitution to "[i]mprove the quality of life of all citizens and free the potential of each person". Most importantly it must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights. The most important of these rights for present purposes is the right to human dignity and the right to life. In the light of these constitutional provisions a municipality that ejects people from their homes without first meaningfully engaging with them acts in a manner that is broadly at odds with the spirit and purpose of the constitutional obligations set out in this paragraph taken together.* »

<sup>672</sup> Pour une critique, voir S. LIEBENBERG, « Social rights and transformation in South Africa : three frames », *South African Journal of Human Rights*, vol. 31, n° 3, 2015, p. 446-471, spec. p. 456. L. CHENWI, « A new approach to remedies in socio-economic rights adjudication : Occupiers of 51 Olivia Road and others v. City of Johannesburg and Others », *Constitutional Court Review*, n° 2, 2009, p. 371-393, spec. 389-390.

<sup>673</sup> Voir S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, Juta & Co., 2013, p. 326-327. M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, Routledge, 2018, p. 52-58 et 69-71.

## 2. La définition des obligations au cas par cas

Plus généralement, les juges de notre étude recourent à une concrétisation<sup>674</sup> qui leur permet de ne pas avoir à théoriser les obligations positives ou négatives, sans parler donc du contenu sur lequel s'attarde David Bilchitz : les difficultés qu'impliqueraient les droits sociaux en la matière sont contournées, mais il est possible d'aller plus loin en jugeant que ces difficultés procèdent largement de présupposés conceptuels. Si l'on adopte à l'inverse la perspective d'une résolution des atteintes aux droits, non seulement on peut se passer d'une conclusion théorique sur la nature des obligations, mais l'on peut supposer que la contradiction n'a pas lieu d'être. Du point de vue du juge, en effet, les droits sociaux sont des normes qui n'ont pas plus de spécificité que chaque norme par rapport à toutes les autres<sup>675</sup>. Dès lors, pour chaque litige, l'alternative entre la définition d'un droit *prima facie* auquel on ajoute dans un second temps des obligations – la position colombienne – ou la seule définition des obligations par un contrôle du caractère raisonnable des mesures prises – la position sud-africaine – importe finalement peu. Dans les deux cas, avec les nuances vues précédemment dans les contextes sud-africain et colombien, le juge déplace l'interprétation vers la concrétisation des droits plutôt que leur seule définition abstraite comme la doctrine cherche à en produire<sup>676</sup>.

Un tel glissement est apparu lorsque la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a estimé pour la première fois que l'effet horizontal des droits évoqué à l'article 8 de la Constitution pouvait porter sur des obligations positives, et pas seulement négatives<sup>677</sup>. La Cour estime que le propriétaire d'un logement non seulement ne pouvait empêcher son occupante de réaliser les travaux tels qu'ils sont prévus par la loi, mais qu'il avait une obligation positive d'engagement substantiel. C'est un revirement par rapport à la position antérieure de la Cour<sup>678</sup>. Néanmoins, la Cour pose une limite à sa nouvelle jurisprudence en distinguant les droits civils et politiques des droits sociaux en estimant que ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'obligations positives pesant sur les personnes privées. L'argument de la Cour est typique d'un argument d'opportunité basé sur une estimation de la répartition des ressources, sans même s'appuyer sur une disposition constitutionnelle : il « ne serait

---

<sup>674</sup> La Cour l'assume par exemple dans *Soobramoney*, en distinguant l'interprétation de sa concrétisation (§26 et 27).

<sup>675</sup> On le voit bien dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a pu définir des obligations positives pour de nombreux droits qui n'ont a priori rien à voir avec une seconde ou une troisième génération de droits, sauf à considérer que ces mêmes droits pouvaient changer de nature en fonction des obligations qui leur sont associées, voir *infra*.

<sup>676</sup> Pour une discussion de ce raisonnement dans le contexte des cultures juridiques sud-africaine et colombienne, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>677</sup> CCAS, 11 mai 2017, *Daniels v. Scribante and Another* (Mbuyiseli Madlanga).

<sup>678</sup> Voir CCAS, 11 avril 2011, *Governing Body of the Juma Masjid Primary School v. Essay N.O.* (Bess Nkabinde). La Cour estime qu'une personne morale privée, dont le terrain était occupé par une école publique dont le gouvernement ne payait pas le loyer et qui cherchait à obtenir l'expulsion, était bien soumise à une obligation positive de ne pas porter atteinte au droit à l'éducation des élèves, mais non à une obligation positive de le leur fournir, qui reposait sur l'État, tandis qu'en l'espèce, les discussions engagées par la personne privée avec le gouvernement constituaient une atteinte raisonnable à une telle obligation négative. Voir CCAS, *Daniels v. Scribante*, *op. cit.*, opinion dissidente de Chris Jafta.

pas raisonnable » d’attendre des acteurs non-étatiques qu’ils participent au financement du bien-être général de la même manière que les personnes publiques<sup>679</sup>. De manière intéressante, la principale justification normative de la Cour est une citation de la décision *Mazibuko* qui elle-même cite les affaires *Grootboom* et *TAC* pour dire que les articles 26 et 27 portant plusieurs droits sociaux n’impliquent pas d’obligations positives en lui-même, puisque son second alinéa évoque une réalisation progressive. Il ne s’agit donc pas d’imposer de telles obligations aux personnes privées. Pour David Bilchitz, les obligations étant toujours complexes, il est difficile de les distinguer et de n’appliquer qu’une obligation négative aux personnes privées<sup>680</sup>. L’auteur plaide pour une approche « multifactorielle » adaptée à chaque droit en fonction du contexte<sup>681</sup>. Ce faisant, David Bilchitz appelle à l’approche pragmatique à laquelle il s’oppose en matière de droits sociaux<sup>682</sup> et plaide notamment pour l’usage du contrôle de proportionnalité<sup>683</sup>. L’auteur oppose alors à la jurisprudence de la Cour en matière d’effet direct la propre approche de la juridiction, c’est-à-dire une concrétisation par un raisonnement de proportionnalité qui ne se préoccupe pas de considérations théoriques sur la nature des obligations ou leur contenu minimal, approche dont elle s’est départie en posant une limite aux obligations positives pesant sur les personnes privées. La Cour avait pourtant bien appliqué cette doctrine hors des droits sociaux en estimant que les clauses contractuelles étaient soumises aux droits et valeurs constitutionnels<sup>684</sup>. De même, la Cour avait pu estimer que du fait du nouvel ordre constitutionnel, le contrôle des pouvoirs publics était toujours une question constitutionnelle, et non une question relevant de la *Common law*<sup>685</sup>.

La Cour constitutionnelle de Colombie a établi l’application directe des droits en poursuivant sa doctrine en matière de droits sociaux. La Cour s’est appuyée sur l’article 42 du décret 2591 de 1991 encadrant la *tutela* et prévoyant une invocabilité face aux particuliers en évoquant un lien de subordination ou d’absence de défense (*indefensión*) du requérant. La Cour s’appuie alors sur

---

<sup>679</sup> CCAS, *ibid.*, §40 : « *I should not be misunderstood. I am not suggesting that the positive nature of the obligation imposed by the right in issue is of no moment. It is relevant. Section 8(2) places “the nature of the duty” imposed at the centre of the enquiry. The quality of being positive is about “the nature of the duty”. So, it must come into the equation. Currie and De Waal make the point that “the state is supposed to be motivated by a concern for the well-being of society as a whole” and, in doing something in that regard, it is funded by the public purse. Private persons, on the other hand, fund their conduct from their own pockets. It would be unreasonable, therefore, to require private persons to bear the exact same obligations under the Bill of Rights as does the state* ».

<sup>680</sup> D. BILCHITZ, *Fundamental Rights and the Legal Obligations of Business*, Cambridge University Press, 2021, p. 340-351, estimant que la Cour n’a pas démontré en quoi les obligations positives découlant des droits sociaux seraient différentes du point de vue de l’effet horizontal, ni en quoi il n’existerait pas en l’espèce un droit social.

<sup>681</sup> *Ibid.*, p. 219s.

<sup>682</sup> *Ibid.*, p. 228s, même s’il évoque ses travaux et le *minimum core* mais sans le relier explicitement à sa théorie ici, p. 236-240.

<sup>683</sup> *Ibid.*, p. 264s.

<sup>684</sup> CCAS, 4 avril 2007, *Barkhuizen v. Napier* (Pius Langa).

<sup>685</sup> CCAS, 25 février 2000, *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another: In Re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others* (Arthur Chaskalson).

un examen casuistique de ces deux critères<sup>686</sup>. Cette casuistique mène la Cour à considérer des relations particulières : elle estime que l'abus de pouvoir contre lequel la *tutela* a été instituée peut-être commis par des personnes privées lorsqu'elles exercent « une fonction sociale » et détiennent un certain « pouvoir social » vis-à-vis des particuliers<sup>687</sup>. La *tutela* étant d'abord considérée sur le fondement de la violation des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour et les solutions étant élaborées de manière casuistique, son opposabilité aux personnes privées n'est pas une difficulté particulière. Une grande partie des affaires en matière de droit à la santé porte ainsi sur la fourniture de soins par les entreprises du système hybride colombien.

La concrétisation peut prendre un autre sens lorsque le raisonnement permet d'écarter une disposition sans toutefois la considérer contraire à la Constitution<sup>688</sup>. Ainsi lorsqu'elle répond positivement à trois requérants ayant contracté le VIH, la Cour constitutionnelle de Colombie accorde les demandes en *tutela*, y compris à l'un des trois requérants morts du Sida entre temps (sans preuve d'un lien avec le refus du test) ; elle écarte alors les règles excluant le test du POS sans les confronter au droit à la santé, qui alors exigeait une connexité avec le droit à la vie, en mettant en avant les difficultés économiques des requérants, qui bien que travaillant n'avaient pas de quoi atteindre un minimum nécessaire à la vie quotidienne, ni ne pouvaient avoir accès à des soins hors de l'aide publique<sup>689</sup>. Dans une autre affaire, la Cour invoque les ressources publiques des entreprises du secteur de la santé liées au POS pour arguer du fait qu'une exception accordée à un patient du fait de l'extrême gravité de son état qui constitue une atteinte à son minimum vital ne vaut pas annulation de l'exclusion du soin en cause par la loi<sup>690</sup>. Le juge peut avoir tendance à tirer vers la concrétisation le travail de définition des droits. Mais est-ce restreint à quelques affaires ? C'est

---

<sup>686</sup> Voir CCC, T-573/92 (Ciro Angarita Baron). CCC, T-172/97 (Vladimiro Naranjo Mesa). CCC, T-473/00 (Álvaro Tafur Galvis). CCC, T-869/02 (Manuel José Cepeda Espinoza). CCC, T-482/04 (Álvaro Tafur Galvis). CCC, T-487/06 (Jaime Araujo Rentería). CCC, T-909/10 (Mauricio González Cuervo). CCC, T-658/11 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). CCC, T-136/13 (Jorge Iván Palacio Palacio). CCC, T-694/13 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>687</sup> CCC, T-251/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §9 : « *Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalearon de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.* »

<sup>688</sup> Ce qui ne veut pas dire pour autant que la disposition écartée du litige aurait pu être annulée, comme on l'imagine du point de vue français, puisque l'office du juge en Afrique du Sud comme en Colombie, dans le cadre des demandes individuelles (i.e. des *tutelas* en Colombie), est conçu comme un contrôle concret et non un contrôle objectif de la norme. Voir chapitre 6 *infra*.

<sup>689</sup> CCC, T-1207/01 (Gil Rodrigo Escobar).

<sup>690</sup> CCC, T-236/98. CCC, SU-111/97. CCC, T-640/97. Dès lors, CCC, T-283-98, §1. : « *la reglamentación legal o administrativa se torna inconstitucional para el caso concreto, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales y, en dicha circunstancia, debe inaplicarse para dar prevalencia a las disposiciones constitucionales.* »

qu'une définition abstraite des droits n'est peut-être ni possible, ni souhaitable, même si les réflexions académiques sur le sujet abordent rarement ce point. Lorsqu'il s'en tient à la concrétisation, le juge se dérobe-t-il à son rôle ou est-il simplement pragmatique ? Une réponse, on l'a vu, peut consister à dire que le juge définit effectivement le contenu des droits mais qu'il le fait de manière inductive à partir des obligations voire de la situation factuelle concrète. Ou qu'il vient corriger une définition *prima facie*, ce qui, du point de vue de la résolution du litige, aboutit à la même conclusion<sup>691</sup>. Le juge remonterait de l'appréciation de la proportionnalité des mesures adoptées vers les droits, ou vers une première définition *prima facie* des droits.

## **B. La proportionnalité contre la définition des droits et obligations**

Contrairement à ce que les discours favorables à la concrétisation laissent entendre, celle-ci ne permet pas de définir de manière juridique ni le contenu des droits et obligations (1) et appellent à une étude des présupposés factuels et politiques (2).

### *1. La proportionnalité ne permet pas de définir le contenu des droits et obligations*

Une distinction doit être faite dans la conceptualisation même de la méthode du contrôle de proportionnalité qui remet en cause la vision inductive vue précédemment. On voit mal en quoi le contrôle de proportionnalité permettrait de déterminer le contenu des droits, puisqu'il ne vise que des mesures et non l'obligation elle-même : on se retrouve alors avec une méthode de résolution des litiges qui propose au cas par cas des solutions d'une manière certes rationalisées, mais qui ne définit pas pour autant le contenu du droit. Dès lors, l'approche colombienne, pour satisfaisante qu'elle soit intellectuellement, présente le défaut de définir un contenu avec une méthode inadaptée – il faudrait assumer une théorie politique ou philosophique au lieu d'une technique qui se présente comme la mesure juridique de l'atteinte aux droits, si une telle mesure était possible hors d'une appréciation factuelle et, donc, d'une appréciation de nature politique ou philosophique. À l'inverse la Cour sud-africaine s'en tient très formellement à la proportionnalité pour ne pas avoir, précisément, à définir le contenu des droits.

Pourquoi la Cour et les auteurs colombiens insistent bien plus que la Cour et les auteurs sud-africains sur la proportionnalité, au-delà d'une seule mesure du raisonnable, alors même qu'ils sont plus enclins à définir un contenu minimal aux droits ? Il semble au contraire qu'une telle définition relèverait d'une approche particulièrement agressive si elle n'était pas compensée, au

---

<sup>691</sup> En effet, que l'on définit un contenu des droits pour ensuite les appliquer en définissant des obligations afférentes, ou que l'on s'intéresse surtout aux obligations en définissant les droits dans le même temps, le résultat juridique, c'est-à-dire le dispositif adopté, est le même. C'est seulement la voie adopter pour aboutir à cette conclusion qui change. Une autre différence réside dans le discours qui est alors produit, voir *infra*, chapitre 5.



moment de la définition *prima facie* des obligations pesant sur les pouvoirs publics, d'une prise en compte concrète des limites de la réalisation des droits, c'est-à-dire de la réalité de la séparation des pouvoirs et des capacités du juge vis-à-vis des acteurs publics. À l'inverse, la Cour sud-africaine peut s'en tenir à une formulation très générale de la pondération des droits et des objectifs légitimes puisqu'elle ne prétend pas définir des droits. Dans les deux cas, la proportionnalité est une méthode incontournable, du point de vue de leurs propres prémisses. Pour que l'on puisse distinguer les droits de leurs obligations, ou pour que l'on puisse corriger une définition *prima facie* par une application en fonction des obligations que le juge estime peser sur les pouvoirs publics, il faut bien définir ces obligations. Or, pour apprécier un tel objet, une mesure de l'atteinte aux droits est nécessaire. Définir une obligation sans considérer cette atteinte ramènerait en effet indéfiniment vers la question initiale et insoluble de la définition du contenu des droits sociaux. On ne peut définir les obligations pesant sur les pouvoirs publics lorsque la Constitution établit que chacun est titulaire d'un droit à l'eau si l'on ne définit pas ce qu'est un droit à l'eau, et à quelle quantité, nature, mode d'approvisionnement ce droit renvoie, et à qui il faut la demander, sauf à examiner concrètement les mesures (ou l'inaction) contestées par les requérants, sans se poser de question normative. En outre, en mettant en avant un contrôle du caractère raisonnable proche de la proportionnalité et en intégrant donc les ressources dans la définition des droits par la définition de leurs obligations, la Cour sud-africaine répond au problème central de l'interprétation des droits qui est la résolution des conflits entre eux. Lorsque la Cour dit qu'il faut considérer la réalisation progressive des droits en fonction des ressources disponibles, elle ne s'appuie pas tant sur une lecture littérale du texte qu'elle en fait une interprétation systématique qui met en avant, hiérarchiquement, le caractère de réalisation progressive avancé au second paragraphe des articles 26 ou 27 afin de permettre que les droits eux-mêmes puissent être réalisés pour tous, et pas seulement des requérants qui seraient titulaires d'un contenu minimal opposable<sup>692</sup>.

On en revient alors à la question de fait qu'apprécie séparément, en principe, la troisième étape du contrôle de proportionnalité. Ce n'est pas un hasard si Robert Alexy, qui réduit la proportionnalité à la pondération, en défend la rationalité quand bien même elle constituerait, il l'admet, une méthode « par l'exemple<sup>693</sup> ». Cela d'autant plus qu'en matière de droits sociaux, on se trouve rarement face à une absence totale de mesures mais que l'on examine en quoi les mesures

---

<sup>692</sup> La Cour évoque les « *larger needs of society* » (CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §31).

<sup>693</sup> R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.* note 245, p. 437-438. L'auteur estime qu'il s'agit « d'une méthode possible » et l'on croit comprendre que l'autre consiste dans l'usage de sa « *weight formula* » qui vient donner un poids théorique aux différents éléments de la pondération, et fixer l'intensité de la satisfaction et de la non-satisfaction de ces éléments, mais d'une part on ne voit pas en quoi il ne s'agit pas là encore d'une démarche casuistique, d'autre part on n'a encore jamais vu un juge utiliser ce genre de formule mathématique pour résoudre un litige.

prises étaient suffisantes, en fonction par exemple des seuils définis plus haut, ce qui n'est pas différent de la question de l'atteinte portée par une mesure à l'égard du droit dans l'obligation négative<sup>694</sup>. On notera que les décisions sud-africaines sont construites comme le contrôle d'obligations négatives, non seulement parce qu'elles examineraient celles-ci avant d'autres<sup>695</sup>, mais aussi parce que les obligations positives examinées ici sont en réalité toujours adossées à une politique publique jugée non-raisonnable, c'est-à-dire bien souvent insuffisante. Les droits sociaux ne poseraient vis-à-vis du contrôle de proportionnalité le problème propre à la délimitation d'obligations positives que dans le seul cas, purement théorique, où strictement aucune mesure n'aurait été prise.

Les étapes d'adéquation et surtout de nécessité sont implicites dans le raisonnement de la proportionnalité *stricto sensu* en matière d'obligations positives : il s'agit de mettre en vis-à-vis des mesures prises et des alternatives possibles dont le juge choisit d'en regarder un certain nombre, ou aucune. C'est en cela que la proportionnalité ne peut servir à définir le contenu des droits en matière de droits sociaux et d'obligations positives. La proportionnalité n'est jamais prévisible ou universelle car elle est normative, c'est-à-dire qu'elle commande une décision à prendre et ne peut être descriptive d'une réalité connaissable. Elle n'est pas un instrument de connaissance et c'est pourquoi, d'ailleurs, la Cour sud-africaine élabore son test du caractère raisonnable sans parler de proportionnalité : si elle se déclare limitée dans le travail interprétatif par le manque d'informations, sa méthode de détermination des obligations pesant sur les pouvoirs publics inclut une limite normative telle que le souci de ne pas exiger plus que ce que les « ressources disponibles permettent<sup>696</sup> ». La proportionnalité est en effet un outil d'évaluation des politiques publiques : il s'agit toujours de déterminer si des mesures particulières vont trop loin selon un seuil redéfini à chaque fois.

---

<sup>694</sup> La distinction entre obligation positive et obligation négative tombe lorsqu'elle suppose qu'une atteinte (dans l'obligation négative) serait foncièrement différente d'une abstention (dans l'obligation négative). Or, si l'on définit un ensemble d'obligations de ne pas agir, on définit nécessairement un ensemble d'obligations d'agir de manière à ne pas enfreindre le droit négativement, autant que de manière à le promouvoir positivement. Dit autrement, on peut décomposer les obligations prises séparément en exerçant pour chacune un contrôle de proportionnalité en considérant qu'une omission est une lacune de la politique publique mise en place dans le secteur concerné, ce que fait, en réalité, le contrôle du caractère du raisonnable mieux que le contrôle de proportionnalité, voir §1, B, 3., *supra*. Si l'on peut maintenir la proportionnalité elle-même en examinant un continuum d'obligations, avec un principe de non-rétrogression et des critères progressifs jusqu'à l'éventuelle prescription de mesures à prendre, c'est au prix du maintien de la distinction entre obligations positives et négatives, voir §1, A, 2., *supra*.

<sup>695</sup> Voir note 645, *supra*.

<sup>696</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §46.

## 2. La proportionnalité ne permet pas de définir les obligations

On retrouve dans ce qui précède deux approches différentes de l'office juridictionnel, qui constituent le présupposé principal des raisonnements en matière de droits sociaux. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud porte volontiers son intérêt sur la réalisation pragmatique des droits dans les espèces concernées, à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>697</sup> ou, du droit administratif, entendu par le juriste américain Cass Sunstein mais aussi dans le contexte sud-africain comme une évaluation des mesures des autorités publiques d'une manière procédurale<sup>698</sup>. La Cour aurait réussi, à partir d'un mandat qui pouvait aboutir à lui confier un rôle politique illégitime, à élaborer une approche respectueuse du pouvoir politique tout en exerçant malgré tout un contrôle conforme au sens de la transition démocratique de 1993. Sandra Liebenberg y voit un véhicule pour un raisonnement en termes de valeurs qui dépasse cette dimension procédurale<sup>699</sup>, mais il s'agit pour l'auteur de mettre en avant une interprétation alternative, plus substantielle et plus relationnelle, de la Constitution sud-africaine<sup>700</sup>. À l'inverse, la Cour constitutionnelle de Colombie semble plus intéressée par les constructions théoriques et l'élaboration d'un contrôle de proportionnalité à la manière allemande en parallèle de droits eux-mêmes construits par la jurisprudence.

Autant la critique de David Bilchitz est juste lorsqu'elle souligne que la Cour sud-africaine ne définit pas de contenu – si cela était souhaitable – autant cette critique propose un usage du contrôle de proportionnalité qui semble contradictoire lorsque le juriste défend l'idée que celui-ci devrait plutôt être appliqué à partir d'un contenu minimal des droits, vis-à-vis du programme de logement dans son ensemble<sup>701</sup>, à l'instar de ce que fait la Cour colombienne. David Bilchitz craint qu'une définition des droits et de leurs obligations au même moment (c'est-à-dire l'intégration de l'efficacité dans la construction du droit fondamental en question) en vienne à réduire la force

---

<sup>697</sup> F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.* note 264, §9 et 10 : « il ne faut jamais oublier, s'agissant du contrôle pratiqué par la Cour européenne, que l'exigence d'effectivité des droits garantis commande toute la démarche du juge européen. La Cour européenne fait preuve d'un grand pragmatisme et est plus intéressée par le résultat obtenu – la garantie effective des droits – que par la technique de contrôle. De fait, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne obéit à une démarche casuistique qui, là comme ailleurs, témoigne de la réticence de la Cour à se laisser enfermer dans des constructions théoriques préétablies ». L'auteur estime que l'on peut parler d'une inspiration allemande *grosso modo* quand bien même la CEDH se concentre sur la proportionnalité *stricto sensu*.

<sup>698</sup> C.R. SUNSTEIN, « Social and economic rights ? Lessons from South Africa », *Constitutional forum*, vol. 11, n° 4, 2001, p. 123-132. D. BRAND, « The Proceduralisation of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence, or "What are Socioeconomic Rights For?" », *op. cit.* note 318. La question est en réalité celle de l'aspect procédural du contrôle exercé par le juge constitutionnel sud-africain, qui recoupe les modes d'exécution qu'il met en œuvre, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>699</sup> Voir *supra*, §2 A. 2., et pour une analyse de la jurisprudence administrative sud-africaine, qui s'inspirerait en partie du test plus substantiel du caractère raisonnable de la Cour constitutionnel, voir G. QUINOT, S. LIEBENBERG, « Narrowing the Band: Reasonableness Review in Administrative Justice and Socio-Economic Rights Jurisprudence in South Africa », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 639-663.

<sup>700</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 1, §2, B.

<sup>701</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 5, p. 142-145.

normative du droit. Définir ce seuil dans l'abstrait comme le propose David Bilchitz se heurte à l'obstacle du jusnaturalisme ou de l'essentialisme abstrait : en estimant que l'absence de définition abstraite mènerait à des « décisions incorrectes dans d'autres circonstances », le juriste présuppose la possibilité d'une définition juste<sup>702</sup>. Or, si l'on reconnaît que le contrôle de proportionnalité porte toujours sur des mesures et ne permet pas, en soi, l'interprétation commandée par David Bilchitz, la proposition normative de ce dernier se retrouve privée de méthode. On ne sait pas comment il faudrait fixer les droits autrement que par un jugement moral appuyé sur des auteurs tels que Amartya Sen ou Martha Nussbaum. David Bilchitz ne s'en prive pas en fondant sa méthode d'interprétation en deux seuils et en réduisant la proportionnalité à une phrase de concrétisation qu'il distingue bien de l'interprétation normative.

À l'inverse, la défense du test du caractère raisonnable repose toujours *in fine* sur des présupposés relatifs à la légitimité démocratique, qui renvoient à la capacité institutionnelle du juge. Sandra Liebenberg reconnaît ainsi les critiques qui peuvent être adressées à la Cour en ce que celle-ci ne définirait pas suffisamment les droits voire ne serait pas à la hauteur du mandat de transformation sociale qui lui aurait été confié. Mais elle est tout autant si ce n'est plus sensible aux arguments selon lesquels le juge n'est pas fondé à définir un contenu minimal, qui « a tendance à fermer les processus délibératifs et discursifs à propos du contenu normatif, de la priorisation et des méthodes de réalisation des droits économiques et culturels »<sup>703</sup>. Les approches en termes de besoins ou de survie ont en effet le double défaut de rigidifier les critères de priorisation des demandes sociales et de minimiser ces dernières<sup>704</sup>. Le caractère raisonnable, pour ce qu'il a de normativement faible, a l'avantage de faire reposer l'obligation du côté de la justification et de l'inclusivité des demandes sociales, d'une manière flexible et attentive au contexte<sup>705</sup>. Aussi, en examinant les obligations pesant sur les pouvoirs publics plutôt qu'en définissant d'abord le contenu des droits, le juge ouvre à un « dialogue relationnel entre requérants, défendeurs et la Cour à propos de la justifiabilité des objectifs de l'État et des moyens utilisés pour les réaliser<sup>706</sup> ». Le critère du choix entre une approche flexible ou contextuelle et une approche normative ne se fait plus sur le

---

<sup>702</sup> *Ibid.*, p. 160 : « *by limiting its decisions to the narrow confines of particular cases, a court can also avoid making general pronouncement that may in future lead to incorrect decisions in different circumstances* ».

<sup>703</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 76, p. 167-168. Pour l'auteure, qui débute ainsi son analyse, « *the concept of minimum core obligations purportedly creates the danger that courts will transgress the boundaries of their institutional legitimacy and competence/capacity*. » (*Ibid.*, p. 165). Pour la conception délibérative de la démocratie sud-africaine proposée par Sandra Liebenberg, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>704</sup> *Ibid.*, p. 168-170. Pour l'auteure, « *a minimum core approach grounded in biological survival is thus insufficiently responsive to the diversity of important needs faced by differently situated groups in our society* » (p. 170). Pour une étude du minimalisme des droits sociaux, voir *infra*, chapitre 3, et pour une étude de l'opposition entre survie biologique et demandes sociales, voir *infra*, chapitre 4.

<sup>705</sup> *Ibid.*, p. 173-174. L'auteure parle de « *responsiveness* » et de « *context-sensitive basis for evaluating (...) claims* », des termes difficilement traduisibles en français.

<sup>706</sup> *Ibid.*, p. 175. Pour l'étude de cet argument de nature dialogique, voir *infra*, chapitres 7 et 8.

fondement du texte constitutionnel ou de la nature des biens sociaux, mais à partir d'un présupposé sur la démocratie et le rôle que devrait y occuper le juge<sup>707</sup>.

Toutefois, même du point de vue de la démocratie délibérative et précisément pour permettre une délibération substantielle, il serait nécessaire selon Sandra Liebenberg de mieux définir le contenu des droits, non pas de manière absolue avec un contenu minimal reposant sur des besoins naturels, mais en incluant dans le test du caractère raisonnable un examen casuistique des droits en cause<sup>708</sup>. Dès lors, les juridictions devraient adopter un mode de contrôle attentif au contexte de l'ordre de la proportionnalité et qui, délesté de l'exigence d'un contenu minimal, se base autant sur les droits sociaux que sur le droit à la vie et à la dignité, la participation démocratique et les libertés<sup>709</sup>. Cette approche semble particulièrement proche de celle de la Cour constitutionnelle de Colombie. Une telle substantialisation s'enrichit alors nécessairement de questions que la proportionnalité ou une lecture littérale ne peuvent résoudre. Comme le dit Sandra Liebenberg elle-même, par exemple,

la distinction même entre les droits civils et politiques 'justiciables' et les droits socio-économiques non justiciables est en soi profondément politique. Elle privilégie la liberté négative et le statu quo économique existant, et occulte les coûts et les dimensions politiques des droits civils et politiques.<sup>710</sup>

---

<sup>707</sup> L'argument démocratique n'est pas le seul avancé, même s'il occupe une place de choix dans le raisonnement de Sandra Liebenberg : l'auteure évoque également brièvement un argument textuel qui reviendrait à inverser l'interprétation du découpage sémantique des articles 26 et 27 de la Constitution en estimant que le constituant a distingué les obligations du contenu des droits non pour limiter ceux-ci ou préciser l'importance d'un contrôle de la réalisation progressive, mais pour mettre en valeur un contenu bien distinct des obligations (*Ibid.*, p. 180). Ce qui n'implique pas nécessairement de suivre David Bilchitz en jugeant que la concrétisation (qui n'est pas réduite aux obligations) doit être précédée de la définition d'un contenu. De même, Sandra Liebenberg a pu critiquer la Cour suprême d'appel pour avoir accordé un montant minimal d'eau gratuite en se basant sur un argument de théorie du droit, selon lequel la juridiction n'avait aucune base normative solide pour fixer un tel montant et en faire une obligation découlant du texte constitutionnel, ce qui rejoint une critique du caractère jusnaturaliste des raisonnements en matière de *basic needs* et de *minimum core*, J. DUGARD, S. LIEBENBERG, « Muddying the waters : the Supreme Court of Appeal's judgement in the Mazibuko case », *ESR Review*, vol. 10, n° 2, 2009, p. 11-17

<sup>708</sup> *Ibid.*, p. 175-183 (qui évoque un « *substantive content* » au sein du caractère raisonnable, p. 177). En cela, l'auteure ne s'oppose pas tant au *minimum core* qu'elle s'oppose à sa relecture en termes de besoins par Amartya Sen ou David Bilchitz : l'usage qu'elle en fait est au contraire plus fidèle à la vision ramenée vers les obligations qu'en a le Comité des droits économiques, sociaux et culturels - qu'elle a présidé ultérieurement à son commentaire général sur le sujet.

<sup>709</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>710</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *Stellenbosch Law Review*, vol. 1, 2006, p. 1-36, p. 16 : « *the very distinction between "justiciable" civil and political rights versus non-justiciable socio-economic rights is in itself deeply political. It privileges negative liberty and the existing economic status quo, and obscures the costs and policy dimensions of civil and political rights.* »

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Puisque l'activisme est un espace qui s'ouvre et que l'interprétation des énoncés n'est pas déterminée à l'avance, les ordres juridiques sud-africain et colombien ont vu se réaliser un processus de définition des droits sociaux rarement mis en œuvre à l'époque contemporaine, au sein d'une tension jamais résolue entre l'exigence de définition d'un contenu, au risque de vider l'idéal constitutionnel, et le refus d'une définition trop substantielle qui les ferait apparaître comme un constituant à part entière. On peut rapprocher les deux cours par le fait que leur travail a autant constitué une forme d'activisme, ce en quoi les juridictions sont apparues comme des pouvoirs constitutionnels particulièrement puissants, qu'il a été marqué par certaines limites que les cours se sont fixées à elles-mêmes et qui tempèrent l'idée d'un activisme débordant. L'enjeu n'est donc pas celui d'un problème de nature qu'impliqueraient des générations de droits, mais plutôt du rôle qu'occupe le juge dans la définition de leur contenu, avec des parts variables de référence textuelle et de présupposés moraux et politiques.

La Cour colombienne a très tôt choisi de reconnaître un contenu minimal des droits sociaux, alors même que leur justiciabilité n'allait pas de soi : la Cour a développé leur connexité avec le droit à la vie et mis en avant un principe d'État social de droit avant de définir les droits sociaux comme des droits fondamentaux en eux-mêmes. La juridiction postule alors une définition *prima facie* des droits, en lien avec le contenu minimal redéfini dans le contexte local à partir du droit international et des discussions internationales, puis soumet ce contenu à un contrôle de proportionnalité qui peut être décomposé en fonction des obligations positives ou négatives associées aux droits. Or, dans le même temps, la Cour renvoie la définition du contenu minimal lui-même à la casuistique des *tutelas*, ce qui pose la question du concept de droits dont il est question. En Afrique du Sud, la Cour a suivi une voie différente. La justiciabilité des droits sociaux a posé moins de problèmes et pourtant la Cour a refusé de reconnaître un contenu minimal, en s'appuyant sur des arguments de nature démocratique et relatifs aux budgets publics, mais aussi une lecture spécifique du texte qui tantôt isole les dispositions, tantôt renvoie à un esprit plus large. Plutôt qu'un contrôle de proportionnalité reposant sur une définition préalable des droits, la Cour a élaboré un contrôle du caractère raisonnable des mesures prises par les pouvoirs publiques, qui inclut aussi bien les mesures positives que leur omission.

Or, dans les deux cas, la proportionnalité ou l'exigence de rationalité utilisée de manière privilégiée pour contourner l'indétermination des énoncés n'est pas un moyen de connaissance du contenu des droits mais un mode de contrôle des mesures mises en place ou à venir. Cette rationalité n'est donc pas définie pour autant. Une telle concrétisation ne peut suffire à définir le

constitutionnalisme ; la compréhension du raisonnement judiciaire doit alors se tourner vers des présupposés ou des arguments plus substantiels.

## TITRE 2. UN DISCOURS JUDICIAIRE SUR LA TRANSFORMATION SOCIALE

### INTRODUCTION DU TITRE 2

Le constitutionnalisme renvoie à des discours relatifs au mode de garantie d'une normativité constitutionnelle mais aussi aux contenus associés à cette normativité. Si le constitutionnalisme appelé transformateur ou nouveau en Afrique du Sud et en Colombie est souvent présenté par les dispositions progressistes adoptées en 1996 et 1991 ou par l'interprétation qu'en ont fait les deux Cours constitutionnelles, les juristes font parfois l'économie d'une discussion plus substantielle du contenu des droits tels qu'ils sont mis en œuvre par les juges. Pourtant, ni le moment constituant<sup>711</sup>, ni les modes de contrôle élaborés et en particulier la notion de contenu minimal et la logique de la proportionnalité<sup>712</sup>, ne suffisent à définir le contenu des droits que les juges opposent au pouvoir politique. C'est le sens même de ce qui est juridique qui est en cause : les juges ne déduisent pas simplement un sens renfermé par des textes mais mobilisent des éléments que l'on peut qualifier de politiques, de sociaux ou d'idéologiques et qui forment l'activisme judiciaire que l'on a appelé radical, c'est-à-dire un discours sur la transformation sociale en tant qu'elle est constitutionnelle. Il faut alors s'intéresser aux récits et contre-récits que forment les discours constitutionnalistes relativement à la chose sociale, et qui portent autant qu'ils forment les représentations des rapports sociaux et en particulier les conflits de valeurs relatifs à la redistribution. Ces questions sont anciennes, mais lorsque l'on parle en particulier de sociétés nouvelles et de transformation de l'ordre social comme en Afrique du Sud et en Colombie, de quelle transformation parle-t-on ?

Dans les deux pays, des visions de la norme et du social ont été mobilisées dans la définition du contentieux constitutionnel, ce qui pose la question du niveau de protection apporté par le juge dans des contextes socioéconomiques hostiles aux présupposés normatifs du discours constitutionnaliste sur la transformation (Chapitre 3).

Les juges constitutionnels des deux pays n'ont été que partiellement dépendant de ce contexte et des discussions théoriques sur la justice sociale, produisant un ensemble complexe de discours sur la société en faisant appel à des corpus et fondements divers (Chapitre 4).

---

<sup>711</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

<sup>712</sup> Voir *supra*, chapitre 2.



## CHAPITRE 3 : LA RECHERCHE D'UN NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL

L'inscription de droits sociaux dans les textes constitutionnels au long du XX<sup>ème</sup> siècle semble constituer un cas d'école de *legal transplant*<sup>713</sup>, prolongeant dans une autre direction le « *post-war paradigm* » identifié par Lorraine Weinrib<sup>714</sup>. La circulation des droits sociaux est alors un bon exemple de ce qu'une approche contextualiste peut apporter à la compréhension du phénomène constitutionnel global. Ces droits ont volontiers été arrimés par les discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur à un constitutionnalisme social qui aurait progressé depuis la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle en l'Europe, jusqu'à se renouveler au Sud à partir des années 1990, dépassant alors les obstacles théoriques et pratiques à leur justiciabilité<sup>715</sup>. Les droits sociaux sont alors devenus un lieu commun de la théorie constitutionnelle au début du XXI<sup>ème</sup> siècle<sup>716</sup>. Or, s'en tenir aux énoncés juridiques ne suffit pas pour expliquer ce phénomène<sup>717</sup>.

La compréhension du phénomène des droits en Colombie et en Afrique du Sud est obscurcie par plusieurs discours concurrents dans l'espace du droit comparé et de la théorie constitutionnelle autant que dans les deux pays. Une de ces lectures présente les droits sociaux comme le prolongement normatif de l'État social, c'est-à-dire la double idée d'un État qui pratique la redistribution et d'une finalité égalitaire de l'activité des pouvoirs publics, érigé en garantie par un constitutionnalisme nouveau, social ou transformateur. Or, le sens de ce social ou de cette transformation n'est pas toujours bien compris. La seule circulation de ces énoncés ne dit en effet pas grand-chose de la réalité juridique contemporaine des droits sociaux, bien après la formation de

---

<sup>713</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1.

<sup>714</sup> L. WEINRIB, « The postwar paradigm and American exceptionalism », in S. CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006, p. 84-111.

<sup>715</sup> Voir *supra*, introduction générale et chapitre 2.

<sup>716</sup> En 2014, 176 constitutions en contenaient, dont 67 en tant que droits justiciables, C. JUNG, R. HIRSCHL, E. ROSEVEAR, « Economic and Social Rights in National Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n° 4, 2014, p. 1043-1098 p. 1053. L'étude, basée sur l'analyse des données de la Toronto Initiative for Economic and Social Rights (TIESR), note de grandes disparités entre les droits dits socio-économiques : si les droits à l'éducation est à se syndiquer sont présents dans les trois quarts des pays étudiés, les droits à la santé, à la sécurité sociale, à la protection de l'enfance, à la protection de l'environnement sont présents dans la moitié, le droit au logement dans 41%, et les droits à l'eau ou à la nourriture dans 22% (*Ibid*, 1054). En outre, les auteurs notaient que les droits économiques et sociaux étaient quatre fois plus présents et cinq fois plus justiciables dans les pays de droit civil, concentrés notamment en Amérique latine, en Afrique et en Europe de l'Est (*Ibid*, 1059s).

<sup>717</sup> L'étude de Courtney Jung, Ran Hirschl et Evan Rosevear illustre combien il est facile de noter cela diffusion d'un phénomène sans en interroger le sens. Or, il convient de se méfier du formalisme qu'induit une seule lecture statistique, car même si elle intègre la « justiciabilité » comme critère binaire, elle repose sur la seule présence nominale des droits dans les textes constitutionnels (que les auteurs jugent « *normally fairly clear* », *Ibid*, 1048) et ne renseigne pas sur leur usage réel.

l'État social, dans un contexte politique, économique et social qui ne lui semble pourtant pas favorable, alors que le monde est pris dans les apories d'un système économique basé sur l'intensification des échanges monétaires et financiers. Comme le notait Pierre Rosanvallon en 2011, « on n'a jamais autant parlé de ces inégalités et (...) en même temps on n'a jamais aussi peu agi pour les réduire. (...) Tout se passe comme s'il y avait aujourd'hui une forme de tolérance implicite<sup>718</sup> ». Comment, dans un tel contexte, a pu s'élaborer un concept de droits sociaux et plus largement une approche juridique de la transformation sociale ? Comment la jurisprudence colombienne et sud-africaine a-t-elle réagi aux discussions globales de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle et de leurs contextes socioéconomiques propres ?

C'est cette articulation qu'il faut éclaircir en s'intéressant à la pensée des droits sociaux mais également aux présupposés relatifs à la transformation sociale dans les discours juridiques des deux pays et de l'espace comparatiste. L'interprétation des obligations découlant des droits sociaux dans le constitutionnalisme des deux pays s'est inspiré du droit international et comparé mais aussi de concepts élaborés par les théoriciens de la justice à partir des années 1970<sup>719</sup>. Et ce sont dans ces concepts des discours sur la société qui transparaissent. Aussi, l'essor des droits sociaux a été accompagné d'une redéfinition à laquelle les cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie ont participé dans un contexte politique et social particulier (Section 1). Cette redéfinition a produit un certain nombre de présupposés relatifs au rôle des droits vis-à-vis de la transformation sociale qui permettent de comprendre les discours dans lesquels les cours se sont insérées (Section 2).

---

<sup>718</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Seuil, 2011, p. 13 et 16.

<sup>719</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

## SECTION 1 : LA RECONTEXTUALISATION DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR

À la fin des années 1990, les droits sociaux justiciables émergent dans le contexte d'une contestation de l'État social ; l'articulation de l'inscription constitutionnelle de ces droits et de leur contexte nécessite de concevoir le constitutionnalisme comme ensemble de valeurs (§1). Les droits sociaux s'intègrent alors en Afrique du Sud et en Colombie et s'arriment aux théories de la justice qui circulent à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle dans un contexte spécifique qui redéfinit la transformation sociale (§2).

### §1. De l'État social aux droits sociaux

Une lecture produite par la doctrine et les cours constitutionnelles présente les droits sociaux comme le prolongement de l'État social, c'est-à-dire la garantie d'une solidarité sociale par l'ordre juridique. À l'inverse, une contre-lecture historique s'intéresse non à la proclamation des droits sociaux, de la fin du XVII<sup>ème</sup> à la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, mais au moment où ils ont pris sens juridiquement, après la crise de l'État social des années 1970 (A). Cette contradiction s'inscrit au sein même de la théorie des droits fondamentaux, qui consacre les valeurs qui prévalent dans une société (B).

#### A. Un constitutionnalisme social ?

Les discours qui postulent que le constitutionnalisme transformateur ou nouveau est la poursuite d'un constitutionnalisme propre à l'État social (1) doivent être relativisés par la crise qui touche l'État social comme modèle et comme pratique à partir des années 1970 (2).

##### *1. La filiation des droits sociaux et de l'État social*

L'adoption de droits sociaux dans les années 1990 est souvent ramenée à une évolution linéaire, de l'invention du social à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle au New deal des années 1930 et à l'avènement de l'État social dans l'Après-guerre en Europe. La progression aurait ensuite touché le Sud comme une lente maturation juridique de ce qu'avait commencé, en Amérique latine, la Constitution mexicaine de 1917 ou, en Europe, le constitutionnalisme social de la République de Weimar de 1919. Les pays d'Europe de l'Est, l'Inde puis l'Amérique latine et l'Afrique du Sud n'auraient fait que poursuivre ce mouvement dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, cette dernière

en promouvant, dans sa Constitution, une idéologie « social-démocrate<sup>720</sup> », c'est-à-dire la conciliation entre l'égalité et la liberté. Dans sa première décision relative à l'État social de droit en 1992, la Cour constitutionnelle de Colombie présentait un enchaînement historique (1793 – 1917 – 1919 – 1930 – 1945 et 46) dans l'essor d'un « *Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence)* » (sic)<sup>721</sup>. Les droits sociaux seraient la traduction juridique d'un changement de fonction de l'État à l'issue de cette évolution vers une garantie sociale<sup>722</sup>. On peut alors dire, comme le fait la Cour un peu plus tard, que

La formule politique de l'État de droit social est apparue dans l'Europe de l'après-guerre comme une forme d'organisation de l'État qui cherchait à corriger les limites de la conception classique de l'État de droit, expression d'une société composée d'individus conçus abstraitement comme libres et égaux. La théorie de l'État au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècles était fondée sur l'idée du citoyen comme adulte, alphabétisé, propriétaire, généralement de sexe masculin et libre de tout pouvoir public. Dans cette perspective, la société était autonome pour assurer sa reproduction matérielle et culturelle, de sorte que l'État avait pour vocation première de protéger les personnes contre les dangers internes et externes au moyen de la police, de l'armée et du pouvoir judiciaire. Cependant, la récession économique de la première période d'après-guerre et la propagation des idées socialistes, accompagnées de réactions égalitaires au sein des doctrines libérales et conservatrices, ainsi que l'industrialisation et la technification croissantes des sociétés, ont fait apparaître clairement dans quelle mesure les êtres humains n'étaient pas réellement libres et égaux en raison de limitations naturelles et sociales, parmi lesquelles se distinguent les limitations économiques. Il est donc admis que, dans de nombreux cas, la liberté et l'égalité nécessitent des mesures positives, des actions, des prestations et des services qui ne peuvent être fournis par les individus eux-mêmes. L'État de droit

---

<sup>720</sup> M. PIETERSE, « What do we mean when we talk about Transformative Constitutionalism ? », *South African Public Law*, vol. 20, 2005, p. 155-166, spec. p. 156.

<sup>721</sup> CCC, T-406/92 (Ciro Angarita Baron), §2.

<sup>722</sup> Voir C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 441-456 (qui présente une lecture historique et juridique similaire à celle de la Cour).

a ainsi évolué d'un État démocratique libéral vers un État social-démocrate, également animé par l'objectif de garantir effectivement les conditions matérielles de la liberté et de l'égalité pour tous.<sup>723</sup>

Cette lecture doit autant au droit qu'à l'histoire et à la philosophie politique. Elle se raccroche à un récit crédible qui trouve un écho doctrinal. Dans un ouvrage qui fait référence, le juriste argentin Roberto Gargarella conçoit le constitutionnalisme latino-américain comme l'émergence progressive d'un courant républicain, inspiré des idées sociales et solidaristes européennes<sup>724</sup>, contre la tradition libérale-conservatrice qui perd son hégémonie dans les années 1990. Pour Jeff King, qui rédige un ouvrage majeur sur la justiciabilité des droits sociaux, plusieurs manières de fonder les droits sociaux convergent alors. L'auteur britannique distingue en particulier la protection d'un bien-être (le *welfare* du *welfare state* ou État social), l'autonomie et la dignité personnelles, et les visions républicaines et communautaristes de la chose sociale<sup>725</sup>. En effet selon lui, « il n'y a pas besoin d'être un marxiste<sup>726</sup> » pour reconnaître que le constitutionnalisme libéral protégeait surtout la propriété et la bourgeoisie.

De telles analyses sont parallèles au récit de l'État providence. Une fois installé l'idéal égalitaire des révolutions américaine et française<sup>727</sup>, le capitalisme industriel, l'urbanisation et la hausse de la démographie ont engendré, selon l'analyse célèbre de Karl Polanyi, une « grande

---

<sup>723</sup> CCC, C-1064/01 (Manuel José Cepeda Espinosa et Jaime Córdoba Triviño) §4.1.1 : « *La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. La teoría del estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.* »

<sup>724</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2013, p. 9-19, 31 et 71. L'auteur note notamment trois phases d'inspiration, à la suite de la Révolution française et notamment des idées jacobines, puis surtout lors des révolutions européennes de 1848 puis avec l'influence de la pensée solidariste au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Léon Duguit a en effet été intensément invoqué lors de la révision constitutionnelle de 1936, lorsque le droit de propriété est amendé pour permettre une certaine intervention de l'État, au nom de sa fonction sociale, voir H. ALVIAR GARCÍA, « Leon Duguit's influence in Colombia: the lost opportunity of a potentially progressive reform », in G. FRANKENBERG (dir.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Elgar, 2013, p. 306-321

<sup>725</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, 2012, p. 20-32.

<sup>726</sup> *Ibid.*, p. 22 : « *one does not need to be a marxist* ».

<sup>727</sup> Selon la lecture de Pierre Rosanvallon, la Révolution française porte en effet un idéal largement égalitaire, comme équivalence, indépendance individuelle et citoyenneté, P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 27-72. Samuel Moyn montre comment la pensée sociale s'articule avec des proclamations de droits à la subsistance ou au travail chez les jacobins et JJ. Rousseau, Babeuf et Thomas Paine, puis Etienne Cabet, Louis Blanc, Charles Fourier et Victor Considérant, S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018, « Chapter 1. Jacobin legacy : the origins of social justice », p. 12-40.

À l'inverse, sur l'importance de la pensée libérale et modérée face à un bloc radical durant la Révolution, voir J. ISRAEL, *Revolutionary Ideas. An Intellectual History of the French Revolution from The Rights of Man to Robespierre*, Princeton University Press, 2015.

transformation » des structures politiques et sociales en Occident<sup>728</sup>. Elle est accélérée par la première mondialisation de 1870 à 1914 et symbolisée par l'émergence d'une classe ouvrière. D'où l'historien observe qu'une distinction entre économie et politique, au long du XVIII<sup>ème</sup> siècle et au début du XIX<sup>ème</sup>, a laissé la place à une politisation croissante des questions distributives, avec à l'extrême les entreprises fascistes et socialistes<sup>729</sup>. Les États-nations formés lors des révolutions prennent en charge le social face aux perturbations des transformations socioéconomiques, et la théorie de l'État est revue en conséquence<sup>730</sup>. Le compromis à l'origine de l'État social s'est construit juridiquement autour du droit social naissant, où Gurvitch, dans *L'Idée de droit social*, regroupe certes le droit de l'aide sociale (qui encadre le versement d'allocations aux plus pauvres)<sup>731</sup>, mais également le droit du travail et la négociation collective (dont les origines se trouvent en Allemagne), le droit de la sécurité sociale (d'abord inventée au Royaume-Uni), mais aussi le droit fiscal, de l'éducation, du logement<sup>732</sup>. Il s'agit, alors, d'offrir une assurance sociale aux classes populaires et moyennes dans une période de forte croissance, prévenant les risques vécus parfois violemment à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup>, dans le contexte d'une transformation des structures sociales<sup>733</sup>.

Une redéfinition du contrat social du XVIII<sup>ème</sup> siècle suit une diffusion mondiale aussi importante que le mode de pensée libéral un siècle auparavant<sup>734</sup> : on observe un passage schématique d'un paradigme à l'autre. D'un côté, des sociétés commerciales, où le libre arbitre et le contractualisme servent à organiser une économie de petites entreprises et d'indépendants – contre les sociétés d'Ancien régime où le servage et le travail domestique se satisfaisaient du droit naturel

<sup>728</sup> K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), Beacon Press, 2001.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 231-245 et p. 245-253.

<sup>730</sup> En France, Léon Duguit a formulé en termes juridiques l'idée solidariste qui était née dans le sillage des révolutions du XVIII<sup>ème</sup> siècle et s'installait dans les consciences au début du XX<sup>ème</sup>, et où l'on pourrait voir un fondement normatif à l'État social : l'État n'est légitime qu'en tant qu'il organise l'interdépendance sociale, qui est à la fois son fondement et sa limitation, et c'est alors une norme objective et sociale qui s'impose à lui par-delà les seuls droits subjectifs, lesquels constituent même un « danger social » s'ils sont laissés seuls et permettent le primat de la propriété privée autant qu'une puissance publique illimitée. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Félix Alcan, 1908, p. 11-21. Voir également L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

<sup>731</sup> L'aide ou l'assistance sociale correspond à une forme primaire d'État social dans les sociétés libérales du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le terme d'« État providence » est d'abord utilisé par Frédéric Le Play, ingénieur et ministre de Napoléon III, dont l'optique était cependant plutôt paupériste, et les projets sociaux du XVIII<sup>ème</sup> siècle eux-mêmes étaient plutôt restreints à la pauvreté avant « l'invention du social », voir K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), *op. cit.* note 16, p. 108-115. De même, il s'agit plus d'une continuation sous les auspices scientifiques d'une ingénierie sociale de la charité chrétienne que d'une pensée du social dans son ensemble. Voir D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002.

<sup>732</sup> G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle*, Librairie du Recueil Sirey, 1932. Voir aussi P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 227-258.

<sup>733</sup> Comme le notait Alain Supiot, « l'indemnisation des accidents du travail était le prix à payer pour le traitement des déchets humains de l'entreprise industrielle », A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Collège de France / Fayard, 2013, p. xx. C'est une vision que met notamment en œuvre de manière pionnière l'International labour organization (ILO) créée en 1919.

<sup>734</sup> C'est à ce genre d'analyse qu'appelle Duncan Kennedy, lorsqu'il met en vis-à-vis l'évolution des structures socio-économiques et la double diffusion-adoption d'une forme de *legal consciousness*, D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought », in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (dir.), *The New Law and Economic Development (A Critical Appraisal)*, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

et de la règle catholique ou coloniale<sup>735</sup>. D'un autre côté, la deuxième industrialisation qui fait émerger une nouvelle classe ouvrière et appelle une nouvelle manière de réguler la société<sup>736</sup>. L'État et la politique deviennent le lieu d'un social qui était à inventer pour qu'une telle action soit simplement possible<sup>737</sup>. Les origines idéologiques sont alors particulièrement diverses dans la mise en place de ce qui est nommé État providence, *Sozialstaat*, *estado providencia* ou *sociale* ou *del bienestar* ou *social de derecho*, ou encore *welfare state*<sup>738</sup>. L'État social est associé aussi bien à la social-démocratie, qui tente d'inscrire un projet égalitaire dans les institutions de la démocratie libérale face à la gauche qui pouvait refuser la liberté du marché capitaliste, qu'à la démocratie chrétienne<sup>739</sup> et à un conservatisme paternaliste soucieux d'ordre social depuis Bismarck<sup>740</sup>. L'État social est le fruit d'un « compromis de classe<sup>741</sup> » qui se traduit par l'instauration de services publics et des aides minimales, au-delà des premiers systèmes d'assurance sociale contre les risques de la société industrielle. Facteur de paix ou réponse efficace aux maux sociaux qui ont donné lieu aux fascismes, protection contre les aléas au nom d'une certaine vision du progrès<sup>742</sup>, l'État social profite également de la forte puissance de l'État et de l'acceptabilité des dépenses publiques héritées des guerres mondiales et

---

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 35-36. Même si, du fait des spécificités des cultures agricoles du Sud, « *the colonial powers and the independent states of the periphery simply ratified, by adopting a formal, abstract idea of free will rather than a more substantive one, whatever schemes of economic and social hierarchy emerged out of the play of violence and culture on the ground. And sometimes they transformed, in their own interests, but without understanding exactly what they were doing, the preexisting social arrangements by forcing them into the mold of the "Western idea of property."* » (36).

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 65-67.

<sup>737</sup> J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, 1984. Polanyi parle d'une « discovery of society », K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time (1944)*, *op. cit.* note 16, p. 116.

<sup>738</sup> Le terme est d'abord proposé par l'archevêque britannique William Temple en 1928, qui veut réconcilier l'Église (d'État) anglicane avec une société inégalitaire, tout en la dissociant de la tendance conservatrice des gouvernements britanniques ; le fondement de l'autorité publique (« *power-state* »), vécu durant la guerre, se trouve dans le bien que peut fournir l'État à la population (« *welfare-state* »), ce qui rappelle la pensée solidariste, mais en y ajoutant l'idée qu'il s'agit du rôle du pouvoir temporel en tant qu'il doit apporter sur terre la justice de Dieu entre les hommes, W. TEMPLE, *Christianity and the State*, Londres, Macmillan, 1928, p. 170. Voir S. SPENCER, « William Temple and the Welfare State: A Study of Christian Social Prophecy », *Political Theology*, vol. 3, n° 1, 2001, p. 92-101. Ses idées inspirent le rapport Beveridge de 1942, mais l'on pense également, dans les mêmes années, au programme du Front populaire de 1936 en France et encore auparavant au New Deal de Roosevelt en 1930, aux réformes du Premier ministre suédois Per Albin Hansson. Voir F.G. CASTLES et al. (dir.), *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford University Press, 2010.

<sup>739</sup> S. SPENCER, « William Temple and the Welfare State: A Study of Christian Social Prophecy », *op. cit.* note 26

<sup>740</sup> G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, 1990.

<sup>741</sup> S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 30.

<sup>742</sup> Durant la Seconde guerre mondiale, la Charte de l'atlantique de 1941 mentionne la sécurité sociale comme vecteur de la paix des peuples, de la déclaration de Philadelphie de 1944 sous l'égide du BIT, du rapport Beveridge de 1942 au Royaume-Uni, du programme du Conseil national de la résistance en France qui donnera lieu en 1945 à la mise en place de la sécurité sociale, ou encore de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Voir A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie: La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2015.

qu'incarnent les idées de John Maynard Keynes<sup>743</sup>, et auxquelles avait déjà ouvert l'école de Stockholm réunie autour de Gunnar Myrdal. L'après-guerre offre une forte croissance qui permet de financer autant qu'elle rend nécessaire un tel projet redistributif, qui s'installe dans un relatif consensus politique, sans doute parce qu'il présente « une alternative au socialisme (...) motivée par la volonté de répondre à la question sociale sans mettre en cause l'ordre politique et social existant<sup>744</sup> ».

Cette mise en récit appuyée sur des études historiques intègre les discours juridiques relatifs aux droits sociaux. La lecture linéaire de l'évolution des formes du constitutionnalisme vient alors gagner le sens juridique d'une garantie et d'obligations pesant sur les pouvoirs publics. Dès lors, selon un observateur tel que Carlos Miguel Herrera,

le nouveau constitutionnalisme dépasse l'agenda du constitutionnalisme post-1945 avec son développement des contenus de *Welfare State* ou l'adoption d'un système étendu de justice constitutionnelle, tout en gardant, et même en renforçant, son élément normatif.<sup>745</sup>

Victor Abramovitch et Christian Courtis expliquent de leur côté le dépassement de la distinction entre droits civils et politiques d'un côté et droits sociaux d'un autre par le passage du paradigme de l'État libéral, où celui-ci est cantonné à une sphère publique distincte du privé, au paradigme de l'État social qui s'accompagnerait selon eux d'un système normatif plus vaste, visant à réguler les conflits sociaux, ce à quoi servent les droits sociaux justiciables, dans lesquels ils ne voient qu'un perfectionnement du « droit social » qui émerge dans les années 1950<sup>746</sup>. Si les modes de garantie des droits sociaux varient, selon Jeff King, qui identifie la voie législative, la voie administrative et la voie constitutionnelle, il s'agit toujours d'adopter des normes qui régulent l'attribution des biens sociaux par la collectivité<sup>747</sup>. Le niveau constitutionnel permet simplement la garantie supérieure par

---

<sup>743</sup> En soutenant que la demande et les liquidités sont les principaux moteurs de croissance économique, Keynes fournit en effet une justification solide à l'interventionnisme étatique fondé sur un haut niveau de redistribution, voir sur la dette, J.M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie (1936)*, Payot, 2017, trad. J. de Largentaye. Les dépenses publiques forment à cet égard un prisme privilégié pour observer la naissance et les formes de l'État social, comme l'a noté Paul Pierson, là où l'étude célèbre de Esping-Anderson privilégiait les cultures politiques et les idéologies : il en ressort que le démantèlement de l'État social se fait par une baisse progressive des dépenses plutôt qu'un changement brutal de modèle, P. PIERSON, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, Cambridge University Press, 1994, p. 11-50.

<sup>744</sup> C. PIERSON, M. LEIMGRUBER, « Intellectual roots », in F.G. CASTLES et al. (dir.), *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford University Press, 2010, p. 33-44, spec. p. 34 : « an alternative to socialism (...) motivated by an attempt to answer the social question but without challenging the prevailing economic and political order ». C'est bien dans la perspective d'une concession du libéralisme que Roberto Gargarella replace les premiers signes d'un constitutionnalisme social en Amérique latine, voir chapitre 1, section 1, §1, A.

<sup>745</sup> C.M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », in C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2015, p. 9-18, spec. p. 13.

<sup>746</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2001, p. 49-64.

<sup>747</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, op. cit. note 13, p. 41s.



le juge, sans empêcher d'ailleurs un rôle régulateur entre les différents pouvoirs, la protection sociale étant alors simplement plus forte<sup>748</sup>.

La transformation rapportée au droit serait alors une garantie constitutionnelle élargie au social. Comme l'exprime la Cour constitutionnelle de Colombie sous la plume d'Eduardo Cifuentes Muñoz,

L'État social de droit n'est pas étranger aux conditions de vie des couches les plus pauvres du pays. En fait, son origine historique est liée aux politiques sociales qui ont été dictées dans les systèmes politiques occidentaux en vue d'en atténuer les effets. Aujourd'hui, cette forme typique de configuration de l'État va au-delà d'une simple action épisodique ou temporaire, puisque la politique sociale a une portée plus large et est utilisée de manière délibérée et permanente par l'État pour provoquer des changements fondamentaux dans le système économique et social.<sup>749</sup>

L'évolution normative de l'État social est autant une théorie de l'État qu'une théorie des droits, c'est-à-dire la conceptualisation au sein du constitutionnalisme d'un rôle de l'État vis-à-vis de la société. Toute la jurisprudence des droits sociaux et l'égalité élaborée par la Cour vise alors à donner un sens à ce rôle. En 2016, la Cour relisait sa jurisprudence en définissant

l'État de droit (...) en termes d'(État social de droit) par opposition à la vieille vision abstraite du constitutionnalisme libéral - considéré comme dépassé et usé face à l'avènement des révolutions sociales et de l'industrialisation – et on introduira l'adjectif social dans la conception classique de l'État de droit pour retrouver les idées-valeurs auxquelles cette formule était initialement associée

---

<sup>748</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>749</sup> C-566/95 : « *el Estado Social de Derecho no es ajeno a las condiciones de vida de los estratos más pobres del país. De hecho, su origen histórico está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de occidente se dictaron con miras a paliar sus efectos. En la actualidad, lo que se propone con esta forma típica de configuración estatal va más allá de una mera actuación episódica o coyuntural, como quiera que la política social asume un más amplio espectro y de ella se sirve deliberada y permanentemente el Estado para inducir cambios de fondo dentro del sistema económico y social* »

lorsqu'elle servait d'instrument dans la lutte des Américains et des Français contre l'absolutisme, à savoir : la justice sociale, l'égalité, la liberté, le bien-être général et même le bonheur.<sup>750</sup>

Le discours normatif du juge se construit alors dans une lecture historique et idéologique du constitutionnalisme, formant un espace où s'élaborent ensuite les propositions relatives aux droits.

On ne trouve pas de formulation semblable dans la jurisprudence sud-africaine, qui tient des raisonnements plus serrés même si elle donne également à voir des présupposés lorsqu'elle définit ses fondements<sup>751</sup>. Surtout, c'est dans la présentation qu'elle fait de l'idéal constitutionnel que la juridiction reprend et produit un récit du social qui met en avant la solidarité et une « promesse de dignité et d'égalité pour tous »<sup>752</sup>. En présentant la Constitution de 1996 comme une démarcation d'avec le passé, la Cour n'a pas de modèle national antérieur à convoquer mais un idéal normatif propre, même si elle le définit d'une manière moins conceptuelle que la Cour colombienne. Une difficulté tient alors à la construction d'un tel ensemble conceptuel vis-à-vis de la réalité qui touche les entités même que la jurisprudence intègre dans le constitutionnalisme, à savoir l'État, la société et l'économie.

## 2. La thèse de Samuel Moyn à l'encontre de la filiation

Contrairement à ce que semble indiquer l'évolution de l'État social et le récit que constitue une telle lecture, l'objet « droits sociaux » n'a en réalité pas circulé de manière identique à travers les temps et les lieux ; il a même connu un retournement de sens complet entre les premières formulations de la Révolution française, les proclamations européennes de l'après-guerre et leur avènement comme droits fondamentaux à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. À cet égard, l'historien et juriste

---

<sup>750</sup> CCC, T-622/16 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §4.2 : « *definirá al Estado de Derecho - en adelante, ED - en los términos de un ESD como forma de oposición a la antigua visión abstracta del constitucionalismo liberal - para la época ya considerada caduca y desgastada frente al advenimiento de las revoluciones sociales y la industrialización - e introducirá el adjetivo social en la concepción clásica del ED para recuperar las ideas-valor a las que estaba asociada originalmente dicha fórmula cuando sirvió de instrumento en la lucha de americanos y franceses contra el absolutismo, a saber: justicia social, igualdad, libertad, bienestar general e incluso, felicidad* ». Il n'est pas tout à fait anodin que la décision proclame une vision écocentrique de la Constitution et consacre des droits de la nature, la relecture de l'État social de droit étant une étape du raisonnement dont le dépassement vers une vision écocentrique pose question, voir *infra*, chapitre 4, section 2, §2.

L'opinion est rédigée par Eduardo Cifuentes Muñoz, qui en a rédigé quatre autres qui élaborent de manière similaire l'État social de droit dans le prolongement d'un État social : CCC, T-427/92, T-533/92 et T-499/95. En particulier, « *El llamado Estado de bienestar o Welfare State, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho. Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja* » (CCC T-427/92, Eduardo Cifuentes Muñoz, non marqué).

<sup>751</sup> Voir *infra*, §2.

<sup>752</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1, A, citant la décision CCAS, 27 novembre 1998, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* (Arthur Chaskalson), ci-après *Soobramoney*, §8.

américain Samuel Moyn a proposé une thèse célèbre selon laquelle les droits de l'homme n'étaient initialement que de simples déclarations politiques accompagnant des processus de construction étatique ; les droits n'ont émergé comme garanties opposables qu'à partir de 1975 ou 1976<sup>753</sup>. Samuel Moyn a ensuite étendu son analyse à la question sociale<sup>754</sup> : lorsqu'ils apparaissent à la Révolution française, les droits sociaux sont essentiellement cantonnés aux invocations de quelques juristes isolés et rarement inscrits dans les textes constitutionnels<sup>755</sup>. Il s'agit alors plus souvent de défendre l'État social comme forme politique que de défendre des droits subjectifs invocables devant un juge<sup>756</sup>. Les droits sociaux en tant qu'énoncés formels ressurgissent dans les années 1940 avec le compromis de l'État social ou providence<sup>757</sup>. Il s'agit selon Samuel Moyn de donner une base idéologique à des projets collectifs qui préfèrent l'ethos de la nation souveraine à l'idée d'un ordre juridique et de droits individuels. Les projets décoloniaux du Sud en particulier suivent avant

---

<sup>753</sup> S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Belknap Press of Harvard University Press, 2010. À ce moment, des associations comme Amnesty International s'allient aux opposants Chiliens à Pinochet, avec l'essor parallèle d'organisations comme Human Rights Watch ou Oxfam, puis dans les années suivantes qu'ils entrent dans le langage diplomatique et que les juridictions s'en emparent.

Pour une idée similaire dans le contexte français, mais qui s'intéresse au glissement conceptuel plutôt qu'au découpage historique, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Juspoliticum*, n° 5, 2010. Or, dans ce contexte, Samuel Moyn – comme Jeremy Waldron par ailleurs – a plutôt défendu que les libertés publiques relevaient d'une absence de considération pour les droits en tant que droits fondamentaux ou droits de l'homme tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, S. MOYN, « Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights », in C. DOUZINAS, C.A. GEARTY (dir.), *The meaning of rights. The philosophy and social theory of human rights*, Cambridge University Press, 2014, p. 193-212. J. WALDRON, « The decline of natural rights », *New York university public law and legal theory working papers*, n° 143, 2009. Voir T. JUDT, « Rights in France. The etiology of a political language », *La Revue Tocqueville*, vol. 14, n° 1, 1993, p. 67-108.

<sup>754</sup> S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15.

<sup>755</sup> La Constitution de 1793 fait alors figure d'exception, mais elle ne fait pas l'objet d'une garantie juridictionnelle, nonobstant sa durée de vie très brève.

<sup>756</sup> Léon Duguit lui-même fonde l'État social contre les droits subjectifs, alors associés à la propriété privée et à une lecture bourgeoise de la Révolution : c'est bien cette lecture qu'attaquaient et qu'attaquent encore aujourd'hui une certaine critique des droits, comme celle de Marcel Gauchet qui y voit un individualisme triomphant, voir *supra* chapitre 1, section 2, §1, A.

Selon Samuel Moyn, qui prend l'exemple de Gurvitch qui défend en 1944 une Déclaration des droits sociaux, il y a une confusion volontaire de celui qui écrivait tant en anglais (il fut exilé à New-York pendant la guerre) qu'en français (où il a vécu le reste de sa vie) entre droit social (*social law*) et droits sociaux (*social rights*), ainsi les droits qu'il propose « were less oriented to achieving some ethical standard of distributive justice than to what he saw as a deeper goal of social integration with assistance from the state, but not wholly defined by it. », S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 55.

<sup>757</sup> Ils sont par exemple inscrits dans la Déclaration de Philadelphie de 1944, dans le préambule de la Constitution française de 1946 ou dans la Constitution indienne de 1949.

tout des modèles politiques<sup>758</sup>. Ce n'est qu'à la fin des années 1970 et surtout dans les années 1980 que les droits sociaux commencent à être mobilisés du point de vue juridique, c'est-à-dire comme normes opposables et justiciables. Or, en devenant des droits dits fondamentaux, les droits sociaux subissent une redéfinition déflationniste pour ne plus viser qu'un seuil minimal de besoins à satisfaire que Samuel Moyn qualifie de « suffisance » (*sufficiency*). Ce seuil correspond à la titularité par un sujet de droit d'un bien social minimal comme un toit, des soins médicaux nécessaires à la survie ou une certaine quantité de nourriture. Les droits sociaux mobilisés à partir des constitutions ou des textes internationaux correspondent plutôt à une charité marginale qu'à une vocation structurelle<sup>759</sup>.

Si cette thèse s'appuie sur les théories de la justice et des droits fondamentaux qui sont invoqués au fondement des droits sociaux<sup>760</sup>, elle a d'abord la vertu d'une contextualisation historique. À partir de la fin des années 1970, le « social » de l'État ne pouvait plus être le même que celui des années 1930 puis 1950, après les chocs pétroliers, l'émergence de la stagflation et ce que Paul Pierson a qualifié d'« austérité permanente », soit une hausse des dépenses autant qu'une baisse des revenus publics, et donc une diminution de l'ampleur du secteur public<sup>761</sup>. En cela, les théories

---

<sup>758</sup> L'un des premiers théoriciens du développement et de la réduction des inégalités Nord-Sud, l'économiste suédois Gunnar Myrdal, envisageait plutôt une globalisation du modèle occidental de l'État social, G. MYRDAL, *An International Economy: Problems and Prospects*, New York, Harper and Brothers, 1956 « *As a development theorist, his framework was unerringly concerned with state capacity, not individual perquisites (in terms of basic needs or social rights)* », cité par S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 118. Or, la priorité lors de la décolonisation n'a tant été l'inclusion de droits économiques et sociaux, rares dans les constitutions post-coloniales des années 1950 et 1960, que la construction d'États souverains, dans une optique nationaliste, et l'essor d'une croissance économique, voir *Ibid.*, p. 89-118. Ainsi le *New international economic order* (NIEO) de 1974 qui, dans la perspective du mouvement des non-alignés, pense une réorganisation de l'économie mondiale dans le sens d'un rééquilibrage des économies Nord-Sud, mais sans évoquer de droits économiques et sociaux. C'est là encore le modèle du *welfare state* qui est privilégié. Le pacte des droits économiques, sociaux et culturels de 1966, entré en vigueur en 1976, n'avait pas de valeur contraignante comme les droits fondamentaux et donnait une place importante au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (*self-determination*). Dès lors, « *Easily the most significant conceptual contribution the global south made to the origins of global human rights law was to sponsor self-determination not simply as right but as the very first one on the list, signaling that their futures as collective peoples mattered most* », *Ibid.*, pp. 110-111.

<sup>759</sup> Un parallèle peut être dressé avec le principe de fraternité, utilisé par le Conseil constitutionnel français dans un sens réduit qui ne l'amène pas à discuter de la constitutionnalité du délit dit de solidarité mais seulement d'une disposition procédurale dans l'affaire en cause, et tout en restant silencieux sur les politiques migratoires, V. TCHEN, « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 31, 2018, p. 1786-1790.

<sup>760</sup> Voir *infra*, section 2.

<sup>761</sup> P. PIERSON, « Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent Societies », in P. PIERSON (dir.), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001, p. 410-456. L'analyse remonte à P. PIERSON, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, *op. cit.* note 31. Mais une autre lecture ajoute des éléments culturels à la fin de l'État providence, qui survient surtout dans des sociétés libérales, G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, *op. cit.* note 28. On peut noter des tensions internes et structurelles aux économies concernées, aggravées par la mondialisation : notamment, dans un contexte post-industriel, l'émergence du tertiaire au profit d'une délocalisation de la production, alors que cette dernière présentait des gains de productivités plus importants, favorables à la croissance qui a financé l'État social. Par ailleurs, les dépenses de l'État social augmentent, du fait de l'entrée des femmes sur le marché du travail depuis les années 1950, du déclin de la famille traditionnelle de la baisse de la fécondité et du vieillissement de la population, occasionnant des surcoûts pour les services publics et la solidarité nationale. Voir S. LEIBFRIED, S. MAU, *Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction*, Edward Elgar Publishing, 2009 (3 volumes).

de l'État minimal voient dans l'État social une bureaucratie inefficace et trop coûteuse<sup>762</sup> ou une organisation totalitaire<sup>763</sup>. Une telle critique trouve un écho antitotalitaire et sceptique envers la puissance publique ancré dans l'histoire récente de l'Afrique du Sud comme la Colombie : le constitutionnalisme ne peut alors pas seulement y être une projection égalitaire, elle s'accompagne nécessairement d'une contradiction libérale<sup>764</sup>. En outre, dans une économie post-fordiste, où la production de la valeur passe en grande partie dans les flux de la mondialisation, avec une division du travail planétaire qui se traduit par une délocalisation de la production industrielle au Sud et une capitalisation financière importante.

De fait, l'état des rapports de production s'accompagne d'une nouvelle théorie économique et sociale, qui n'est plus la pensée solidariste ou le keynésianisme. L'idéologie néolibérale est aussi souvent invoquée qu'elle est rarement définie avec précision, et souvent associée au libéralisme, à l'ultra-libéralisme ou au laissez-faire. On sait depuis les premières analyses de Michel Foucault en 1978 qu'il s'agit d'un régime de pensée dans lequel le marché n'est pas tout à fait libre et la pensée économique qui l'envisageait sans entraves, depuis Adam Smith, n'a pas vu combien une telle voie était insuffisante<sup>765</sup>. Le néolibéralisme envisage les conditions par lesquelles le marché peut être rendu plus autonome et fait reposer sur l'État une fonction d'organisation et de préservation de la libre concurrence<sup>766</sup>. Milton Friedman, par exemple, définit un *homo oeconomicus* motivé par des intérêts égoïstes, lesquels sont gouvernés, hors de sa portée et de celle des États-nations, par la transcendance du marché qui règle seul le système des prix et les échanges : c'est alors une liberté totale à laquelle accède l'individu<sup>767</sup>. Le sujet devient alors selon le mot précurseur de Michel Foucault un « entrepreneur de lui-même<sup>768</sup> » au sein d'une gouvernementalité ou d'une biopolitique ; il s'agit d'une manière de diriger les individus au quotidien et jusque dans l'intime, en régulant les rapports entre les identités individuelles et communautaires avec la médiation des institutions, plutôt

---

<sup>762</sup> D. KING, F. ROSS, « Critics and beyond », in F.G. CASTLES et al. (dir.), *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford University Press, 2010, p. 45-57.

<sup>763</sup> R. NOZICK, *Anarchy, state and utopia*, Basic Books, 1974. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, PUF, 1982

<sup>764</sup> Voir *infra*.

<sup>765</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Seuil / Gallimard, 2004. Michel Foucault analyse alors principalement l'ordolibéralisme allemand, qu'il est classique de ranger aux côtés du néolibéralisme américain pour former une grande famille de pensée, même si celle-ci demeure très diverse et que l'ordolibéralisme est sa variante la plus favorable à l'intervention de l'État, tandis que les travaux américains sont souvent plus proches du laissez-faire, notamment ceux des années 1980 de l'École de Chicago. La scission avec le libéralisme classique est toutefois très nette dans les travaux américains de Walter Lippman au début du XX<sup>ème</sup> siècle, qui se diffusent en Europe à partir du célèbre colloque Lippman de 1938. Pour une approche de la pensée néolibérale comme dépassement du libéralisme, en se détachant de la vision libérale de l'individu libre au profit d'une adaptation construite au marché, voir B. STEGLER, « Il faut s'adapter ». *Sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019. Voir également S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s): Une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2012.

<sup>766</sup> M. FOESSEL, « Néolibéralisme versus libéralisme ? », *Esprit*, n° 348, novembre 2008, p. 78-94.

<sup>767</sup> M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom (1962)*, University of Chicago Press, 2002

<sup>768</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.* note 53, p. 232.

qu'en usant de l'arme du droit libéral au nom du peuple souverain de la démocratie représentative<sup>769</sup>. Le néolibéralisme n'est alors pas seulement un système économique dans lequel les flux de capitaux et les échanges dominent la production et l'intervention étatique, mais une vision anthropologique selon laquelle l'individu doit être libéré du corset d'un système trop rigide pour faire ses choix et en assumer les risques<sup>770</sup>. Si l'on a souvent pris l'analyse de Foucault pour une critique, et il est vrai qu'il critique le système économique néolibéral, le philosophe cherchait lui-même à définir un sujet libre, en voie d'émancipation contre les disciplines du libéralisme classique<sup>771</sup>.

Ces raffinements théoriques sont importants pour comprendre le rôle des droits dans le constitutionnalisme contemporain. Plus précisément, comment expliquer que les discours colombiens et sud-africains de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle reprennent le langage de l'État social quand bien même le contexte est plutôt à une forme de libéralisation ? La particularité des deux pays est de n'avoir pas connu d'État social à l'ère où il s'installait en Europe et aux États-Unis notamment, au XIX<sup>ème</sup> et au XX<sup>ème</sup> siècles, et encore moins, en particulier, son inscription constitutionnelle telle qu'elle est survenue en Europe. Pourtant, la question sociale a bien été intégrée dans le droit des deux pays avant l'avènement de ce discours constitutionnel, mais sous la forme législatif, si bien qu'en 1991 et 1993 et 1996, c'est la constitutionnalisation qui change, avec des ruptures et des continuités. La construction symbolique de la Constitution s'empare alors d'objets et de signes – les droits fondamentaux, la justiciabilité des droits sociaux, l'État constitutionnel – qui permettent de marquer une rupture avec le passé contre lequel se construit le constitutionnalisme transformateur, intégrant alors la contradiction des régimes passés dans les deux pays vis-à-vis de la société.

---

<sup>769</sup> Ce en quoi il a pu être reproché à Foucault d'enfermer le droit dans ce rôle disciplinaire sans voir son rôle dans une biopolitique, mais c'est une forme particulière de droit – et de politique – qu'envisage en réalité le philosophe, voir *infra*, chapitre 8, section 1, §2, B., 2.

<sup>770</sup> La gauche de la « troisième voie » redéfinit son projet de transformation sociale vers la construction d'un sujet autonome dans une société mobile et pluraliste, délaissant la défense d'un État providence, voir F. ROSS, « The Politics of Path-Breaking Change: The Transformation of the Welfare State in Britain and Germany », *Journal of Comparative Policy Analysis Research and Practice*, vol. 10, n° 4, 2008, p. 365-384, p. 369.

<sup>771</sup> Sur les tendances libertariennes de Foucault, et un intérêt pour la pensée néolibérale qui recoupe sa propre recherche, en quoi il était moins critique que ses lecteurs contemporains et surtout anglophones le supposent, voir M. DEAN, D. ZAMORA, *Le dernier homme et la fin de la révolution. Foucault après mai 1968.*, Lux, 2019, en particulier les chapitres 3 et 4, p. 75-102 et 103-142. Pour les auteurs, Foucault est en effet sensible à ce qu'émerge « une manière de gouverner qui tolère les différences et qui ouvre à la diversité, apportant un soutien aux groupes minoritaires émergents qui cherchent à maximiser leur autonomie dans la manière dont ils se définissent, et permettant de résister à la sujétion de l'État social et des sciences humaines » (*Ibid.*, p. 157). Néanmoins, cette capacité de résistance distingue l'approche foucauldienne de l'autonomie des approches néolibérales au sens strict. À l'image de celui qui est réputé avoir introduit cette idée dès les années 1920, l'américain Walter Lippman, en envisageant combien une « Grande société » pouvait se former dans laquelle les individus seraient préparés à la compétition du marché, B. STIEGLER, « Il faut s'adapter ». *Sur un nouvel impératif politique*, *op. cit.* note 53. Voir aussi M. FOESSEL, « Néolibéralisme versus libéralisme ? », *op. cit.* note 54.

En Colombie, des législations sociales ont été adoptées sous la République libérale entre 1930 et 1946, à l'inspiration de la République de Weimar et du New Deal de Roosevelt<sup>772</sup>. Ces réformes intègrent d'ailleurs partiellement la Constitution de 1881 avec une révision en 1936 qui inclut un article 9 relatif à la protection des Colombiens et aux devoirs de l'État en la matière, un article 11 sur l'intervention de l'État de l'économie, des articles 13, 14 et 20 sur les libertés de conscience, d'enseignement et de réunion, un article 17 sur la protection du travail<sup>773</sup>, tandis que l'intervention étatique est renforcée en 1968<sup>774</sup>. Ces dispositions sont comprises comme des obligations indirectes nécessitant une mise en œuvre par le législateur, soit une situation assez similaire, finalement, à la République de Weimar, si bien que le changement de 1991 n'est pas assimilable au constitutionnalisme social de cette dernière, qui existait déjà, bien que d'une importance moindre, au cours du XX<sup>ème</sup> siècle. En Afrique du Sud, la situation est plus clivée puisque l'Apartheid, qui était un régime législatif, privait les non-blancs de l'accès à la plupart des aides sociales qui étaient par ailleurs dispensées par l'État, avec plusieurs lois qui garantissent, dès 1925, un salaire minimum pour les ouvriers blancs et un système de retraites public, coordonnés par le Department of Social Welfare créé en 1937<sup>775</sup>. Le changement de régime introduit en 1993 est donc celui, comme en Colombie, d'un déplacement du mode de garantie normative, mais aussi, plus spécifiquement, d'une inscription constitutionnelle qui n'avait pas accompagné les réformes sociales sudafricaines et surtout d'une extension des droits existants à l'ensemble de la population. Or, le vote est étendu à tous mais le social est rendu opposable à la majorité législative jusqu'alors souveraine. Lorsque la question sociale arrive au niveau constitutionnel dans les deux pays, elle est opposée à l'État de droit libéral, lui-même associé au formalisme juridique, sous la forme d'un constitutionnalisme qui contiendrait des normes sociales<sup>776</sup>. Ce modèle de constitutionnalisme qui emprunte à la circulation des idées juridiques à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle est bien différent de l'État social législatif. Le changement est en partie substantiel, sans constituer une rupture totale ainsi qu'on l'a vu, mais aussi, en partie, institutionnelle, avec le rôle des droits fondamentaux et donc du juge.

---

<sup>772</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, Panamericana Editorial, 2010, p. 175-196.

<sup>773</sup> Acto legislativo 1, Reformatorio de la Constitución, 5 août 1936.

<sup>774</sup> Acto legislativo 1, *Por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia*, 11 décembre 1968.

<sup>775</sup> Voir S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, University of KwaZulu-Natal Press, 2003, p. 272-280. Les mouvements syndicaux exercent pour certains une pression pour que soient étendus certaines de ces garanties aux travailleurs noirs, avec un succès minime. C'est l'époque où émerge un nationalisme Afrikaner parmi la population blanche pauvre, qui fonde ensuite les politiques qui mettent en place le régime de l'Apartheid, voir Ibid. et F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Seuil, 2013, p. 384-393.

<sup>776</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

## B. Le sens contemporain des droits sociaux

La fondamentalité juridique avec laquelle les droits contemporains sont pensés est une idéologie sociale qui répond à un contexte (1). La garantie des droits sociaux renvoie alors à un projet constitutionnel qui lui-même a un sens politique ou axiologique (2).

### 1. L'ère des droits fondamentaux

La filiation qu'opèrent les discours du constitutionnalisme transformateur avec le constitutionnalisme social doit être recontextualisée. Mais à l'insertion historique des droits dans le régime politique et social de leur temps, comme y appelle Samuel Moyn, il faut ajouter une analyse plus substantielle du sens que prennent alors ces droits. Lorsque Carlos Miguel Herrera montre par exemple comment le « lien normatif conçu entre ordre juridique et transformation sociale » dans la Constitution de Weimar de 1919 augurait le constitutionnalisme contemporain colombien mais aussi sud-africain<sup>777</sup>, le risque est d'abord de faire une lecture « anachronique » du texte ancien comme le craint l'auteur lui-même ; on use alors du sens contemporain des droits pour relire les instruments de l'État social alors qu'il s'agissait surtout d'une « architecture normative » mise en œuvre par le législateur en 1919<sup>778</sup>. Le risque est également d'obscurcir dans le même temps l'analyse du phénomène contemporain en se privant des outils conceptuels qui lui sont propres. L'approche évolutionniste des droits sociaux ne peut en effet s'appuyer que sur les énoncés formels et une conception dé-contextualisée de la circulation du droit : les juges et juristes vont ainsi avoir tendance à dire que les droits sociaux ont été créés en plusieurs étapes et à qualifier indifféremment, à côté de leur éventuelle garantie, les droits de 1793, de 1917, de 1946, de 1966 ou de 1991 et 1996, et à les comparer entre eux, ce qui confère aux droits sociaux une filiation prestigieuse, mais pas

---

<sup>777</sup> C.M. HERRERA, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 125, 2021, p. 227-248, spec. p. 230. La Cour colombienne voit par exemple dans la Constitution de 1991 la simple poursuite du constitutionnalisme de Weimar, CCC, C-1064/01, *op. cit.*, §4.1.1.

<sup>778</sup> *Ibid.*, p. 230 et 234. Typiquement, « le texte de 1919 tentait d'offrir un modèle constitutionnel à une société divisée par le conflit des classes, dans l'espoir de régler pacifiquement l'affrontement (...). Ce qui signifiait logiquement de ne pas garder un *statu quo ex ante* mais d'avancer vers un nouvel horizon » (p. 229). On y retrouve « la tentative de constitutionnaliser un mouvement insurrectionnel, où la catégorie de droit social révélait un point de passage conscient entre le présent et l'avenir, notamment par la reconnaissance de certains droits, procédures et institutions dont la positivation (constitutionnalisation) servait à véhiculer le passage de l'insurrection à l'institution » (*Ibid.*, p. 245). Dit autrement, « la Constitution de 1919 est la première constitution européenne du XXe siècle qui doit assumer explicitement l'existence d'une société divisée en classes sociales » (*Ibid.*, p. 231). Ce qui fait penser au constitutionnalisme transformateur contemporain à un certain niveau de généralité : d'ailleurs Carlos Miguel Herrera s'appuie presque exclusivement sur la formulation qu'en donne Karl Klare (*Ibid.*, p. 239s), dont on a vu qu'il insistait sans doute trop sur l'aspect « post-libéral » tout en donnant une lecture de la Constitution sud-africaine de 1996 qui la plaçait surtout dans le prolongement d'un constitutionnalisme tout ce qu'il y a de plus libéral, voir *supra*, chapitre 1. Ne reste que la formulation abstraite d'un principe de changement qui serait au cœur du texte constitutionnel lui-même, sans s'intéresser au pacte politique qui est alors conclu et au sens qu'il y a à en confier la garantie au juge. Ainsi, le parallèle ne fonctionne que dans l'énoncé formel des droits sociaux. Par ailleurs, comme le note justement Carlos Miguel Herrera, « Il est impossible de trouver une référence à Weimar dans les débats constitutants en Bolivie ou en Équateur du même type que celle de l'entre-deux-guerres, i.e. comme modèle » (*Ibid.*, p. 241), car il est vrai que Weimar a pu être discutée au Mexique et en Espagne.



forcément pertinente<sup>779</sup>. De même lorsque Jeff King présente l'évolution de la garantie du bien-être social vers le niveau constitutionnel, tout en notant qu'il existe différentes manières d'opérer une telle garantie<sup>780</sup>, il n'interroge pas le sens qu'a la garantie spécifiquement constitutionnelle dans les systèmes juridico-politiques contemporains<sup>781</sup>.

Une idée similaire est défendue par des auteurs comme Victor Abramovich et Christian Courtis qui prônent l'indistinction des droits et la définition des droits sociaux comme politiques en fonction d'obligations à la fois négatives et positives, la distinction entre les générations étant finalement plus « heuristique » ou « pédagogique », ou au pire une « face plus saillante », que fidèle à une réalité<sup>782</sup>. Cette idée ne saurait suffire, car si une telle approche se revendique « empirique » et « positiviste »<sup>783</sup> en ce qu'elle s'intéresse à la réalité de la garantie judiciaire des droits dans la jurisprudence, elle semble toutefois postuler que les droits sociaux seraient par nature proches des droits civils et politiques<sup>784</sup>. L'analyse s'appuie sur les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et sur un certain nombre de décisions judiciaires provenant de différents systèmes juridiques. Cette approche se contente alors de rejeter un présupposé – celui du refus de la justiciabilité des droits – sans avancer celui par lequel il est pourrait avoir été remplacé au soutien de la justiciabilité, qui n'est alors défendue qu'en tant que les droits seraient, par nature, plus indistincts qu'il a pu être dit<sup>785</sup>.

La recontextualisation brise ainsi une autre lecture, qui postule un conflit au sein des droits entre d'une part l'inspiration libérale des libertés et d'autre part l'inspiration socialiste des droits

---

<sup>779</sup> Voir par exemple C.M. HERRERA, « L'évolution des droits sociaux », *Les droits sociaux*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 48-61 et C.M. HERRERA, « Les droits sociaux par-delà l'État », *Les droits sociaux*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 86-117. La garantie de ces droits aurait alors connu une simple progression : « pendant longtemps, les juristes tenaient ces énoncés comme de simples proclamations, à ranger plutôt du côté des programmes politiques, n'ayant pas, en tout cas, de véritables effets juridiques. D'ailleurs, pour ce qui concerne les droits de l'homme, la doctrine juridique a fini par faire émerger d'autres notions, plus « techniques » – comme celle de « droits fondamentaux » en Allemagne ou celle de « libertés publiques » en France – qui viendraient sanctionner leur appartenance à un ordre juridique positif. » (*Ibid.*, p. 11). Les « fondements » sont d'emblée associés à l'égalité matérielle tandis que celui des besoins minimaux est rejeté car contraire à la prétention des droits sociaux à « l'universel » (*Ibid.*, p. 23-29). On comprend dès lors pourquoi l'auteur perçoit alors un lien entre l'État social et les droits sociaux.

<sup>780</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.* note 13, p. 41s, voir *supra*, section 1, §1, A.

<sup>781</sup> Ainsi les travaux synthétiques sur les droits sociaux évoquent rarement les pouvoirs du juge, voir par exemple, pour une telle absence, J. KING, « Social rights in comparative constitutional theory », in G. JACOBSON, M. SCHOR (dir.), *Comparative constitutional theory*, E. Elgar, 2018, p. 144-166.

<sup>782</sup> V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.* note 34, p. 23-27. C'est l'approche adoptée tant par les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie que par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, voir *supra* chapitre 2.

<sup>783</sup> *Ibid.*, p. 15 et 20.

<sup>784</sup> Les auteurs parlent de « norme universelle », à propos du PIDESC, *Ibid.* p. 21.

<sup>785</sup> Une même dépolitisation est réalisée par Jeff King lorsqu'il estime que le consensus tend à dépasser la distinction entre les générations de droit, repoussant les obstacles spécifiques aux droits sociaux en tant qu'ils sont idéologiques, sans interroger l'idéologie ou le sens politique qui pourraient avoir remplacé les précédents, J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.* note 13, p. 22 et 27.

sociaux<sup>786</sup>. Si les deux pactes onusiens de 1966 traduisent le rapport de force de l'époque au sein de l'ONU<sup>787</sup>, le monde post-1989 qui voit la jurisprudence s'élaborer dépasse largement la distinction droits et libertés et son origine idéologique, précisément parce que celle-ci a disparu au profit d'une conception juridique et non plus politique, déclarative ou programmatique des droits. L'historien britannique T. H. Marshall a montré de manière célèbre, en 1950, que la conception de la citoyenneté avait évolué d'une protection de la liberté à une participation politique entre du XVIII<sup>ème</sup> au XIX<sup>ème</sup> siècle – soit les deux premières générations de droits selon une terminologie inspirée de Marshall lui-même, mais qu'il n'a pas élaborée particulièrement. Cette même conception évolue jusqu'à constituer ensuite une « citoyenneté sociale » qui s'appuie sur les droits sociaux comme fondement de l'appartenance à la communauté nationale<sup>788</sup>. L'évolution des trois formes de citoyenneté décrite par T.H. Marshall n'envisage pas les « droits sociaux » autrement que les libertés politiques des révolutions anglaises puis américaine et française, dans un processus de construction nationale<sup>789</sup> ; le britannique ne décrit pas des générations de droit, comme on l'a souvent écrit après lui, mais simplement des périodes historiques où dominent une certaine conception de l'appartenance sociale.

L'association des droits sociaux à l'État social correspond à une lecture téléologique de l'histoire et ici du constitutionnalisme, celui de la lecture que nous avons qualifiée de démocratique. Le constitutionnalisme est alors conçu comme une réalité et non un discours, et comme un progrès dans la réalisation des droits, qui emprunte également à ce qui a pu être qualifié de mythe aux États-Unis après l'ère des droits civiques des années 1960<sup>790</sup>. La difficulté est que cette lecture sert un discours normatif voire militant qui n'aide pas à comprendre la réalité juridique. Jusqu'aux années

---

<sup>786</sup> Voir par exemple N. BOBBIO, *Le Futur de la démocratie*, Seuil, Coll. « La Couleur des idées », 2007, trad. S. Gherardi, J.-L. Pouthier, p. 469 (le texte en question date de 1967).

<sup>787</sup> D'ailleurs, l'idée de droits sociaux est alors rejetée par les États socialistes qui y voient un vecteur du libéralisme ; le pacte est plutôt défendu par les États décolonisés qui veulent affirmer une souveraineté sur les ressources nationales, S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 57-67 et 89-118.

<sup>788</sup> T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, Cambridge University Press, 1950. La différence avec la charité chrétienne ou le paupérisme, qui s'appuyaient sur une tradition qui remonte à la féodalité, est que les « *social rights* » du XX<sup>ème</sup> siècle dépassent la communauté locale pour s'inscrire dans une nation et un système juridique autonome où les juges sont indépendants des puissances politiques, *Ibid.*, p. 12-27. De même les droits civils et politiques apparaissent en même temps que les libertés, mais ils sont alors restreints à une classe et c'est dans une phase ultérieure qu'ils deviennent des droits pour les masses, *Ibid.*, p. 18-21.

<sup>789</sup> C'est bien pour cela que Marshall parle de « *members of the community* » i.e de citoyenneté et non de classes sociales, une grille de lecture que la citoyenneté précisément permet de dépasser, *Ibid.*, p. 28 et 34 : « *Differential status, associated with class, function and family, was replaced by the single uniform status of citizenship, which provided the foundation of equality on which the structure of inequality could be built* ». T.H Marshall envisage bien le rôle du juge (*Ibid.*, p. 12-17 et p. 59-60) mais il s'agit de la juridiction de Common law qui vient opposer les lois du droit social ou du droit du travail aux acteurs privés et publics, non d'une justice constitutionnelle au sens où on l'entend désormais selon, par exemple, Samuel Moyn ou Duncan Kennedy. En guise de droits, T.H Marshall parle surtout de mécanismes législatifs de sécurité sociale et d'éducation, *Ibid.*, p. 46-59, et il déplore précisément que le système soit « *piecemeal* » et donc difficilement justiciable (*Ibid.*, p. 59-60).

<sup>790</sup> S. SCHEINGOLD, *The politics of rights : lawyer, public policy, and politics (1974)*, Yale University Press, 2<sup>ème</sup> édition, 2004, voir *infra*, chapitre 6.

1970, l'État social n'était pas le projet politique associé à la gauche que la vision de la transformation de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle y voit par une lecture rétrospective : l'État social a été installé dans un certain consensus par les différentes traditions politiques<sup>791</sup>. Du début du XX<sup>ème</sup> siècle à l'après-Seconde guerre mondiale se propage ce que Duncan Kennedy a appelé un « social », en rupture avec l'individualisme formel et qui, au contrat et à la jurisprudence cumulative, privilégie la production normative de la société civile ou des agences et les régimes spéciaux créés par le législateur<sup>792</sup>. Il ne s'agit pas d'une position politique particulière<sup>793</sup>. Il s'agit plutôt de la constitution du corps social et sa régulation par l'État, du Front populaire et du New deal à l'État providence et aux projets d'indépendance du Sud en passant par les États fascistes. Or, la bascule des droits sociaux (lorsqu'ils émergent comme droits) survient à ce moment précis de l'histoire où, selon Samuel Moyn, la voie fut laissée à un projet global des droits humains par la chute de toute autre utopie concurrente au consensus libéral, du socialisme au décolonialisme<sup>794</sup>. Emportés dans la tendance à la fondamentalisation juridique des années 1980 et 1990, les droits sociaux deviennent des droits au sens juridique du terme précisément à l'époque où le contexte idéologique n'est plus à un projet d'égalité matérielle et de justice distributive – ce à quoi ils correspondaient largement dans leurs premières formulations révolutionnaires ou welfaristes. Le contexte des droits sociaux justiciables est plutôt celui de la liberté du marché et du laisser-faire de la part des autorités publiques<sup>795</sup>.

La « fin de l'histoire » célébrée par Fukuyama après 1989 porte l'essor de ces idées autour du globe, mise en avant par des institutions internationales comme le Fond monétaire international ou la Banque mondiale, « à peine compensées par les organisations sociales internationales comme l'Organisation internationale du travail et l'Organisation mondiale de la santé et par les Sommets

---

<sup>791</sup> Voir P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 239-259. Une explication avancée par Duncan Kennedy pour expliquer cette lecture anachronique est qu'il ne reste du « social », à l'ère de la « troisième globalisation », que sa forme politisée, dans les programmes de gauche, précisément parce qu'il n'est plus le projet dominant qu'il était jusqu'aux années 1960, D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 22, p. 54.

<sup>792</sup> D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 22, p. 43 : « *the hero figures of the social current became, in principal, the legislators who drafted the multiplicity of special laws that constituted the new order, along with the administrator who produced and enforced the detailed regulations that put legislative regimes into effect* ».

<sup>793</sup> *Ibid.*, p. 59 : « *what was globalised was not any social regime* ».

<sup>794</sup> La raison en est, selon lui, que la structuration idéologique entre Est et Ouest disparaît jusqu'à l'avènement du libéralisme en 1989, et que la *lingua franca* des droits peut alors remplacer les projets nationaux : c'est donc une contingence historique qui les fait émerger en tant que demandes universelles et non une progression idéologique linéaire, S. MOYN, *The last utopia*, *op. cit.* note 41. Cette lecture n'est pas toujours claire chez Samuel Moyn qui semble parfois attribuer aux droits l'échec des idéologies égalitaires ou juger que les droits seraient par nature hostiles à celles-ci.

<sup>795</sup> De manière très schématique, Samuel Moyn analyse les occurrences des mots « socialisme » et « droits humains » dans les ouvrages publiés, et observe que le premier décline lorsque les seconds augmentent, au tournant des années 1970 et 1980, S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 182. *Ibid.*, p. 2.

sociaux des Nations-Unies comme celui de 1995<sup>796</sup> », alors que « la transformation de l'économie politique internationale a réduit l'autonomie et la souveraineté de l'État-nation - mais n'a pas favorisé la construction d'organisations fonctionnellement équivalentes au niveau international<sup>797</sup> ». Les systèmes sociaux s'en trouvent transformés, bien loin de la structure sur laquelle reposait l'État social – travail de tous, État fort et assurance sociale lorsque le travail fait défaut<sup>798</sup>. En outre, la globalisation économique appelle à une telle convergence au profit de l'économie la mieux intégrée aux circuits financiers et commerciaux, un effet qu'ont particulièrement connu l'Afrique du Sud comme la Colombie<sup>799</sup>.

## 2. Le constitutionnalisme comme ensemble de valeurs situées

C'est le sens même du constitutionnalisme qui a changé dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, d'une limitation du pouvoir par un texte, reposant sur la distinction entre sphère publique et sphère privée, l'idée d'une représentation et un concept de peuple détaché de la masse, vers la garantie d'un ordre de valeurs par une norme supérieure au politique, comme le note Martin Loughlin<sup>800</sup>. Le constitutionnalisme s'entend alors comme un système idéologique mis en œuvre sous la surveillance du juge, contre l'idée téléologique d'un texte qu'il faudrait appliquer ou d'un projet constituant dont on pourrait invoquer l'intention originelle. Le constitutionnalisme ne vient plus seulement limiter le gouvernement mais légitimer l'ordre social ; il n'est plus un projet politique en tant qu'il s'adosserait à la volonté collective affirmée dans un texte, mais un système de

---

<sup>796</sup> « Introduction », in F.G. CASTLES et al. (dir.), *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford University Press, 2010, p. 1-15, p. 10.

<sup>797</sup> *Ibid.*, p. 11 : « *minimally counterbalanced by international social institutions such as the International Labour Organization and the World Health Organization and by UN World Social Summits as in 1995* », alors que « *the transformation of the international political economy decreased the autonomy and sovereignty of the nation state - but did not support the evolution of functionally equivalent higher authorities at the international level* ». L'accès au marché américain et le rôle des États-Unis dans les organisations économiques et financières mondiales imposent d'adhérer à leur *legal consciousness*, voire très concrètement de respecter le droit du pays, notamment du droit des affaires, qui constitue l'un des points privilégiés de convergence des ordres juridiques. Sur l'essor du droit américain des affaires au-delà de ses frontières, voir J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2009, p. 215-232.

<sup>798</sup> On peut ainsi noter les traits suivants des systèmes sociaux contemporains : 1) des inégalités socio-économiques croissantes, que l'on a vues plus haut ; 2) une précarisation du marché du travail, que l'on évoque souvent sous le terme d'uberisation, souvent associée à un droit du travail conçu comme trop lourd et à un déclin du rôle des syndicats, 3) une grande automatisation qui concentre la force de travail en les mains des industries technologies et des plus diplômés, 4) une réduction des acteurs publics au profit du privé, ou des formes d'hybridation, 5) une régression des politiques fiscales de redistribution, 6) l'inclusion de conditionalité dans les politiques de l'État social, avec une mutation de la figure du bénéficiaire des aides ou de la protection sociales, rendu responsable de son sort, voire accusé de fraudes ou d'addiction, au prix d'une « *distinction between the deserving and undeserving poor* », J. KING, « The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 289-323, p. 298.

<sup>799</sup> *Supra*, section §1, B.

<sup>800</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, 2022. L'auteur distingue alors le premier sens, qu'il qualifie de « *constitutional democracy* », du constitutionnalisme entendu dans un sens à la fois plus restreint, car notamment nord-américain, et plus élargi en tant que philosophie de gouvernement dans laquelle les droits et le juge priment sur le pouvoir politique – et la démocratie, selon Martin Loughlin. La même idée anime l'analyse des transitions constitutionnelles de Ran Hirschl, voir *supra*, chapitre 1.

valeurs détaché d'une origine fixe<sup>801</sup>. Les débats des juristes allemands à propos de la Constitution de Weimar permettent selon Martin Loughlin de comprendre ce passage, qui pourrait aussi s'appliquer, à la même période, à l'Inde et sa Cour suprême<sup>802</sup>. D'un côté, on a la position dominante de Jellinek, selon laquelle la Constitution est la norme fondamentale d'un système de droit positif – une position qui permet le passage vers un système de valeurs comme le feront les juristes allemands après la Seconde guerre mondiale. D'un autre côté, à cette vision s'oppose celle de Schmitt d'une origine plus substantielle de la légitimité dans la souveraineté populaire, le texte n'étant alors qu'un projet politique. C'est alors Hermann Heller qui apporte l'élément clef qui définit le constitutionnalisme contemporain : par le processus de justification, l'ensemble des règles auxquelles l'État est soumis se mêle à la légitimité et, dès lors, la « normalité se transforme en normativité<sup>803</sup> » ; la Constitution formelle s'appuie sur une fondation matérielle. Le droit et la politique (ou les valeurs) sont alors liés dans un processus de légitimation d'un ordre social, fut-il progressiste<sup>804</sup>.

Hermann Heller est précisément cité par la Cour constitutionnelle de Colombie lorsqu'elle présente l'histoire du constitutionnalisme social auquel sont associés les droits sociaux<sup>805</sup>. Heller prépare pourtant, avec sa théorisation de la normativité, le constitutionnalisme contemporain, au-delà de l'État social garanti par l'exécutif et le législateur. De même, lorsque la Cour assume définir une notion de droit fondamental qui n'est pas seulement contenue dans le texte, mais provient de critères historiques, sociaux, factuels, jusnaturalistes et, en partie seulement, textuels, et qu'elle assume ne pouvoir s'appuyer sur les travaux du constituant<sup>806</sup>, la juridiction fait appel à la fois à la construction normative de la Constitution au-delà du seul énoncé et à une analyse historique de l'État social de droit, assumant une distinction peu claire avec l'État social<sup>807</sup>. L'émergence d'une garantie sociale est tantôt présentée comme l'attribution de droits à tous<sup>808</sup> et comme une limitation

---

<sup>801</sup> Martin Loughlin reprend alors une distinction opérée par Paul Kahn dans son analyse du constitutionnalisme états-unien, qui n'a plus eu le même sens au-delà de ses *drafters*.

<sup>802</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, p. 16s.

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 60, citant Heller : « *normality is transformed into normativity* ».

<sup>804</sup> Pour un usage sud-africain, voir D. DAVIS, « Duncan Kennedy's a Critique of Adjudication: A Challenge to the Business as Usual Approach of South African Lawyers », *South Africa Law Journal*, vol. 117, n° 4, 2000, p. 697-712, p. 705s, contestant alors le scepticisme de Duncan Kennedy vis-à-vis des droits en mettant en avant la potentielle justification progressiste du constitutionnalisme, ou, selon les termes de Dennis Davis, l'inclusion d'une idéologie de gauche radicale et non libérale dans une rationalisation juridique.

<sup>805</sup> CCC, T-446/92 (Fabio Moron Díaz, Tercera).

<sup>806</sup> CCC, T-406/92 (Ciro Angarita Baron), *op. cit.*, voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B.

<sup>807</sup> *Ibid.*, §2.

<sup>808</sup> *Ibid.*, §2 : « *Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.* »

de « l'État interventionniste », associé à une inflation normative<sup>809</sup>. Or, c'est précisément l'État social de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle qui a été marqué non par la limitation constitutionnaliste – sauf peut-être dans le cas étatsunien, qui n'est pas le contexte de l'État social – mais par la formation de la bureaucratie critiquée, à partir des années 1970, par les discours libertariens.

La Cour constitutionnelle de Colombie présente bien cette rupture dans une autre décision en estimant que la Constitution de 1991 dépasse « l'ancien schéma de l'État libéral » mais aussi les « engagements purement déclaratifs en faveur des droits sociaux » durant l'après-guerre<sup>810</sup>. Dès lors, la déclaration de principes précitée de la Charte de 1991 suppose une redéfinition fondamentale des éléments idéologiques qui inspirent le droit constitutionnel colombien dans ce nouveau corpus normatif, et implique son adhésion aux étapes les plus actuelles de l'évolution de la pensée démocratique et sociale, résumée dans le courant du constitutionnalisme pluraliste qui s'exprime dans la figure de l'État de droit social et démocratique. Cependant, ce changement substantiel n'est pas le produit d'une rupture conjoncturelle et soudaine ; il s'inscrit plutôt dans le cadre de nos propres transformations et dans l'influence de la pensée constitutionnelle contemporaine qui pénètre par ses apports le large spectre de notre organisation juridique.<sup>811</sup>

La Cour associe les droits à cette nouvelle vision normative ; c'est bien la rencontre de celle-ci avec la « pensée constitutionnelle contemporaine » qui constitue la spécificité du constitutionnalisme transformateur par-delà la régulation de l'État social au sein de « constitutions de compromis de

---

<sup>809</sup> *Ibid*, §2. : « la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política ».

<sup>810</sup> CCC, T-446-92 (Fabio Moron Díaz), Tercera, A. : « éste nuevo cuerpo doctrinario permite a la sociedad en general, que oriente la superación del viejo esquema del Estado Liberal predominante durante casi todo el transcurso del siglo XIX, y de sus iniciales evoluciones surgidas después de la primera guerra mundial, denominadas genéricamente Estados intervencionistas por sus contenidos compromisorios entre las clases sociales (Welfare State). (...) En principio, y conforme a las primeras definiciones del Estado Liberal, este debía dejar libre al hombre en sus relaciones con la Sociedad, de manera que su función se limitaba a mantener el orden y la paz pública interna en la búsqueda del bien común que correspondía a los hombres y al desarrollo de sus capacidades; posteriormente, y como se verá enseguida, las primeras evoluciones del cuerpo doctrinario de pensamiento liberal en los inicios de este siglo, condujeron al establecimiento de fórmulas meramente declarativas de compromisos en favor de los derechos sociales que no pudieron consolidarse en verdaderas salidas democráticas a las confrontaciones propias de sistemas políticos y económicos dualistas, y que se precipitaron con las dictaduras europeas y latinoamericanas de las primeras cuatro décadas del siglo. Así, aquella expresión fue acuñada por Herman Heller en 1919, con el principal propósito de impregnar al Estado de los nuevos compromisos frente a la sociedad, y se confunde con los contenidos doctrinarios del llamado Constitucionalismo Social. »

<sup>811</sup> *Ibid.*, Tercera, C. : « es preciso tener en cuenta previamente que la citada declaración de principios de la Carta de 1991, supone una redefinición fundamental de los elementos ideológicos que inspiran al Derecho Constitucional Colombiano en este nuevo cuerpo normativo supremo, y comporta su adhesión a los más actuales estadios de la evolución del pensamiento democrático y social, resumidos en la corriente del constitucionalismo pluralista y que se expresa en la figura del Estado Social y Democrático de Derecho; empero, este cambio sustancial no es producto de una ruptura coyuntural y sobrevenida; mas bien, él se enmarca dentro de nuestras propias transformaciones y dentro del influjo del pensamiento constitucional contemporáneo que penetra con sus aportes el amplio espectro de nuestra organización jurídica. »

classe » dont la mise en œuvre dépend largement du législateur<sup>812</sup>. Mais la Cour est moins claire lorsqu'elle relie ensuite les droits fondamentaux aux droits libéraux en y ajoutant simplement ceux de nature sociale ; elle semble alors considérer qu'il y a une continuité dans la prise en compte des intérêts sociaux de l'après-guerre jusqu'au pluralisme qu'incarne l'État social de droit<sup>813</sup>. Pourtant, l'État social de droit colombien peut très bien se comprendre comme une œuvre libérale distincte de tout fondement socialiste ou solidariste : il consiste alors simplement à déplacer les méthodes de protection des droits fondamentaux vers de nouveaux objets, comme un ensemble de garanties minimales<sup>814</sup>. C'est alors donner raison aux critiques des droits sociaux qui voient dans ceux-ci une génération ultérieure aux autres, mais en inversant la perspective puisqu'il s'agit de mettre de côté l'anachronisme qui fonde ces critiques : du point de vue contemporain, les droits des nouvelles « générations » ne sont pas inférieurs aux droits supposément précédents mais des redéfinis à l'ère des droits fondamentaux, par nature transversaux à toutes les dimensions de la vie humaine qu'embrasse le droit constitutionnel<sup>815</sup>.

Le juriste allemand Ernst-Wolfgang Böckenförde présente le raisonnement des droits fondamentaux différemment de celui des générations de droits définies par leur contenu. Ce raisonnement ne peut plus s'appuyer sur la seule interprétation de dispositions « lapidaires », qui valait lorsque l'on envisageait seulement les droits comme principes programmatiques lors de la

---

<sup>812</sup> *Ibid.*, Tercera, D. : « Cabe tener en cuenta que las primeras constituciones de compromiso de clase propias de los inicialmente denominados estados sociales, se erigen en Europa como solución prototípica de naturaleza constitucional para atender jurídicamente a la búsqueda de reformas sociales que reclamaban las organizaciones sindicales y partidistas de los conglomerados populares. »

<sup>813</sup> La Cour estime ainsi : « aquella transformación política y jurídica condujo paulatinamente en nuestro país, y más progresivamente en otras latitudes, a la consagración de los supuestos normativos del ahora entre nosotros denominado y redefinido 'Estado Social de Derecho', para asegurar no sólo la garantía de la inviolabilidad de las libertades y de los derechos humanos del más puro y originario sentido racionalista y voluntarista y de los derechos sociales, sino para proponer, promover y adelantar todas las acciones posibles, tendientes a lograr que se realicen al mismo tiempo las exigencias siempre cambiantes y progresivas de la justicia social; igualmente, esta tendencia condujo a la ampliación de los derechos de contenido social y colectivo, y al reconocimiento de los fenómenos de masificación de las relaciones jurídicas con un nuevo núcleo de vías de protección de aquellos intereses. (...) La segunda postguerra permite al derecho constitucional afirmar la maduración de los elementos que desde los inicios de este Siglo rodeaban la vida de los estados liberales y contra los cuales habían luchado las fuerzas totalitarias; en este proceso se destaca el reconocimiento y la incorporación de las fuerzas sociales que habían permanecido por fuera del Estado y se abren nuevas sedes políticas y nuevas vías de participación a los distintos sujetos sociales con el propósito de obtener su acuerdo sobre las bases del orden normativo erigido con vocación de generalidad. (...). Estas Constituciones son el fruto del acuerdo común entre numerosos grupos que en ellas buscan conservar su propia identidad para elaborar un proyecto político y social general, e irradiar, no solo cada ángulo de lo político, sino todos los ámbitos de la vida social. En este orden de ideas, el Derecho Constitucional da forma a sistemas normativos abiertos de conformidad con la pluralidad de fuerzas que en él se encuentran, y supera los anteriores esquemas cerrados de disposiciones constitucionales rígidas, para permitir, dentro de los marcos de legalidad, de la supremacía jurídica de la Carta y de la vigencia ampliada de la jurisdicción constitucional de la libertad, una más dinámica proyección de la democracia y de la justicia social. » (*Ibid.*, Tercera, D.).

<sup>814</sup> Voir par exemple C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, L'Harmattan, 2015, p. 255-294. L'auteur tient en effet à distinguer l'État social de droit autant d'un socialisme que de la « *pensée bourgeoise* » à laquelle correspondrait, selon lui, les seules libertés aux obligations négatives : il s'agirait bien de garantir des prestations, mais de s'en tenir aux seuls « *besoins fondamentaux* » (*Ibid.*, p. 262).

<sup>815</sup> Sur l'importance du temps dans la formation des droits comme instruments et titularités juridiques, voir *supra*, introduction générale, section 2, §2 et 3. C'est bien d'ailleurs l'interprétation faite encore aujourd'hui par les juges des pays qui montrent certaines réticences à la fondamentalité et dont les juges constitutionnels restent dans une certaine déférence envers le pouvoir politique, à l'image du Conseil constitutionnel français qui maintient le préambule de la Constitution de 1946 dans une normativité qu'il revient principalement au législateur de mettre en œuvre, bien que sous son contrôle, L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007.

République de Weimar ; interprétation à côté de laquelle on envisagerait le « supplément idéologique » ajouté par l'interprète, ni enfin comme la résolution de litiges. Il s'agit bien plutôt d'une « mise en ordre de réalités politiques et sociales changeantes » par l'intégration d'« une conception de l'État » ou d'« une théorie de la constitution »<sup>816</sup>. L'auteur allemand distingue plusieurs théories qui coexistent dans le raisonnement du juge moderne. La théorie libérale qui conçoit les libertés comme une protection de la sphère privée face à l'État bourgeois demeure, de même qu'une approche institutionnelle qui vise à la protection législative de principes constitutionnels. S'y ajoutent également, selon les cas, une théorie axiologique qui envisage les droits, subjectifs et objectifs, comme un processus d'intégration au sein de la communauté politique et sociale, en lien avec une théorie démocratique, selon laquelle les droits peuvent jouer dans la formation de la communauté politique, dans une dimension plus procédurale, mais qui exclut là encore la séparation de l'individu de la société. Une dernière théorie est dite « sociale » : le passage d'une société comme agrégat d'individus vers les échanges sociaux aurait produit l'idée d'une garantie juridique positive de la liberté réelle et non plus abstraite, avec des obligations positives pesant sur l'État – sont alors envisagés autant les libertés classiques que les droits sociaux au sens strict. De la Constitution comme limite au pouvoir, on passe aux droits fondamentaux comme règles d'organisation sociale, sujets à des raisonnements d'optimisation<sup>817</sup>.

Deux conséquences peuvent être tirées de cette présentation.

D'une part, l'idée même de théorie implique qu'une simple interprétation du texte constitutionnel doit être écartée ; la théorie doit être conçue comme une justification à une position qui leur donne un sens qui fasse système<sup>818</sup>. Les théories des droits fondamentaux ne sont pas tant des projets politiques clairs que des justifications de l'activité des juristes et des juges contemporains. Lorsque la Cour constitutionnelle de Colombie présente dans la décision T-406/92 sa définition de la notion de droits fondamentaux, bien distincte des énoncés constitutionnels, en se fondant sur une prétendue baisse de la légitimité de l'État du fait de son interventionnisme, la Cour observe une

---

<sup>816</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Bruylant - LGDJ, 2000, trad. O. Jouanjan, notamment le chapitre « Théorie et interprétation des droits fondamentaux (1974) », p. 253-277.

<sup>817</sup> Voir aussi V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *op. cit.* note 41. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Juspoliticum*, n° 8, 2012.

<sup>818</sup> Sur le raisonnement, voir *infra*, chapitre 5.



« transformation » du droit dans le passage d'une validité formelle à une validité matérielle<sup>819</sup>. Il s'agit de l'une des rares occurrences du mot « transformation » dans la jurisprudence de la Cour. L'« augmentation de la créativité juridique<sup>820</sup> » qui en découlerait viendrait consacrer le rôle du juge en ce que la validité matérielle provient de la résolution des litiges individuels, c'est-à-dire de la confrontation du droit et de la société, des principes constitutionnels érigés en norme et des conflits entre eux. Le pouvoir du juge est alors consacré non seulement par le texte ou son esprit<sup>821</sup>, mais par des évolutions d'ordre historique et social dont la Cour ne serait que la récipiendaire – alors même qu'elle produit, ici, une théorie des droits fondamentaux qui vient justifier son mode de raisonnement.

D'autre part, Böckenforde lui-même n'échappe pas aux apories de la justification qui viennent inclure des considérations politiques et sociales, lorsqu'il choisit d'écarter la théorie sociale. L'auteur met en avant une difficulté relative aux conflits entre droits et dans l'attribution des ressources. Il se demande alors, en 1974 : « La garantie couvre-t-elle les seules conditions minimales, ou bien les conditions moyennes, ou bien alors les conditions pleines et entières de cette liberté ?<sup>822</sup> ». La réponse serait qu'« il est impossible de dégager des droits fondamentaux eux-mêmes un système de leur plus ou moins grande valeur (sociale) et dont l'établissement deviendrait inévitable pour les tribunaux<sup>823</sup> ». Si l'on souscrit à l'idée selon laquelle cette approche revient à justifier une « juridicisation des conflits politiques<sup>824</sup> », on voit mal, en revanche, en quoi cela n'est pas vrai de l'ensemble des droits fondamentaux. Attribuer une valeur est justement ce que les théories de la justice – élaborées après le texte de Böckenforde – proposent. D'où leur usage par les juges et juristes en matière de transformation sociale. Il est alors insuffisant de s'intéresser à la nature ou à la théorie des droits ; il faut encore regarder les théories politiques et sociales adossée à la justification et leur réalité sociopolitique.

---

<sup>819</sup> Ibid., §3-5, notamment §3 : « *Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.* »

<sup>820</sup> Ibid.

<sup>821</sup> La Cour peut se voir reprocher de lier une approche qu'elle définit comme factuelle et inductive à une déduction du texte constitutionnel qui commanderait logiquement son approche – notamment parce qu'elle déduit cette construction de l'article premier de la Constitution, Ibid., §6. Pour la discussion de cette contradiction, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>822</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.* note 104, p. 266.

<sup>823</sup> Ibid., p. 266.

<sup>824</sup> Ibid., p. 266.

## §2. La recontextualisation du constitutionnalisme transformateur

Les discours constitutionnalistes relatifs à la transformation sociale ne relèvent pas tant d'une évolution de l'État social dont ils se réclament souvent que d'un nouveau contexte discursif. Les théories de la justice ont ainsi constitué le cadre de pensée des droits sociaux à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle (A). Cette construction conceptuelle correspond aux politiques mises en œuvre en Afrique du Sud et en Colombie depuis les années 1990 : deux exemples d'ouverture du marché au détriment de la redistribution étatique (B).

### A. La conceptualisation des droits sociaux comme minimum

Le cadre de pensée des droits sociaux, en tant que garantie constitutionnelle de biens déterminés, n'est pas nécessairement celui de la redistribution au sein du paradigme de l'État social, qui correspond plutôt à la théorie de la justice de John Rawls, plutôt éloignée des droits sociaux (1). Ces droits ont reçu une théorisation bien plus influente en tant que besoins individuels, tel que l'a proposé notamment Amartya Sen (2).

#### 1. *Le déclin de la redistribution : les mauvais usages de John Rawls*

Les théories de la justice ont connu un regain d'intérêt dans les années 1970 et 1980, alors que le libéralisme connaissait les répercussions des changements économiques et sociaux des sociétés occidentales, mais aussi du fait d'un rééquilibrage des rapports entre le Nord et le Sud. Il se pose alors la question de l'urgence d'une obligation morale immédiate et globale, universelle, à laquelle propose de répondre un courant philosophique qui a eu une influence capitale sur la pensée du développement et des droits : la « justice globale » (*Global Justice*) conteste la théorie de la justice de John Rawls publiée en 1971, accusée de se perdre dans l'abstraction sans envisager cette intégration intense des échanges qui rend les solutions nationales moins pertinentes<sup>825</sup>. Néanmoins, aux États-Unis où le libéralisme politique est étroitement associé au constitutionnalisme et où ils sont tous deux mis en cause par les conflits sociaux des années 1960, les juristes américains les plus progressistes qui restaient attachés à la tradition libérale ont vu dans les droits sociaux une

---

<sup>825</sup> C'est la lecture que propose P. SINGER, « Famine, Affluence, and Morality », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n° 3, 1972, p. 229-243. À sa suite, Onora O'Neill, doctorante de Rawls à Oxford avant que celui-ci ne devienne enseignant à Harvard aux côtés d'autres théoriciens de la justice, dont Amartya Sen, travaille dans le sens d'un droit moral à recevoir une subsistance, O. O'NEILL, « In a Starving World, What's the Moral Minimum ? », *Hastings Center Report*, vol. 11, n° 6, 1981, p. 42-44. O. O'NEILL, *Faces of Hunger : An Essay on Poverty, Development and Justice*, G. Allen & Unwin, 1986. Peu avant, Charles Beitz a tenté de « globaliser Rawls » (S. MOYN, *Not enough, op. cit.* note 15, p. 155) en le détachant du seul cadre national (et en critiquant de même le NIEO) pour penser la justice dans le contexte de la mondialisation qui rend les économies interdépendantes, et la perception des inégalités globale, C. BEITZ, *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, 1979. Voir aussi la critique de Sen, *infra*.

opportunité particulière de la renouveler<sup>826</sup>. Frank Michelman en particulier a élaboré une théorie des droits sociaux à partir de la théorie de la justice de John Rawls en voyant dans le premier principe de liberté, et non seulement celui de différence qui permet les inégalités matérielles dans la limite du premier, un bien social primaire de *self-respect* d'où découlerait une obligation de garantir aux individus un ensemble de biens sociaux de base<sup>827</sup>.

Dans un débat célèbre avec Frank Michelman, William Forbath estime au contraire que la théorie rawlsienne n'a pas grand-chose à voir avec la constitutionnalisation de droits économiques et sociaux : elle plaide plutôt, contre la garantie absolue d'un minimum, pour une « démocratie de propriétaires » où chacun peut posséder une part du bien commun à même de le faire participer à la société, dans l'approche social-démocrate<sup>828</sup>. Ainsi les « biens essentiels » (*essentials*) placés par Rawls au fondement du contrat social sont plutôt un ensemble de garanties procédurales, qui « ne considère pas moins le partage du pouvoir qu'une part égale de biens<sup>829</sup> » – ce que Frank Michelman admet par ailleurs<sup>830</sup>. Pour la substance, Rawls se préoccupe plus sûrement de revenus et d'impôts – et de la propriété privée à partir de laquelle l'individu peut participer à la vie en société – que de biens sociaux donnés<sup>831</sup>.

En outre, si rien n'appelle spécifiquement chez Rawls à la garantie de biens sociaux donnés, il est encore moins sûr que l'on puisse déduire de sa théorie de la justice une garantie constitutionnelle de ces biens : cette garantie pourrait très bien passer par le législateur, comme Rawls lui-même l'envisage pour les réformes sociales que sa théorie impliquerait<sup>832</sup>. Rien ne dit qu'il envisageait en 1971 que ses principes abstraits se traduisent par des garanties fondamentales plus concrètes et situées au-dessus du législateur, *a fortiori* sous la garantie d'un juge. La distinction est cruciale à l'encontre des raisonnements qui déduisent trop facilement la nécessité de droits

---

<sup>826</sup> W.E. FORBATH, « A Not so Simple Justice: Frank Michelman on Social Rights, 1969 – Present », in A. VAN DER WALT (dir.), *Theories of Social and Economic Justice*, Sun Press, 2005, p. 72-107, p. 72.

<sup>827</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1, A.

<sup>828</sup> Comme le dit Rawls lui-même, « *In a welfare state, the aim (of political institutions) is that none should fall below a decent standard of life (...). By contrast, in a property-owning democracy the aim is to carry out the idea of society as a fair system of cooperation over time between citizens as free and equal persons.* », J. RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, 2001, p. 92, cité par Forbath 2005, p. 92. Voir aussi T. KHAITAN, « Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy », *Global Constitutionalism*, vol. 8, n° 3, 2019, p. 536-570, p. 569.

<sup>829</sup> W.E. FORBATH, « A Not so Simple Justice », *op. cit.* note 114, p. 92 : qui « *concerns shared authority no less than a fair share of goods* ».

<sup>830</sup> F.I. MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 13-34, p. 25 : « *For present purposes - and here I depart a little from Rawls's usage of the term - we may say that the set of 'constitutional essentials' is equivalent to the set of minimally required principles and guarantees.* »

<sup>831</sup> C'est ainsi que Philippe Van Parijs, l'un des promoteurs les plus écoutés aujourd'hui d'un revenu universel de base, fonde la distribution de celui-ci sur la théorie de Rawls, P. VAN PARIJS, « Why Surfers Should Be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 20, n° 2, 1991, pp.101-102.

<sup>832</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights. One View of Rawls' Theory of Justice », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, n° 5, 1973, p. 962-1019, p. 977-981.

constitutionnels à partir d'un idéal redistributif ou socialement protecteur comme celui proposé par Rawls. Il n'y a en effet aucun lien logique entre cet idéal et la constitutionnalisation de cet idéal. Pour Rawls, il suffit d'augmenter le revenu des plus démunis par une redistribution fiscale<sup>833</sup>, tant que leur situation s'améliore, jusqu'à ce que cet usage du principe de différence vienne atteindre le rupteur que représente le premier principe. Dans cet équilibre, il n'y a aucune nécessité à garantir les biens pour lesquels peut être dépensé le revenu redistribué, tandis que l'utilitarisme traditionnel y semble plus favorable... mais il est moins favorable que Rawls à une garantie constitutionnelle<sup>834</sup>.

Si l'on revient à la décontextualisation notée plus haut, l'État social renvoyait à un système juridique et administratif d'assurance sociale, *via* des transferts sociaux en monnaie, quand les droits économiques et sociaux constituent la garantie d'objets sociaux donnés. Chez John Rawls, la vision d'un minimum n'implique pas une garantie juridique parce qu'il s'intéresse avant tout à un cadre éthique général, ce que lui reprochent d'ailleurs les théoriciens (souvent économistes) de la justice globale, dont Frank Michelman semble en réalité plus proche par souci de garantir un minimum. Le juriste estime en effet que les droits répondent à une « maxime de satisfaction » (« *satisficing precept* »), selon laquelle « assez est assez » (*enough is enough*)<sup>835</sup> : ils ne peuvent alors pas être fondés par le principe de différence, qui répond plutôt à un « principe de maximalisation » (*maximising precept*), soit l'idée selon laquelle « le plus est le mieux » (*more is better*). C'est sans doute pour cela que la tentative de rattacher les droits sociaux aux principes rawlsiens, dans le contexte des États-Unis, était vouée à l'échec. John Rawls avait lui-même envisagé une garantie constitutionnelle de biens essentiels dans *Political liberalism*, mais il excluait alors explicitement les droits sociaux, par distinction d'avec les biens sociaux civils et politiques, en mobilisant un autre type d'argument : c'est parce qu'ils renverraient à des conflits politiques trop importants que les droits sociaux devraient

---

<sup>833</sup> Voir par un impôt négatif comme celui proposé par Milton Friedman, *infra*, note 1014.

<sup>834</sup> Pour Michelman, l'approche utilitariste (une alteration est permise si elle augmente le bien total) - rejetée par Rawls (pour qui une alteration est permise si elle augmente le bien des plus démunis) - est plus favorable « *to constructing an argument for social insurance focused on particular needs, because it is not tied to a short list of general social goods such as income and wealth and, accordingly, allows for much more latitude and specificity in making assumptions about what people really want and need.* » (F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 120, p. 978).

En effet, pour les utilitaristes, l'utilité marginale décroissante des biens fait que les plus démunis vont vouloir dépenser plus (au-delà du coût de production) pour ce qu'ils ont en faible quantité (et consommant par là un surplus pour ces produits, laissé par les consommateurs plus aisés), améliorant donc la satisfaction des consommateurs en général. Dès lors, les transferts de revenus, visés par l'utilitarisme comme par Rawls, ne servent dans l'utilitarisme qu'à financer les coûts pour les plus démunis de l'acquisition d'une liste de bien sociaux minimaux (*Ibid.*, p. 978). À l'inverse, le principe rawlsien de différence ne plaide que pour une redistribution de revenu et non un minima de bien sociaux, quand bien même il serait plus favorable à une garantie constitutionnelle en soi, du fait du point de vue du plus démuné et non de la société en général, là où l'utilitarisme se contente de choix législatifs (*Ibid.*, p. 981).

Toutefois, pour la Cour constitutionnelle de Colombie, il faut rejeter l'utilitarisme au nom d'un jugement moral de type rawlsien, voir *infra*, section 2, §2, B., 2.

<sup>835</sup> F.I. MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights », *op. cit.* note 120, p. 977 « *a highly articulated (that is, justiciable) conception of insurance rights may seem to fit more naturally under a satisficing than a maximizing precept.* », ou encore p. 984 : « *welfare rights most naturally seems to want to satisfy a minimum, not to get more and more.* ». Où l'on voit que la lecture de Rawls par Michelman ouvre à celle du courant de la Global justice.

demeurer à l'écart du droit constitutionnel<sup>836</sup>. Il faut dire que ses travaux avaient alors évolué du voile d'ignorance de la théorie de la justice comme équité, et donc une définition abstraite des biens sociaux, vers l'idée de consensus social, plus proche des théories de la démocratie délibérative.

La garantie des conditions procédurales de la participation politique est restée le principal legs de John Rawls. Aussi, lorsqu'il a été mobilisé par les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie, il l'a été pour sa théorie contractualiste<sup>837</sup> et plus rarement au service du principe d'égalité<sup>838</sup>, et une fois en matière d'inégalités socio-économiques<sup>839</sup>. Selon une lecture courante chez les juristes, comme celle que propose par exemple Jeff King, qui s'appuie sur la notion de respect de soi chez Rawls comme Frank Michelman. Selon le britannique, la garantie d'une redistribution des biens sociaux rejoindrait les lectures communautariennes ou même l'idée de consensus développée ultérieurement par John Rawls pour fonder le libéralisme politique, puisque l'on peut interpréter cette garantie comme une précondition à la participation politique<sup>840</sup> ou le sens de la

---

<sup>836</sup> J. RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 227-230, spec. p. 229 : « *Whether the constitutional essentials covering the basic freedoms are satisfied is more or less visible on the face of constitutional arrangements and how these can be seen to work in practice. But whether the aims of the principles covering social and economic inequalities are realized is far more difficult to ascertain. These matters are nearly always open to wide differences of reasonable opinion; they rest on complicated inferences and intuitive judgments that require us to assess complex social and economic information about topics poorly understood. Thus, although questions of both kinds are to be discussed in terms of political values, we can expect more agreement about whether the principles for the basic rights and liberties are realized than about whether the principles for social and economic justice are realized.* »

<sup>837</sup> La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a pu citer Rawls pour l'importance qu'il donne aux raisons dans le débat public d'une démocratie constitutionnelle libérale, voir CCAS, 3 octobre 2007, *Masetlba v. President of the Republic of South Africa and Another*, opinion concordante d'Albie Sachs, §238 (à propos de la nomination du chef de l'agence nationale de renseignement), ou sur la notion de justice dans la théorie du contrat (privé), CCAS, 17 juin 2020, *Beadica 231 CC and Others v Trustees for the time being of the Oregon Trust and Others* (Leona Theron). La Cour constitutionnelle de Colombie utilise plus souvent Rawls pour sa vision de la liberté ou du contrat social que pour son usage dans les droits sociaux, voir CCC, T-467/16, *infra*, section 2, §1. Elle a pu se fonder également sur la notion de droit naturel au sens d'une obligation morale envers la société pour rejeter une demande vis-à-vis de l'État qui en réalité visait une situation causée par la destruction d'un commissariat par les guérilleros, et renvoyait donc aux devoirs de la population de respecter les services publics, CCC, T-139/93.

<sup>838</sup> La Cour constitutionnelle de Colombie s'appuie par exemple sur cette conception de l'égalité matérielle, et cite Rawls, pour estimer qu'il revient au législateur de protéger les plus défavorisés : « *puesto que la igualdad solo es verdadera o efectiva, como dice el artículo 13 de la Constitución, si se hace justicia a las reales condiciones existentes de equilibrio o desequilibrio entre clases de individuos, le viene impuesto al legislador garantizar la compensación de sujetos en situaciones desventajosas provenientes de lo que Rawls denomina "lotería natural" o de las circunstancias sociales, históricas o del mercado. Se lesiona, por consiguiente, el derecho a la igualdad material sancionado por el Constituyente si frente a circunstancias fácticas inequitativas para algunos se omite llevar adelante medidas positivas que los equiparen en la práctica con los demás.* », CCC, T-097/16, §6.10. L'État doit notamment faire en sorte que les personnes handicapées, selon la Cour, puissent s'intégrer « réellement » dans la société, alors que le requérant, diagnostiqué bipolaire, n'a pas pu faire l'objet d'examen adaptés dans une école publique d'enseignement supérieur. De même, la Cour a pu utiliser le principe de différence de Rawls pour juger constitutionnel un mécanisme de recrutement automatique des enseignants par la professionnalisation, hors concours, dans les régions d'accès difficile où les candidats ne veulent aller, parce que ces régions exigeaient un traitement privilégié, CCC, C-592/96, §16. Pour un usage en Afrique du Sud à propos du principe d'égalité en lien avec les droits sociaux, mais sans usage dans l'instance, voir CCAS, 2 septembre 2014, *South African Police Service v. Solidarity Obo Barnard*, §172 et §175, voir également *infra*, chapitre 4, section 1, §2.

<sup>839</sup> Le juge Froneman cite Rawls pour juger inconstitutionnelle une mesure législative qui fixe un délai pour exercer ne action en justice en réparation après un accident de la route, au motif qu'elle peine les plus démunis, mais en opinion dissidente, CCAS, 30 septembre 2010, *Road Accident Fund and Another v. Mdeyide* (Johann van der Westhuizen), §128.

<sup>840</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.* note 13, p. 27-32.

citoyenneté sociale élaboré par T.H. Marshall<sup>841</sup>. Or, une telle approche risque de mélanger l'autonomie contemporaine ou le « bien-être » avec les principes rawlsiens. C'est qu'un glissement a eu lieu qui a fait relire les idées de John Rawls hors du paradigme de l'État social.

## 2. Les lectures libertariennes des droits sociaux

Jeremy Waldron illustre bien ce lien lorsqu'il estimait que le premier principe de l'égalité des libertés de base (*equal basic liberties*) théorisé par John Rawls excluait les droits sociaux parce qu'ils constituaient des éléments trop concrets et non un choix politique à partir duquel procéder à la redistribution. Par son ordre hiérarchique même, le second principe permettrait de régler les conflits de priorité qui figurent au cœur de la question des droits sociaux et qu'une simple liste de libertés ne permet pas de résoudre, tout en venant limiter le principe de liberté en l'empêchant d'engendrer une privation extrême<sup>842</sup>. La théorie de Rawls, en offrant une vision abstraite du jugement individuel sans préjuger de ce qu'il signifie en termes de décisions publiques, s'entend alors bien avec une liste déterminée mais éparse de droits économiques et sociaux<sup>843</sup>. Jeremy Waldron donne lui-même aux droits sociaux un fondement qui laisse une grande place à la liberté, sans citer Amartya Sen. L'auteur américain entend en réalité répondre aux critiques libertariennes plus radicales de Robert Nozick qui écrit notamment que les droits sociaux n'existent pas puisqu'aucune demande sociale ne peut exister en dehors d'une structure de production et de distribution et si elle entre en conflit avec elle<sup>844</sup>, si bien que « les droits socioéconomiques – s'il y en a – se situent dans les interstices de la propriété<sup>845</sup> ».

On en revient à la critique que H.L.A Hart a opposé à John Rawls : le théoricien du droit britannique ne voyait pas comment, lors des conflits entre les différentes libertés fondamentales et entre elles et les avantages matériels divers, était justifiée la priorité donnée à la liberté. Soit l'idée selon laquelle « le sens de la justice exige que la liberté soit seulement limitée pour une liberté plus

---

<sup>841</sup> Voir *supra*, §1, B., 1.

<sup>842</sup> J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 773-808., p. 791-797.

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 803-804.

<sup>844</sup> R. NOZICK, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.* note 51, p. 238-239 : « No rights exist in conflict with this substructure of particular rights. Since no neatly contoured right to achieve a goal will avoid incompatibility with this substructure, no such rights exist ». Nozick est l'auteur de la principale critique libertarienne de Rawls, *Ibid.* p. 183-230 : dans sa défense d'un État minimal, il estime que la redistribution est incompatible avec la liberté, et que le choix d'une redistribution, par exemple envers le plus démuné comme le veut Rawls avec son second principe, est un choix arbitraire : il s'agit de l'appropriation par la force (la taxation) d'une propriété privée que l'auteur conçoit comme un « *historical entitlement* » (*Ibid.*, p. 160-230) préexistant à l'existence de toute chose. Dès lors, les droits sociaux « *treat objects as if they appeared from nowhere, out of nothing* » (p. 160).

<sup>845</sup> J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *op. cit.* note 130, p. 785 : « *socioeconomic rights - if there are any - live only in the interstices of property* ».

grande et non d'autres avantages socioéconomiques »<sup>846</sup>. Selon Hart, l'explication réside dans le présupposé selon lequel un homme rationnel privilégiera toujours l'activité politique et sa liberté aux conditions matérielles au-delà de quelques besoins de base<sup>847</sup>. C'est bien là la raison du succès mondial de la théorie de la justice comme équité de John Rawls, qui sans violer le principal libéral fonde la redistribution fiscale et les politiques de discrimination positive dans un contexte où une partie du libéralisme devenait hostile à l'État-providence et à la social-démocratie. Il s'agit alors de fournir l'opportunité aux citoyens de participer à la vie politique, économique et sociale, et non de leur garantir les fruits de la participation<sup>848</sup>, soit l'idéal de l'État-providence. John Rawls n'était peut-être qu'un « dernier jacobin<sup>849</sup> » rapidement dépassé par la réalité politique de son temps.

Dans *Droit, législation et liberté* en 1976, Hayek reproche d'ailleurs aux lecteurs de Rawls d'en avoir déduit la nécessité d'une forte redistribution, alors qu'il le juge plutôt proche de ses propres idées libertariennes<sup>850</sup>. Pour Hayek, la justice sociale n'existe pas car elle renvoie à un ordre économique extérieur et impersonnel qui s'imposerait à la liberté des acteurs, là où il voit l'ordre spontané du marché et la volonté individuelle<sup>851</sup>. Même derrière le voile d'ignorance, personne ne choisirait l'égalité mais la liberté de la mobilité sociale, en quoi Hayek rejoint plutôt Rawls, dont il rejette surtout l'ajout du second principe et son refus d'envisager d'abord les libertés économiques et d'admettre qu'une démocratie de propriétaires puisse – sans nécessité aucune pour Rawls – exister dans un cadre redistributif, c'est-à-dire une social-démocratie ou un État social dans lesquels Hayek voit le risque de l'oppression totalitaire. Hayek cantonne alors les normes juridiques à une demande vis-à-vis de l'État et donc de ce qu'il « fait » : il rejette alors les droits économiques et sociaux parce qu'il ne pourrait exister de droit à ce que l'État ne fait pas, sauf à imaginer qu'il soit accordé vis-à-

---

<sup>846</sup> H.L.A. HART, « Rawls on Liberty and Its Priority », *University of Chicago Law Review*, vol. 40, n° 3, 1973, p. 534-555, cite p. 534 : « *justice requires that liberty may only be limited for the sake of liberty and not for the sake of other social and economic advantages* ». Aussi il est difficile de comprendre pourquoi l'individu rationnel placé derrière le voile d'ignorance choisirait de ne délaissier des « basic liberties » pour une meilleure situation socio-économique que dans la mesure où serait atteinte une plus grande liberté générale pour tous : « *is quite clear that when this stage is reached there may still be in any society people who want more material goods and would be willing to surrender some of their basic liberties to get them. If material prosperity at this stage were so great that there could then be no such people, the priority rule then brought into operation could not function as a prohibitory rule, for there would be nothing for it to rule out. (...) It might be merely that some men, perhaps a majority, perhaps even all, in a society might wish to surrender certain political rights the exercise of which does not appear to them to bring great benefits, and would be willing to let government be carried on in some authoritarian form if there were good reasons for believing that this would bring a great advance in material prosperity.* » (*Ibid.*, p. 550).

<sup>847</sup> *Ibid.*, p. 554.

<sup>848</sup> W.E. FORBATH, « A Not so Simple Justice », *op. cit.* note 114. Sur le concept de « *property-owning democracy* », sa différence d'avec le welfarisme du milieu du XX<sup>ème</sup> siècle autant qu'avec le laissez-faire ou le néolibéralisme, voir G. KERR, *The Property-Owning Democracy: Freedom and Capitalism in the Twenty-First Century*, Routledge, 2017.

<sup>849</sup> S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 40.

<sup>850</sup> F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, *op. cit.* note 51, Tome II (1976) : « The mirage of social justice », p. 62-106, spec. p. 100.

<sup>851</sup> *Ibid.*

vis de la société ou au nom de la justice sociale, lesquelles n'existent pas selon lui, voire entrent en contradiction avec les libertés<sup>852</sup>.

Hayek et Friedman n'ont toutefois pas été utilisés au renfort des droits sociaux. La construction d'Amartya Sen y était plus favorable parce qu'elle plaçait les besoins en son centre et non comme un accessoire. La notion de besoins de base (*basic needs*) occupe en effet la pensée philosophique et éthique à partir des années 1980. Elle apparaît chez un juriste à la Banque mondiale Paul Streeten<sup>853</sup> et est également popularisée par le juriste international Philip Alston<sup>854</sup>. L'économiste pakistanais Mahbub ul Haq est l'un des premiers à la théoriser, estimant qu'« un niveau de vie occidental tel qu'on le recherche actuellement ne pourra être atteint même dans le siècle prochain. (...) L'écart continuera à se creuser et les nations riches continueront à s'enrichir<sup>855</sup> ». Haq élabore alors l'indice de développement humain avec Amartya Sen. Tous deux travaillent comme économistes à la Banque mondiale et cherchent une alternative à l'indice du produit intérieur brut (PIB) qui soit plus adaptée au Sud : il s'agit avant tout de faire face à l'urgence de l'extrême pauvreté que signalent les famines et la crise des réfugiés au Bangladesh et qui rappellent à Sen celle du Bengale qu'il a vécue en 1943<sup>856</sup>, dans le contexte-post Vietnam. Amartya Sen élabore sa théorie de la justice afin de valoriser les capacités des individus vers la réalisation de leurs fin. C'est à cette théorie que Samuel Moyn pense particulièrement lorsqu'il reproche à la théorie contemporaine des droits sociaux de ne viser qu'un seuil *suffisant* contre la pauvreté. C'est

---

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 101-103.

<sup>853</sup> Pour lui, les *basic needs* sont des droits humains qui protègent concrètement les conditions matérielles de vie, plutôt que le revenu, afin de faire face dès maintenant à la grande pauvreté dans le monde, et d'une manière qui (contrairement au revenu) peut trouver à s'appliquer partout, P. STREETEN, « Basic needs and human rights », *World Development*, vol. 8, n° 2, 1980, p. 107-111. P. STREETEN, « Basic needs: Some unsettled questions », *World Development*, vol. 12, n° 9, 1984, p. 973-978. En effet, « *meeting the basic needs of the poor – feeding the hungry, clothing the naked, and succouring the sick – as a much stronger appeal than do egalitarian policies. Basic needs policies need not hurt the interests of the rich in the way that redistribution does* » (*Ibid.*, p. 975). On trouve là un premier fondement à la différence théorique qu'Amartya Sen fera entre les capacités et la seule prise en compte des revenus dans l'approche welfariste de John Rawls. Mais Paul Streeten l'admet, entre palliatif ou amélioration systémique, « *It is not at all clear whether the basic needs approach mobilizes the power of the poor to improve radically their situation or whether it reinforces the existing oppressive order* » (*Ibid.*, p. 976). L'auteur estime alors qu'il faut essayer de faire coexister les *basic needs* avec un État social et réduire, au-delà de la pauvreté, les inégalités de revenu (*Ibid.*, p. 977-978). Pour une première formulation, à partir des droits sociaux mais afin, précisément, de les transformer en *basic needs* plus précis, P. STREETEN, « Economic and Social Rights in the Developing Countries », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 10, n° 26, 1972, p. 21-38. P. STREETEN, « The Distinctive Features of a Basic Needs Approach to Development », *Development review*, vol. 19, n° 3, 1977, p. 8-16.

<sup>854</sup> P. ALSTON, « Human Rights and Basic Needs : a Critical Assessment », *Revue des Droits de l'Homme*, vol. 12, n° 1-2, 1979, p. 19-67

<sup>855</sup> M. UL HAQ, *The Poverty Curtain: Choices for the Third World*, Cambridge University Press, 1976, p. 35 : « *the pursuit of elusive presentday Western standards cannot be reached even over the course of the next century. (...) The gap will continue to widen and the rich nations will continue to become richer.* » Ce qui fait dire à Samuel Moyn que « *Haq concluded that global sufficiency was the best available hope (...) Sometimes celebrated for mastering the obvious if heartrending fact that individuals suffer now, Haq was in fact making a momentous ethical choice between material equality and basic provision. The new goal was to give up on international disparity in order to help the world's poor now.* », S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 127.

<sup>856</sup> Il présente sa réflexion normative sur l'évènement dans A. SEN, *Poverty and Famines, an essay on Entitlement and Deprivation*, Clarendon Press, 1982.



également cette pensée qui a été cruciale dans la théorisation des obligations découlant des droits sociaux en droit international et dans le constitutionnalisme nouveau ou transformateur<sup>857</sup>.

L'apport philosophique à la notion de biens de base est une approche de la transformation sociale. À la question de savoir, non pas si un idéal égalitaire était à poursuivre, car l'idée lui semble acquise, mais « une égalité de quoi ? » selon son texte séminal de 1979<sup>858</sup>, Amartya Sen rejette deux réponses pourtant bien installées dans les débats de l'époque. Celle des utilités, d'une part, selon laquelle le juste s'évalue à la somme d'utilité reçue par chacun : le calcul occulte l'importance morale, pour l'individu, des biens sociaux reçus<sup>859</sup>, y compris lorsque la pensée welfariste, à partir des années 1930, regarde l'utilité totale reçue par la société<sup>860</sup>. D'autre part, Amartya Sen voit dans l'abstraction de Rawls un « fétichisme » d'une liste de biens sociaux trop abstraite : une « moralité partiellement aveugle (...) ne considère pas la diversité des êtres humains » et de leurs besoins<sup>861</sup>. Si Amartya Sen a participé à construire l'IDH, c'est parce qu'il pense que le revenu n'est jamais recherché pour lui-

---

<sup>857</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>858</sup> A. SEN, « Equality of what ? », *Tanner Lecture on human values*, Cambridge University Press, vol. I, 1980, p. 195-220. A. SEN, *The Idea of justice*, Oxford University press, 2009, p. 295.

<sup>859</sup> L'utilitarisme ne propose qu'un « *egalitarianism by serendipity* », (A. SEN, « Equality of what ? », *op. cit.* note 146, p. 202) soit l'égalité conçue comme le résultat accidentel de l'équation absolue entre les utilités marginales additionnelles que reçoivent chacun, alors que les deux - les utilités, l'égalité -, peuvent diverger (*Ibid.*, 202 : « *If human beings are identical, then the application of the prior-principle of universalizability in the form of "giving equal weight to the equal interest of all parties" simplifies enormously. Equal marginal utilities of all - reflecting one interpretation of the equal treatment of needs - coincides with equal total utilities - reflecting one interpretation of serving their overall interests equally well. With diversity, the two can pull in opposite directions (...)* »).

C'est que le modèle est faussé par sa représentation abstraite des rapports sociaux : les individus sont considérés identiques, leurs utilités supposément comparables, niant par-là la « *fundamental diversity of human beings* » (*Ibid.*, p. 202). Sen prend pour exemple célèbre un handicapé, dont l'utilité reçue à revenu égal est toujours marginalement inférieure à celle d'un bien portant. Leur utilité marginale est inégale. Or, paradoxalement, l'utilitarisme qui valorise cette dernière dans l'absolu amène à donner plus au bien portant, rendant l'utilité totale inégalement répartie. La personne handicapée - et cela vaut pour toute personne démunie - y perd alors deux fois, lors de la distribution personnelle, puis lors de la redistribution.

Avec une considération pour la personne, la Cour constitutionnelle de Colombie tombe plutôt d'accord avec la vision de Sen en estimant que l'État doit agir positivement pour donner des chances réelles à une personne handicapée, et non seulement lui donner les mêmes chances qu'aux autres, par une répartition arithmétique, même si la Cour préfère citer Rawls que Sen, voir CCC, T-097/16, *op. cit. supra* note 859.

<sup>860</sup> Il s'agit alors de viser une redistribution qui soit la meilleure possible de manière comparative, en comparant des états proches, plutôt que l'utilité individuelle qu'il faut maximiser au possible dans l'utilitarisme classique. Si l'approche est plus concrètement liée aux individus, l'évaluation réalisée, selon Sen, ignore l'intensité de leurs besoins, de même que la quantité d'individus associée aux différentes intensités de besoin. Cet horizon distributif est en effet satisfait dès lors que les états se rapprochent, c'est-à-dire que l'on considère alors que les inégalités se réduisent, nonobstant l'intensité des écarts. Selon l'exemple de Sen, sur une échelle de 1 à 10, 1 étant le plus pauvre, 10 le plus riche, un rapport interindividuel de 3-2 est aussi bon que 4-1, par rapport à tout écart plus important dans l'absolu (1-10, etc.) (A. SEN, « Equality of what ? », *op. cit.* note 146, p. 208).

<sup>861</sup> *Ibid.*, p. 215-216. On l'a compris, l'utilitarisme a le défaut inverse, en intégrant bien la manière dont les individus perçoivent les biens, puisque l'utilité renvoie au bien-être et au bonheur reçus, ce dont on a bien du mal à comprendre pourquoi les individus placés derrière le voile d'ignorance ne se soucieraient pas (*Ibid.*).

même, comme le suppose la théorie économique moderne, aux fondements utilitaristes, avec la mesure de la croissance du produit intérieur brut<sup>862</sup>.

Une telle théorie est imprégnée d'économie mais elle affecte également les fondements de la pensée politique et juridique moderne. Amartya Sen a construit sa théorie de la justice contre le contractualisme d'auteurs comme Hobbes, Rousseau, ou encore Rawls et son système de principes abstraits et Dworkin et sa conception de l'égalité<sup>863</sup>. Il ne s'agit chez eux que d'une « recherche transcendentale des institutions idéales<sup>864</sup> », dans laquelle « l'enquête vise à identifier la nature du 'juste', plutôt qu'à trouver des critères pour qu'une alternative soit 'moins injuste' qu'une autre<sup>865</sup> ». Selon Sen au contraire, le juste provient de l'homme qui combat l'injustice, en vue de l'amélioration de l'existant, du meilleur et du réalisable, et non d'une lutte idéale<sup>866</sup>. Sen exprime alors une idée cruciale pour la pensée des droits sociaux contemporains, avec des obligations situables et situées par la jurisprudence plutôt qu'un projet social plus vaste. En outre, le problème des approches utilitaristes ou rawlsiennes est celui de l'évaluation des biens sociaux qui font l'objet d'une redistribution, soit un problème d'information si l'on se positionne comme Sen du point de vue d'une théorie du choix social<sup>867</sup>. À l'abstraction objectivante qui ne permet pas de connaître les besoins réels des individus<sup>868</sup>, l'économiste préfère un jugement moral proche du sentiment

---

<sup>862</sup> A. SEN, « Capability and Well-Being », in A. SEN, M. NUSSBAUM (dir.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993, p. 30-53, p. 41 : « *Since income is not desired for its own sake, any income-based notion of poverty must refer—directly or indirectly—to those basic ends which are promoted by income as means.* ». Ou encore A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 253 : « *Wealth is not something we value for its own sake. Nor is it invariably a good indicator of what kind of lives we can achieve on the basis of our wealth.* »

<sup>863</sup> Voir A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 264-268. Sur Dworkin, voir *infra*, chapitre 4, section 1, §1.

<sup>864</sup> *Ibid.*, p. 7 : « *transcendental identification of the ideal institutions.* »

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 6 : « *the inquiry is aimed at identifying the nature of 'the just', rather than finding some criteria for an alternative being 'less unjust' than another.* »

<sup>866</sup> *Ibid.*, p. 9 : le juste est « *an exercise of practical reason that involves an actual choice demands a framework for comparison of justice for choosing among the feasible alternatives and not an identification of a possibly unavailable perfect situation that could not be transcended* », qui a alors « *the dual effect, first, of taking the comparative rather than the transcendental route, and second, of focusing on actual realizations in the societies involved, rather than only on institutions and rules* ». Aussi, « *It is fair to assume that Parisians would not have stormed the Bastille, Gandhi would not have challenged the empire on which the sun used not to set, Martin Luther King would not have fought white supremacy in 'the land of the free and the home of the brave', without their sense of manifest injustices that could be overcome. They were not trying to achieve a perfectly just world (even if there were any agreement on what that would be like), but they did want to remove clear injustices to the extent they could.* » (*Ibid.*, p. vii).

<sup>867</sup> Sur le welfarisme, la théorie du choix social et le théorème d'impossibilité d'Arrow, voir A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 269-291.

<sup>868</sup> Reprenant l'exemple de la personne handicapée, Sen explique que celui peut très bien ne pas manquer d'utilité ou de biens primaires, selon la manière dont il pense et mène sa vie, en dehors du cadre abstrait qui lui est calqué par l'utilitarisme ou la théorie rawlsienne : « *This could be because he has a jolly disposition. Or because he has a low aspiration level and his heart leaps up whenever he sees a rainbow in the sky. Or because he is religious and feels that he will be rewarded in after-life, or cheerfully accepts what he takes to be just penalty for misdeeds in a past incarnation.* », A. SEN, « Equality of what ? », *op. cit.* note 146, p. 217.

d'injustice, lequel permet mieux, selon lui, la discussion politique<sup>869</sup>. La science économique s'intéressait à l'action de l'État vis-à-vis des équilibres structurels autour des idées notamment de John Maynard Keynes. Mais à partir des années 1990, plutôt que de changer les structures sociales, qui semblent abstraites ou la cause de l'oppression constituée par les États, les économistes tendent à privilégier la lutte contre la pauvreté. Le prix Nobel d'économie reçu en 2019 par Esther Duflo, Abhijit Banerjee et Michael Kremer consacre une approche du développement et de la pauvreté par l'autonomie individuelle ainsi qu'une méthode qui prolonge bien le tournant vers les besoins de base en adoptant une échelle microscopique pour étudier l'effet des politiques de développement sur un groupe délimité, choisi aléatoirement, par rapport à un groupe test<sup>870</sup>. C'est alors se détourner d'une explication macro-économique plus vaste de la pauvreté et des structures sociales<sup>871</sup>.

Le glissement théorique de Rawls à Sen a une influence cruciale sur la pensée des droits. Il faut attendre la chute du mur de Berlin pour que le Comité des droits sociaux, créé en 1985, propose la notion de contenu minimal, en 1990, lequel vise à approfondir, en termes juridiques et surtout de justiciabilité pratique, la notion philosophique encore trop vague de besoins de base<sup>872</sup>. La théorie d'Amartya Sen présente l'avantage de s'acclimater à différentes approches du *minimum core* puisqu'elle constitue une alternative aux définitions plus étendues des biens sociaux. C'est pourquoi David Bilchitz s'est largement appuyé sur cette théorie pour fonder sa « théorie étroite du bon » (*thin theory of the good*)<sup>873</sup> en faveur de deux seuils minimaux de garantie sociale, correspondant à la survie et, légèrement au-delà mais sans donner une conception trop forte des biens sociaux que les individus doivent recevoir, à une vie digne. Or, la difficulté de la détermination d'un contenu minimal des droits est qu'elle ne permet pas d'arbitrer entre différents fondements théoriques, et

---

<sup>869</sup> A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 4. Aussi, « *critical assessment is not just a demand for self-centred evaluation by secluded individuals, but a pointer to the fruitfulness of public discussion and of interactive public reasoning: social evaluations may be starved of useful information and good arguments if they are entirely based on separated and sequestered cogitation. Public discussion and deliberation can lead to a better understanding of the role, reach and significance of particular functionings and their combinations* » (*Ibid.*, p. 242).

Cette conception subjective du raisonnement est au cœur des cultures juridiques contemporaines mais aussi des théories démocratiques qui revalorisent la pluralité des vues, ce que Rawls appelle le « *overlapping consensus* » et Sen un « *plural grounding* » à la raison (*Ibid.*, première partie, chapitres 5 et 6 et quatrième partie), voir *infra*, chapitre 6 pour le rôle de l'émotion dans un tel raisonnement, et chapitre pour l'ancrage du choix d'une telle approche dans les contextes politiques et sociaux colombien et sud-africain.

<sup>870</sup> E. DUFLO, *Le Développement humain. Lutter contre la pauvreté (I)*, Le Seuil, La République des idées, 2010 ; E. DUFLO, A.V. BANERJEE, *Repenser la pauvreté*, Seuil, Les Livres du Nouveau Monde, 2012, trad. J. Maistre. E. DUFLO, *La Politique de l'autonomie. Lutter contre la pauvreté (II)*, Seuil, La République des idées, 2010.

<sup>871</sup> C'est ce que démontre Arthur Jatteau dans sa thèse, poursuivant les travaux de Gaël Giraud sur les inégalités structurelles, A. JATTEAU, *Faire preuve par le chiffre ? Le cas des expérimentations aléatoires en économie*, IGPDE, 2020. Voir aussi A. LABROUSSE, « Apprendre des expérimentations aléatoires. Promesse de scientificité, complications pratiques, expériences historiques », *La vie des idées*, 4 mars 2016, <https://laviedesidees.fr/Apprendre-des-experimentations-aleatoires.html>.

<sup>872</sup> P. ALSTON, « Human Rights and Basic Needs : a Critical Assessment », *op. cit.* note 142, spec. p. 55-56. Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>873</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights : The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford University press, 2007, p. 6s.

notamment entre celui, minimaliste, qui viendrait répondre aux besoins nécessaires à la survie, et celui, plus ambitieux, relevant de la dignité humaine ou de l'autonomie individuelle<sup>874</sup>, sans même parler d'égalité substantielle.

Le philosophe britannique Gerald Cohen a proposé une double critique de Sen et de Rawls : du premier parce qu'il se désintéresse des richesses (« *achievements* ») que sont les biens et ressources matériels, du second parce que s'il envisage certes des biens sociaux déterminés, il ne prend pas au sérieux la question de leur égale distribution<sup>875</sup>. En réalité, la spécificité de la théorie de la justice d'Amartya Sen est qu'elle est une conception de l'égalité autant que de la liberté et revendique se détacher d'une « vision univoque de l'égalité »<sup>876</sup>. Dans le contexte des années 1980, la perception globale des rapports de production mais également des inégalités fait que l'enjeu principal est d'attribuer la valeur aux objets. En utilisant la théorie du choix social, Sen s'inscrit dans le paradigme politico-économique d'un marché qui s'est autonomisé de l'État-nation pour former un « lieu de formation de la vérité<sup>877</sup> », c'est-à-dire de fixation de la valeur. Attribuer des biens déterminés permet d'orienter les politiques publiques afin d'agir sur la distribution sociale. Toutefois, pour Sen, il est moins important pour les agents d'obtenir une certaine quantité de ressources ou de biens sociaux que d'user de leur liberté de les définir et les rechercher, de créer et saisir des opportunités en exerçant leur responsabilité individuelle<sup>878</sup>. L'attribution de biens sociaux chez Sen ne sert qu'à permettre un schéma « d'obligations et de responsabilités » où les individus, en « adultes responsables », opèrent des choix<sup>879</sup>. C'est en ce point crucial que Sen se distingue des approches

---

<sup>874</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *Yale Journal International Law*, vol. 33, 2008, p. 113-175, p. 126-138.

<sup>875</sup> G.A. COHEN, « Equality of What? On Welfare, Goods, and Capabilities », in A. SEN, M. NUSSBAUM (dir.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993, p. 9-29. Voir plus largement G.A. COHEN, *If You're an Egalitarian, How Come You're so Rich?*, Harvard University Press, 1999. G.A. COHEN, *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, 2008. Pour une critique similaire, voir F.I. MICHELMAN, S. LIEBENBERG, « Toward an Equality-Promoting Interpretation of Socio-Economic Rights in South Africa: Insights from the Egalitarian Liberal Tradition », *South African Law Journal*, vol. 132, n° 2, 2015, p. 411-437, p. 422-423.

<sup>876</sup> A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 296-297 : « unifocal view of equality ». Aussi, « *equality is itself not the only value with which a theory of justice need be concerned, and it is not even the only subject for which the idea of capability is useful.* »

<sup>877</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.* note 53, p. 31.

<sup>878</sup> En effet, « *The focus of the capability approach is thus not just on what a person actually ends up doing, but also on what she is in fact able to do, whether or not she chooses to make use of that opportunity* », A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 235 et plus largement 231s.

Une distinction essentielle chez Sen se situe entre la liberté (*freedom*) de réaliser certaines choses (les *functionings*), et la réalisation de ces objectifs (les *achievements*). Voir A. SEN, « Capability and Well-Being », *op. cit.* note 150, spec. p. 35-39. Cette distinction s'applique aux deux séries d'objet que Sen attribue, le bien-être et l'*agency*, ce qui donne donc quatre positions évaluatives des besoins des individus. Voir A. SEN, « Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984 », *Journal of Philosophy*, vol. 82, n° 4, 1985, p. 169-221. A. SEN, « Justice: Means versus Freedoms », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, n° 2, 1990, p. 111-121.

<sup>879</sup> A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 238. Ainsi, « *If a person has the opportunity for socially supported healthcare but still decides, with full knowledge, not to make use of that opportunity, then it could be argued that the deprivation is not as much of a burning social concern as would be the failure to provide the person with the opportunity for healthcare.* ». Ce n'est pas sans rappeler les critiques de l'État social, voir *supra*.

qu'il qualifie de fétichistes et que sa théorie de la justice précise une conception nouvelle de la liberté : si les capacités permettent de mesurer les besoins de chacun, la « *freedom agency* » est le pouvoir mis en œuvre pour les réaliser<sup>880</sup>.

Les droits permettent alors d'envisager une dimension relationnelle à la liberté, au-delà d'une seule opportunité, en ajoutant une dimension éthique : ils sont une obligation d'agir en fonction de sa capacité propre et de promouvoir celle des autres<sup>881</sup>. De manière similaire, Ronald Dworkin a estimé que la société ne devait aider que ceux qui sont défavorisés sans le choisir : sa version d'une théorie de la justice s'intéresse avant tout à l'individu comme personne digne et en conclut que chacun doit être responsable vis-à-vis des besoins et des ambitions des autres, en mettant en avant l'importance du choix<sup>882</sup>. De manière significative, Dworkin estime que les droits sociaux sont peut-être plus adaptés à une vision de l'État social qui, comme celle de Rawls, n'envisage pas la responsabilité individuelle<sup>883</sup> – pour mieux rejeter une telle approche dans un régime libéral. Dworkin répond aux discussions nord-américaines où ces droits sont avant tout mis en avant par des progressistes qui se réclament d'un libéralisme plus égalitaire<sup>884</sup>. Mais comme l'estime Jeremy Waldron, « la prétendue impossibilité des demandes socio-économiques - la difficulté de l'idée que le devoir implique le pouvoir - est souvent fondée sur un présupposé selon lequel la répartition actuelle de la propriété doit rester largement inchangée<sup>885</sup> ». C'est ce contexte issu à la fois de l'espace

---

<sup>880</sup> Sen ne nie d'ailleurs pas l'importance prépondérante que Rawls accorde à la liberté, même s'il n'y voit pas nécessairement la priorité absolue et logique, mathématique de l'américain, *Ibid.*, p. 297-298. Dans *Development as Freedom*, en 1999, il critique l'utilitarisme de la croissance et de l'État social, propose de considérer les vertus épistémiques de l'IDH, et conceptualise le lien entre le développement et les « libertés » que sont les droits civils et politiques, les droits sociaux et les libertés économiques qui permettent le fonctionnement du marché, A. SEN, *Development as freedom*, Knopf, 1999.

<sup>881</sup> C'est pourquoi Sen admet le bonheur et le bien-être comme éléments des capacités, ce qui fait sens dans le cadre de son rejet de l'utilitarisme mathématique, mais refuse d'en faire un objectif en soi, A. SEN, *The Idea of justice*, *op. cit.* note 146, p. 269-291. Dès lors, A. SEN, « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, n° 4, 2004, p. 315-356, p. 319 : « *Human rights generate reasons for action for agents who are in a position to help in the promoting or safeguarding of the underlying freedoms. The induced obligations primarily involve the duty to give reasonable consideration to the reasons for action and their practical implications, taking into account the relevant parameters of the individual case* ». Cette obligation d'agir prend la forme de l'obligation imparfaite kantienne d'un « *duty to reasonable consideration* » (*Ibid.*, p. 340) : un « *acknowledgement that if one is in a plausible position to do something effective in preventing the violation of such a right, then one does have an obligation to consider just that* » (*Ibid.*, 340-341).

<sup>882</sup> R. DWORKIN, « What is Equality? Part 1: Equality of Welfare », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, n° 3, 1981, p. 185-246. R. DWORKIN, « What is Equality? Part 2: Equality of Resources », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n° 4, 1981, p. 283-345. Pour une critique, voir J.-F. SPITZ, *Abolir le hasard ? Responsabilité individuelle et justice sociale*, Vrin, 2008

<sup>883</sup> Ronald Dworkin distingue alors les besoins et les désirs dans l'utilisation des ressources pour montrer que certains sont plus responsables que d'autres et méritent, selon leurs choix, une aide, R. DWORKIN, « What is Equality? Part 2: Equality of Resources », *op. cit.* note 170, spec. p. 293-294.

<sup>884</sup> F.I. MICHELMAN, S. LIEBENBERG, « Toward an Equality-Promoting Interpretation of Socio-Economic Rights in South Africa: Insights from the Egalitarian Liberal Tradition », *op. cit.* note 163, p. 429. D. BILCHITZ, « Egalitarian liberalism, distributive justice and the new constitutionalism », *Theoria*, n° 140, 2014, p. 47-69.

<sup>885</sup> J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *op. cit.* note 130, p. 784 : « *the alleged impossibility of socioeconomic claims - the difficulty with the idea that ought implies can - is often based on an assumption that the existing distribution of property is to remain largely undisturbed.* »

étatsunien et de la sphère internationale qui forme un socle à la pensée des droits sociaux tels qu'elle s'est mise en œuvre dans les contextes nationaux, sans suffire à la déterminer.

## **B. Les politiques néolibérales du Sud**

Les théories de la justice et des droits sociaux répondent à des contextes sociopolitiques divers dans les années 1970 et 1980, mais elles trouvent un écho particulier en Afrique du Sud (1) et en Colombie (2). Les moments constitutifs des deux pays n'ont pas seulement été l'assurance d'un compromis entre des intérêts divergents : ils ont coïncidé avec un mouvement plus général d'ouverture des marchés économiques.

### *1. En Afrique du Sud, une « trahison des élites » et la persistance des inégalités structurelles*

On connaît de l'Afrique du Sud l'histoire d'une transition vers la démocratie après l'Apartheid. La métaphore de la Nation Arc-en-Ciel et la figure de Nelson Mandela nourrissent un imaginaire puissant de l'émancipation d'un peuple. Il s'agissait de rétablir les droits civils et politiques de la population non-blanche, nourrissant l'idéal d'un progrès par le constitutionnalisme lorsqu'un tel processus emprunte la voie constitutionnelle plutôt que la révolution. La place de la transformation sociale dans ce projet interroge, alors même que les droits sociaux sont pris dans le sillage de ce nouveau constitutionnalisme. La transition s'amorce par une coïncidence exceptionnelle, elle aussi due à la rencontre de mouvements globaux et des contingences locales<sup>886</sup>. L'opposition à l'Apartheid menée principalement par l'ANC se construit sur un logiciel qui, tout en promouvant la démocratie, s'appuie initialement sur un programme révolutionnaire d'inspiration marxiste, et la contradiction n'apparaît pas lorsque le parti publie la Freedom Charter. Concrètement, le parti peut s'appuyer sur des bases arrière dans les Mozambique et Angola voisins depuis leurs révolutions marxistes, où les camps d'entraînement de sa branche armée s'appuient sur l'expérience des soldats cubains et le soutien de l'URSS, dont est notamment proche le SACP et l'aile ouvertement communiste de l'ANC. Or, au moment où le NP pense à l'ouverture, l'effondrement de l'URSS et la fermeture des bases arrière sapent les bases du mouvement<sup>887</sup>. À l'inverse, la mobilisation de la communauté internationale contre l'apartheid présente une opportunité concrète d'un soutien et d'une voie d'expression pour les meneurs de l'opposition, mais la condition évidente d'un tel accès à la globalisation des droits de l'homme est l'adhésion au

---

<sup>886</sup> C'est une idée que déconstruit F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, *op. cit.* note 63

<sup>887</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy : Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge Studies in Law and Society, 2000, p. 77-85.

libéralisme politique<sup>888</sup>. Il s'agit autant de mettre fin au totalitarisme du régime que d'en empêcher un nouveau.

Le courant centriste du mouvement devient majoritaire dans les années 1990, et se trouve mené par Nelson Mandela, premier Président de la nouvelle République. Son bras droit Thabo Mbeki, qui lui succède ensuite à la tête du pays, était connu pour sa lutte raciale et politique, pour sa négociation habile avec le pouvoir, mais aussi pour sa position très prudente vis-à-vis de toute transformation sociale. Nelson Mandela lui-même était ouvertement hostile au communisme, perçu comme une intrusion étrangère dans la politique révolutionnaire sud-africaine<sup>889</sup>. Le SACP et la frange radicale de l'ANC ont ainsi été écartés du pouvoir post-Apartheid. De même, le Cosatu, l'union syndicale qui avait participé à la lutte contre l'Apartheid en défendant une approche de la transformation sociale plus large que la seule défense des intérêts des travailleurs, a été maintenu à l'écart une fois l'ANC arrivée au pouvoir et n'avait pas été liée aux discussions avec le NP<sup>890</sup>. Les critiques les plus radicales parlent alors d'une trahison des idéaux mis en avant entre 1993 et 1996 ou d'une « transition » des élites blanches aux élites noires<sup>891</sup>. Pour l'économiste Sampie Terreblanche, l'explication réside dans le fait que les élites de l'ANC et des mouvements associés étaient autant impliqués dans la libération du pays qu'ils se désintéressaient des questions socioéconomiques, notamment après le premier échec des négociations en 1992, comme si l'intendance devait suivre leur prise de l'appareil étatique<sup>892</sup>.

Or l'Apartheid n'était pas qu'un régime d'organisation du pouvoir. La structure socio-économique de l'Afrique du Sud s'appuie depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle sur un système de domination qui associe une propriété foncière aux mains d'une partie réduite de la population, un travail largement peu qualifié, et un système politico-juridique qui maintient la main d'œuvre noire dans une forme

---

<sup>888</sup> *Ibid.*, 69-92.

<sup>889</sup> F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, *op. cit.* note 63, p.424-432. Depuis sa prison, il avait pourtant annoncé des nationalisations massives et une redistribution concrète, P. BOND, *Elite Transition From Apartheid to Neoliberalism in South Africa*, Pluto Press, 2000, p. 15.

<sup>890</sup> G. GALL, « Trade Unions & the ANC in the "New" South Africa », *Review of African Political Economy*, vol. 24, n° 72, 1997, p. 203-218 (Cosatu signifie *Congress of South African Trade Union*).

<sup>891</sup> P. BOND, *Elite Transition*, *op. cit.* note 177, p. 1-4. Ces mouvements radicaux adhéraient plutôt à une vision sinon marxiste, du moins social-démocrate en privilégiant une forme d'État social, *Ibid.*, p. 53-85. F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, *op. cit.* note 63, p. 448-449.

<sup>892</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 63, p. 84-102.

de servage<sup>893</sup>. Si ce troisième aspect a été renversé au début des années 1990 en même temps que l'accès de la population à l'égalité citoyenne, l'économie sud-africaine n'a pas changé et « l'Afrique du Sud est un pays de deux Nations<sup>894</sup> » où cohabitent une population très démunie et sans travail officiel d'un côté et une population d'employés de l'autre. Il faut dire que le milieu des affaires a exercé une influence certaine sur les dirigeants de l'ANC, jusqu'à la conclusion d'un accord secret, avant les élections de 1994 et parallèlement aux négociations politiques, qui vise à rassurer sur la politique économique du futur gouvernement tout en permettant la délivrance d'un prêt du FMI afin de couvrir les dépenses de la transition – la stagnation économique du pays tel qu'il est laissé aux nouveaux dirigeants ne permet pas d'y faire face<sup>895</sup>. Contre les lectures linéaires du progrès démocratique<sup>896</sup>, l'une des principales causes identifiées dans la cession du pouvoir par le régime blanc a été la pression exercée par un secteur économique exsangue après une décennie de crise économique : l'Apartheid, qui était fondé sur le maintien d'une main d'œuvre ouvrière peu chère et peu qualifiée, perd de son intérêt lorsque l'économie sud-africaine se désindustrialise, comme ailleurs, du fait de gains marginaux décroissants ; la financiarisation apparaît nécessaire pour lever des capitaux et rénover l'appareil productif<sup>897</sup>. Or, le pays subit des sanctions économiques lourdes et des embargos du fait de l'Apartheid, dans le contexte de la crise pétrolière des années 1970 qui pèse déjà sur les coûts des matières premières, si bien que les voix les plus libérales au sein du NP et le milieu des affaires appellent à l'ouverture du pays par une libéralisation politique autant qu'économique.

La transition démocratique permet l'ouverture des échanges pour un secteur aux fortes capacités productives et dont les importants surplus permettent une financiarisation importante, au détriment du marché intérieur et des produits de base. Parallèlement, la Banque mondiale joue un rôle crucial vis-à-vis du nouveau gouvernement afin de lui prêter les sommes nécessaires aux

---

<sup>893</sup> Selon Terreblanche, c'est la disponibilité des terres qui explique que la main d'œuvre est gardée dans un état de servitude économique en Afrique du Sud, puisqu'il faut les exploiter au profit des propriétaires terriens peu nombreux. Un basculement survient dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle lorsqu'il n'y a plus de terres à conquérir : une main d'œuvre ouvrière blanche se paupérise et se solidifie, comme groupe social, dans les discours racistes et nationalistes, ainsi que dans la culture Afrikaner qui connaît un renouveau, puis dans le régime de l'Apartheid qui se constitue alors. *Ibid.*, p. 239-285. Dès lors, « *The Apartheid system (or, more precisely, the system racial capitalism) was deliberately constructed and maintained behalf white business and through close and continuous collaboration between almost white corporations and business organisations the one hand and the white political and bureaucratic establishments the other. Racial capitalism was built and maintained 150 years successive phases black labour repression Consequently the main issue during continuing consultations between white politicians and white business sectors economy during period was how design and redesign multitude repressive measures with the sole purpose giving white business easy access and control over cheap and docile black labour.* » (*Ibid.*, p. 129). Voir aussi F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, *op. cit.* note 63, p. 379-403.

<sup>894</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 63, p. 39.

<sup>895</sup> *Ibid.*, 95-98. C'est principalement l'Anglo American Corporation of South Africa, une confédération minière, qui mène les négociations avec les dirigeants de l'ANC et les représentants du FMI.

<sup>896</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>897</sup> P. BOND, *Elite Transition*, *op. cit.* note 177



réformes structurelles, notamment lorsqu'une nouvelle crise économique éclate à la fin des années 1990<sup>898</sup>. Le *Growth, Employment and Redistribution* (GEAR) de 1996, formé par un groupe d'économistes issus de grandes institutions internationales, dont la Banque mondiale, la Reserve Bank américaine et le Fond monétaire international, planifie la politique économique du gouvernement, condamne des dépenses publiques trop importantes, table sur une hausse de la croissance en gardant des taxes basses et une politique monétaire en faveur de l'investissement et de l'inflation, soit rien qui ne puisse réduire les inégalités<sup>899</sup>. L'ambitieux *Reconstruction and Development programme* (RDP) adopté en 1994 sous pression de l'aile gauche de l'ANC et du SACP, juste après les élections générales, au ton largement égalitaire, reste inappliqué, sans doute parce qu'il était impossible dès sa gestation<sup>900</sup>. Après la transition, la politique économique du pays s'est faite dans la continuité ; elle réagissait à la même structure économique, c'est-à-dire la concentration d'un capital financier important du fait de la production manufacturière en masse nécessitant de forts investissements en machines d'un côté, et d'une extraction minière intense d'un autre. Le déséquilibre structurel du marché intérieur, qui ne peut écouler les produits manufacturés trop chers, maintient alors le pays dans la stagnation de l'économie, la faible croissance nourrissant principalement la montée en qualité et en capital des services et des capacités industrielles de pointe mais sans création substantielle d'emplois nouveaux : les inégalités sont à peu près les mêmes depuis 1994, la moitié de la population est maintenue dans la misère et, en 2010, environ 25% de la population active au chômage quand les 25% les plus aisés, pour moitié de blancs et de non-blancs, connaissent un enrichissement croissant<sup>901</sup>.

Le mouvement politique amorcé en 1992 n'est donc pas nécessairement, ou pas uniquement, celui d'une justice sociale. L'économiste Sampie Terreblanche constate ainsi que des transformations ont eu lieu dans la nature du pouvoir, qui recouvrent les différentes élites du moment, entre les milieux noirs, les Afrikaners paysans ou des villes, les commerçants britanniques, puis dans les années 1990 au profit d'une nouvelle élite noire. L'économiste observe combien les milieux d'affaires ont souhaité la fin de l'Apartheid et tenté d'influer le nouveau régime, en

---

<sup>898</sup> *Ibid.*, p. 155-252.

<sup>899</sup> *Ibid.*, p. 82. Sur l'influence concrète des organisations internationales dans l'élaboration des politiques publiques, voir 155-191.

<sup>900</sup> *Ibid.*, p. 89-121. S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 63, p. 108-112. Le document appelait à « *decommodify* » l'économie et à « *destratify* » l'accès aux biens sociaux de base, parlait « *de démocratie approfondie* » et rejetait tout financement par des prêts des organisations internationales.

<sup>901</sup> J. ARGENT et al., « Trends in South African income distribution and poverty since the fall of Apartheid », *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n° 101, 2010. Pour une analyse des structures sociales et économiques du pays, voir S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 63, p. 30-39. Le tournant néolibéral des politiques publiques sud-africaines « *enhanced the profitability of financiers while destroying industrial capacity. Uneven development meant that even if there was growth, it would not succeed in linking the production and consumption sectors* » (P. BOND, *Elite Transition*, *op. cit.* note 177, p. 50, voir 1-52).

produisant une idéologie et en maintenant un fonctionnement économique qui, ensemble, cimentaient la structuration sociale inégalitaire du pays. La transition, menée par ces élites nouvelles, n'a finalement porté que sur le pouvoir politique et le droit ; les politiques publiques sont dominées par l'austérité budgétaire, une idée de responsabilité individuelle selon laquelle les agents doivent réussir par eux-mêmes, et l'horizon d'un ruissellement des plus riches et des grandes entreprises vers le reste de l'Afrique du Sud, qui demeure « une oasis du monde développé dans un désert africain<sup>902</sup> ». La fin de l'Apartheid est alors dressée contre un État oppresseur mais aussi potentiellement redistributeur<sup>903</sup>. Le milieu des affaires sud-africain peut se libérer d'un régime politique trop figé pour accompagner les transformations de l'économie tout en mettant fin aux embargos, et surtout en évitant l'étatisme au nom du spectre d'un nouvel autoritarisme ou d'une confiscation des terres et des biens : à côté des privatisations et de l'ouverture aux investissements étrangers, le GEAR prévoit d'ailleurs un « filet de sécurité » contre l'extrême pauvreté<sup>904</sup>.

Il s'agit dès lors de tempérer les attentes de la transition et même l'idée d'un compromis entre d'un côté les intérêts redistributeurs de l'ANC et d'un autre côté les intérêts conservateurs, attachés à la propriété, des partis blancs<sup>905</sup>. Le NP avec qui la tête de l'ANC négocie depuis la fin des années 1980 peut céder le pouvoir alors qu'il trouve face à lui non plus l'ANC combattante et marxiste, mais une organisation beaucoup plus modérée, prête à répondre aux exigences de la communauté internationale à laquelle le pays cherche à s'ouvrir. Pour James Fowkes, il faut voir le constitutionnalisme comme une constante négociation entre les forces au pouvoir et non comme un seul phénomène d'interprétation juridique par le juge ; or, selon lui, le pacte constitutionnel de 1996 ne procède pas tant d'une négociation entre le NP et l'ANC (ou entre les blancs et les noirs) mais entre plusieurs NP et plusieurs ANC, dont une branche social-démocrate soutenue et financée par la Suède était favorable au capitalisme, tandis que le NP comportait au contraire des éléments protectionnistes, bien que minoritaires alors<sup>906</sup>.

## 2. En Colombie, l'apertura economica

Comme en Afrique du Sud, le moment constituant colombien a peut-être été mal compris. Un biais de lecture s'est focalisé sur la nouveauté des dispositions sociales formulées à l'issue de la

---

<sup>902</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 63, p. 55 : « a first-world oasis in an African desert ».

<sup>903</sup> Pour les éléments attestant d'un lobbying et d'une production des idées, par des organisations telle que la Free Market Foundation, voir *Ibid.*, p. 54-78.

<sup>904</sup> *Ibid.*, p. 106-123. Le seul problème structurel évoqué par les travaux préparatoires du GEAR selon l'économiste est la violence, qui pourtant trouve sa source dans les inégalités socio-économiques selon lui.

<sup>905</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, et ce que l'on a appelé une théorie assurancielle, fondée sur le compromis entre les intérêts des élites.

<sup>906</sup> J. FOWKES, *Building the constitution: the practice of constitutional interpretation in post-apartheid South Africa*, Cambridge University Press, 2016, p. 108-112.

participation de forces de gauche à la constituante, laissant augurer un constitutionnalisme progressiste<sup>907</sup>. Il est vrai que le processus constituant de 1991 est un moment tout à fait inédit dans l'histoire du pays, où se sont rassemblées des forces qui n'avaient pas l'habitude de le faire, ni le feraient par la suite, dans « une assemblée de minorités<sup>908</sup> ». Or, après l'ouverture de 1991, et les espoirs indubitables que la participation des guérilleros démobilisés et les autochtones à la constituante suscitent, la vie politique est retournée à l'état « gelé »<sup>909</sup> dont il s'était agi de sortir, bien loin du pluralisme espéré. Cela apparaissait déjà dans une réalité du pouvoir constituant qui donnait plutôt la main aux représentants qu'aux mouvements sociaux<sup>910</sup>. Là encore, le constitutionnalisme ne répond pas à « une philosophie politique cohérente » mais emprunte autant au néolibéralisme qu'à un idéal social-démocrate<sup>911</sup>. La constituante marque en effet la rencontre entre l'idéologie néolibérale du jeune président Gaviria et de ses conseillers et les forces de gauche comme le M-19 ; le parti libéral du président étant encore lui-même influencé par sa branche social-démocrate incarnée par Jorge Eliécer Gaitán, dont l'assassinat en 1989 a lancé la mobilisation étudiante, si bien que le texte de 1991 contient les deux agendas<sup>912</sup>.

Le président Gaviria a inspiré une nouvelle élite politique progressiste qui ne croyait plus à la traditionnelle paix entre *gentlemen* du Frente Nacional pour assurer la paix sociale mais lui préférerait la paix du commerce et la fluidité du marché économique. La politique de l'« ouverture économique » (*apertura económica*) est alors une approche un peu différente du seul progrès démocratique. Aussi, l'insertion du pays dans les échanges mondiaux a favorisé l'accumulation du capital puis sa circulation, au détriment de la structure productive et d'un système agraire viable dans les zones rurales, si bien que le pays a pu connaître la croissance pendant qu'une part importante de la population restait dans un état de grande pauvreté et que le niveau de

---

<sup>907</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>908</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 60, p. 210. Et non le « consensus social » observé par R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », in S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011, p. 39-54, p. 41.

<sup>909</sup> T. HALPERÍN DONGHI, *Historia Contemporánea de América Latina*, Buenos Aires, Alianza, 2007, p. 419. F. GUTIERREZ, *¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2002*, Bogotá, Editorial Norma, 2007, p. 107-109.

<sup>910</sup> Voir chapitre 1, Section 2, §2.

<sup>911</sup> N.F. GARCÍA-HERREROS, « Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia », *Constellations*, vol. 19, n° 2, juin 2012, p. 235-247, spec. 239 : « *The Constitution of 1991 (...) does not follow a single coherent political philosophy. It is neither a neoliberal constitution nor simply a social democratic one. Actually, the Constitution can be better understood as a political compromise between two different political projects: neoliberalism and neoconstitutionalism* »

<sup>912</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009, p. 49.

développement a pu rester assez bas<sup>913</sup>. La croissance colombienne est en effet portée par des productions qui exigent de forts investissements et fournissent une valeur très concentrée mais faible en termes de qualité de main d'œuvre et donc de retombées économiques locales, et sont même particulièrement coûteuses en termes d'externalités négatives pour la santé et l'environnement, notamment l'industrie minière et pétrolière et le bois, qui dominent la production manufacturière et l'agriculture<sup>914</sup>. Cette dernière connaît une massification, avec 81% des terres agricoles possédées par les 1% des plus grandes exploitations<sup>915</sup>.

De ce point de vue, la violence qui marque la vie politique est également économique et procède autant de multinationales étrangères qui veulent protéger leur bien, notamment l'exploitation pétrolière, minière ou aurifère et l'huile de palme, du narcotrafic qui nourrit la corruption et les milieux paramilitaires. Une telle logique entretient la mise à l'écart des régions du Sud, de l'Est et dans une moindre mesure de la côte caribéenne qui avaient connu la révolte agraire sur laquelle se fonde le mouvement guérillero. C'est alors un schéma ancien qui réduit l'État face aux intérêts privés des grandes villes, insérées dans la mondialisation, et des propriétaires fonciers dans les régions pauvres. Comme l'observe Daniel Pécaut,

Il a toujours prévalu en Colombie un modèle libéral de développement où les élites économiques prennent en charge la gestion des affaires, l'État se limitant souvent à la mettre en musique et se gardant de toute action redistributrice autre que palliative ; ce modèle passe par la faible imposition des privilégiés, en premier lieu de ceux qui monopolisent (ou presque) l'accès à la terre – l'absence de véritable réforme agraire en est la manifestation –, par la limitation des investissements publics et la timidité des lois sociales, qui ne concernent qu'une minorité de salariés.<sup>916</sup>

Les politiques récentes semblent accentuer le phénomène. Le Président Uribe mène la privatisation des grandes entreprises de production agricole et d'extraction minière (Bancafe, Minercol et

---

<sup>913</sup> La Colombie voit son coefficient de GINI (0 étant une égalité parfaite et 100 une inégalité totale) demeurer globalement similaire autour de 52 entre 1991 et 2016. Données de la Banque mondiale, Index de Gini, <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?end=2019&start=1967&view=chart>, consultées le 15 Juillet 2021. Mais si l'on ajuste les données avec les déclarations de revenu, pour enlever les capitaux élevés qui sortent du pays par l'évasion fiscale, on trouve plutôt un chiffre de 60, J. JIMENEZ, *Desigualdad, concentración del ingreso y tributación sobre las altas rentas en América Latina*, Santiago de Chile, Libros de la CEPAL, n° 134, 2015. Pour une présentation de cette méthode, voir T. PIKETTY, E. SAEZ, « The evolution of top incomes: a historical and international perspective », *American Economic Review*, vol. 96, n° 2, 2006, p. 200-205. Voir F. URREA-GIRALDO, D. JAMES HAWKINS, J. RENDON ACEVEDO, « Colombia : Desigualdad y violencia anti-sindical en un contexto de desarrollo neoliberal », in J. CESAR NEFFA, E. DE LA GARZA TOLEDO (dir.), *Trabajo y crisis de los modelos productivos en América Latina*, CLACSO, 2020, p. 19-76. A.V. FORERO, *Globalización neoliberal y reconfiguración capitalista en Colombia*, Primera, 2017.

<sup>914</sup> F. URREA-GIRALDO, D. JAMES HAWKINS, J. RENDON ACEVEDO, « Colombia : Desigualdad y violencia anti-sindical en un contexto de desarrollo neoliberal », *op. cit.* note 201, p. 20-32.

<sup>915</sup> OXFAM América, « Radiografía de la desigualdad lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de la tierra en Colombia », 2017, p. 14.

<sup>916</sup> D. PECAUT, « La Colombie, une nation fragmentée », *Esprit*, n° 480, 2021, p. 119-130, p. 123.

Ecopetrol), tandis que des accords de libre-échange sont conclus avec les États-Unis (2006) et le Canada (2008), favorisant encore le déséquilibre de la balance commerciale du pays, jusqu'à la crise de 2008 et une baisse conséquente du niveau de vie jusqu'à encore récemment, puisque les productions de masse et l'extraction de ressource fournissent le gros de la croissance quand les biens de première nécessité et les petits biens manufacturés doivent être importés, maintenant des coûts élevés sans faire bénéficier la population des salaires plus élevés de leur production. Parallèlement, les dépenses publiques stagnent au-dessous de 30% du PIB entre 2000 et 2015, dans la moyenne basse de l'Amérique latine et vingt points en dessous de la moyenne européenne, tandis que le pouvoir d'achat a baissé du fait d'une stagnation des salaires, notamment dans l'industrie et l'agriculture<sup>917</sup>. Des révoltes en 2020 et 2021 sont venues s'opposer à la réforme de la TVA et à une politique de désendettement public, alors que la pandémie avait aggravé la grande pauvreté<sup>918</sup>.

---

<sup>917</sup> F. URREA-GIRALDO, D. JAMES HAWKINS, J. RENDON ACEVEDO, « Colombia : Desigualdad y violencia anti-sindical en un contexto de desarrollo neoliberal », *op. cit.* note 201, p. 32 et 36.

<sup>918</sup> D. PECAUT, « La Colombie, une nation fragmentée », *op. cit.* note 204.

## SECTION 2 : LE CONSTITUTIONNALISME CONTRE LA TRANSFORMATION SOCIALE ?

Le constitutionnalisme ne peut être compris en dehors des évolutions politiques de la société dans laquelle il s'élabore : les discours juridiques portent des présupposés d'ordre politiques et économiques qui se retrouve dans les analyses de l'activisme des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie (§1). Les discours critiques ont alors vu dans le constitutionnalisme contemporain la mise en forme du néolibéralisme, même si la nature causale de ce lien doit être interrogée (§2).

### §1. Le sens politique contemporain du constitutionnalisme

Les discours juridiques relatifs à la justiciabilité des droits sociaux dans les pays du Sud reposent sur des présupposés d'ordre politique sur les ressources publiques et la structure de l'État (A) que l'on retrouve dans la jurisprudence en Afrique du Sud et en Colombie (B).

#### A. L'idéal retardé des droits sociaux

Deux idées viennent limiter la réalisation des droits en postulant un écart entre l'idéal et la réalité dans les discours de l'activisme judiciaire relatif à la Colombie et à l'Afrique du Sud : l'image d'un pont (1) et la notion de réalisation progressive (2).

##### 1. Un pont vers la réalisation des droits

L'idée d'une vie digne ne présente pas en elle-même un contenu qui permette d'interpréter les droits. Deux positions peuvent être tenues vis-à-vis de la détermination de ce contenu. La première position exprime un scepticisme vis-à-vis des droits sociaux et de la capacité du juge à les réaliser, que ce scepticisme s'exprime envers la règle comme entité déterminée au profit de la réalité de son élaboration et de sa mise en œuvre<sup>919</sup> ou envers les faits auxquels s'applique le droit, rendant impossible une détermination *a priori* des situations sociales<sup>920</sup>. Une approximation de cette position se retrouve dans le champ des droits sociaux lorsque l'indétermination de ceux-ci ou des politiques publiques à élaborer est mise en avant pour estimer impossible la tâche donnée au juge par les dispositions portant ces droits<sup>921</sup>. Une seconde position repose sur la possibilité de donner un sens

---

<sup>919</sup> P. BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 9-37, p. 12.

<sup>920</sup> J. FRANK, *Law and the modern mind (1930)*, Routledge, 2009, qui décrit un *fact skepticism*, p. 68s et 100s.

<sup>921</sup> Voir par exemple C. BERNAL PULIDO, « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *Sorbonne student law review - Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, vol. 2, n° 2, 2019, p. 33-65, p. 52 : « Malgré leur utilité potentielle, ces dispositions ne précisent pas les détails de la politique ou du programme pertinents ni le moment où ils devraient être mis en œuvre. Enfin, bien souvent, ces politiques ne déterminent pas comment faire face aux contraintes financières et à la rareté des ressources nécessaires à l'attribution d'avantages à un large éventail d'ayants droit »

aux dispositions, mais celui-ci reste ouvert. Il suffit de voir le contraste entre l'approche d'Amartya Sen qui réduit ces conditions à l'extrême survie, et l'approche de David Bilchitz qui prévoit deux seuils, l'un pour la survie, l'autre pour les conditions nécessaires à une vie digne, tout en s'appuyant lui-même largement sur les théories de la justice d'Amartya Sen et de Martha Nussbaum<sup>922</sup>. Les droits sociaux ne peuvent alors n'être ni les instruments d'une transformation radicale, ni les seules garanties de l'ordre social existant ; ils sont une limite ou une frontière sans cesse repoussée. Il s'agit autant d'une vision commune des droits fondamentaux que d'un argument complexe de théorie du droit ; il s'agit en outre d'une position méta-théorique vis-à-vis du rôle du droit, puisque le scepticisme à l'égard des faits accompagne l'idée selon laquelle les juristes sont réticents au changement<sup>923</sup>.

Face à la double critique de l'indétermination des droits et de leur inefficacité, David Bilchitz a proposé de voir les droits sociaux comme des « concepts-ponts » entre des idéaux moraux et une réalité imparfaite<sup>924</sup>. Une telle description fait penser à la doctrine de la connexité colombienne entre les droits sociaux et les droits politiques ou, en Afrique du Sud, à la dimension temporelle envisagée par la Cour dans la réalisation de l'idéal constitutionnel. L'auteur reprend alors une distinction opérée par Amartya Sen mais reproche à ce dernier d'avoir considéré les droits moraux comme des propriétés inhérentes à l'action humaine dans son ensemble. Ils ne sont pour David Bilchitz qu'un « sous-ensemble de demandes morales qui mettent en jeu des intérêts si fondamentaux que les individus ne peuvent s'en passer ou, s'ils le font, leur vie serait misérable<sup>925</sup> ». Les droits fondamentaux reposent en effet, selon l'auteur sud-africain, sur une idée de « limite » et ne peuvent être envisagés comme les vecteurs d'une raison publique<sup>926</sup>. Leur réalisation est alors impossible et leur étendue infinie. En revanche, si l'on sort d'un « monde idéal » où les demandes sociales seraient « absolues », les droits fondamentaux pourraient être considérés comme des « idéaux réalisables<sup>927</sup> »

---

<sup>922</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1.

<sup>923</sup> Jerome Frank s'intéresse alors au *fact skepticism* dans le contexte de la réaction des juristes au New deal et répond directement à cette association qu'il estime trop simpliste entre raisonnement juridique et conservatisme, puisqu'il s'agit, selon lui, d'une construction sociale des faits eux-mêmes tandis que le droit, qui ne peut prévoir ces faits et constituer un ensemble formel de règles, doit être constamment reconstruit en fonction des évolutions de la société, voir J. FRANK, *Law and the modern mind (1930)*, *op. cit.* note 208, p. 5-13. Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>924</sup> D. BILCHITZ, « Fundamental Rights as Bridging Concepts: Straddling the Boundary Between Ideal Justice and an Imperfect Reality », *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 119-143. Pour un autre usage de la métaphore du pont, cette fois-ci en Colombie, voir M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40, p. 29.

<sup>925</sup> Un « *sub-set of moral claims which engage interests that are so fundamental that individuals either cannot do without them or, if they do, their lives would be miserable* », D. BILCHITZ, « Fundamental Rights as Bridging Concepts: Straddling the Boundary Between Ideal Justice and an Imperfect Reality », *op. cit.* note 212, p. 127.

<sup>926</sup> *Ibid.*, p. 127 : « *fundamental rights are not just entities around which public reason converges. Rather, the idea itself guides public reason to certain essential features, asking legislatures and courts what are the particularly foundational interests at stake in a particular matter.* »

<sup>927</sup> *Ibid.*, p. 218 : « *feasible ideals* ».

selon une logique de degré qui permet d'assurer la médiation des intérêts<sup>928</sup>. L'auteur poursuit sa critique à l'égard de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud selon laquelle il faut définir le contenu des droits *prima facie* avant d'exercer un contrôle de proportionnalité pour les concrétiser<sup>929</sup>. C'est une position fréquente sur les droits fondamentaux que d'estimer qu'ils disposent d'un contenu normatif – lequel est souvent confondu avec le texte constitutionnel qui leur sert de support ou avec un droit moral inhérent à l'individu – à côté duquel ils peuvent être plus ou moins réalisés.

Or, il est difficile de bien appréhender ce qu'est le droit positif dans la construction métaphorique proposée par David Bilchitz : est-ce le droit *prima facie* ou un droit moral avant le droit *prima facie*, ou est-ce la même chose ? L'auteur estime par exemple que les droits moraux sont « institutionnalisés » dans les textes constitutionnels<sup>930</sup> mais on ne sait pas si leur source est l'inscription dans le texte ou une évaluation morale qui lui serait extérieure. Les juristes font en général l'économie de la réponse à une telle question en estimant simplement que le constituant a formalisé une vision morale ou politique et qu'il n'y a ensuite qu'une application juridique de l'énoncé ainsi formé<sup>931</sup>. L'image du pont semble supposer que la limite ou la frontière se joue entre un idéal encore inexistant et une réalité empirique. C'est une distinction discutable puisque la norme ne peut se comprendre que dans ses usages dans la réalité et qu'à l'inverse le domaine factuel est intégré dans la compréhension même de la norme<sup>932</sup>.

Dès lors, la méthode proposée par David Bilchitz porte une vision politique qui n'est pas niée, même si elle prend la forme d'une discussion éthique sur les biens sociaux à distribuer du point de vue d'une théorie de la justice. Une telle objectivation repose sur un cognitivisme moral qui ne peut faire l'objet de démonstration. On ne dispose en effet pas de méthode consensuelle qui permettrait d'identifier un contenu moral, même minimal, plus certainement que la seule interprétation du texte constitutionnel. En outre, une telle approche qui assigne un contenu moral minimal au droit aboutit en réalité à intégrer dans le droit une vision bien précise de la redistribution, et donc de la placer hors de la discussion juridique elle-même. David Bilchitz élabore ainsi sa conception du pont en limitant les droits moraux par la notion de contrainte et de ressources,

---

<sup>928</sup> *Ibid.*, p. 128-129.

<sup>929</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, §2.

<sup>930</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>931</sup> Ce flottement est visible en particulier dans la jurisprudence de la Cour colombienne – qui suit le raisonnement en deux étapes préconisé par David Bilchitz – puisque celle-ci élabore de grands ensembles conceptuels mêlant droits, valeurs et principes sans que l'on comprenne toujours quel est le lien précis avec des normes du droit positif ; c'est que l'interprétation est alors conçue au-delà du texte et se joue sur le terrain des valeurs, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>932</sup> David Bilchitz envisage un pont entre le *is* et le *ought*, entre le fait et la norme : on trouve, plus qu'un mouvement du fait vers la norme ou de la norme vers le fait, un mélange qui traduit un sens du politique et de la société chez le juge, en Afrique du Sud comme en Colombie, voir *infra*, chapitre 5.



évoquant l'exemple des énergies fossiles en sus des ressources publiques plus traditionnellement invoquées<sup>933</sup>. Alors qu'il est généralement attendu de limiter l'étendue des droits au stade de la concrétisation par le contrôle de proportionnalité, puisque celui-ci est souvent conçu de manière à considérer les atteintes aux droits et leur justification, David Bilchitz défend une réduction des droits sociaux à la survie individuelle à un stade qui semble pré-juridique et qui est en tous cas antérieur au raisonnement de proportionnalité. Il en vient à produire un raisonnement exactement contraire à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en incluant une limite aux droits dès leur définition, là où la juridiction réduisait la question des droits à un raisonnement de concrétisation de type proportionnel. David Bilchitz s'éloigne d'ailleurs de sa rigueur morale lorsqu'il étudie les obligations pesant sur les personnes privées en matière de droits fondamentaux : appelant à une approche multi-factorielle qui repose notamment sur l'examen casuistique et contextuel de chaque violation alléguée, il renvoie à la « complexité normative » du monde<sup>934</sup>. Bien entendu, l'approche en termes de seuil correspond au réductionnisme reproché au constitutionnalisme en matière sociale. Elle produit également une justification qui risque de nier l'aspect politique de la première phase par laquelle le juge devrait définir le contenu des droits. David Bilchitz semble en effet favorable au pouvoir judiciaire, qui n'est pas discuté en tant que tel dans ses travaux, puisque son approche en vient à privilégier la création normative à partir du texte constitutionnel pour lui donner une signification pleine qu'il relie à la philosophie de la justice.

## 2. L'incrémentalisme dans la mise en œuvre des droits sociaux

En outre, si l'approche de David Bilchitz est politique en ce qu'elle est reposée sur une éthique, l'approche inverse qui consiste à ne pas donner de définition même minimale aux droits n'est pas neutre pour autant. Il y a même une vision éthique dans le test du caractère raisonnable dont l'auteur sud-africain dénonce le « vide<sup>935</sup> ». Une approche des droits qui les conçoit comme des demandes limitées tendant vers un idéal plus ambitieux revient en effet à proposer une vision spécifique de la transformation sociale. Les droits sociaux sont alors conçus comme une demande de première nécessité en attendant une réalisation plus grande de l'idéal plus vaste qu'ils portent, tandis qu'à l'inverse le raisonnement relatif à la justiciabilité de ces droits donne une certaine vision

---

<sup>933</sup> D. BILCHITZ, « Fundamental Rights as Bridging Concepts: Straddling the Boundary Between Ideal Justice and an Imperfect Reality », *op. cit.* note 212, p. 129.

<sup>934</sup> D. BILCHITZ, *Fundamental Rights and the Legal Obligations of Business*, Cambridge University Press, 2021, p. 230 : « It might be easier to pretend that the world does not contain normative complexity but it does. Where normative complexity exists, therefore, it would simply be wrong to assert that one principle is absolute with respect to another, where in fact there is a conflict of normative considerations. ». David Bilchitz renvoie bien à son ouvrage de 2007 pour associer les droits fondamentaux à la valeur individuelle, *ibid.*, §236-340 ainsi qu'à la culture de justification sud-africaine en tant qu'elle devrait être étendue aux personnes privées, *ibid.*, p. 273, mais sans pour autant plaider ici pour un contenu minimal opposable.

<sup>935</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 161, p. 161 : « the enquiry into reasonableness is empty ».

de l'État en se prononçant sur la disponibilité des ressources publiques. On retrouve alors une tautologie similaire à celle du gouvernement des juges, selon laquelle le juge est illégitime parce qu'il gouverne, sans que ne soit vraiment défini ce que signifie gouverner, ni de quelle légitimité il s'agit<sup>936</sup>.

Le juriste anglais Jeff King a ainsi théorisé une approche pragmatique des droits sociaux, mais qui demeure normative, en cherchant à délimiter une bonne approche de leur mise en œuvre par le juge<sup>937</sup>. Il défend alors un « incrémentalisme » qui intègre dans la théorie des droits leur réalisation progressive. Plutôt favorable à l'approche de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, l'auteur estime que le juge doit regarder les faits particuliers et étendre les solutions pas à pas, mobiliser des principes qui restent d'abord vagues, voire évitent de donner un contenu aux droits, et enfin maintenir ses dispositifs ouverts au changement et à la marge de manœuvre des autres organes publics<sup>938</sup>. L'auteur se situe en cela entre des approches délibératives du contentieux constitutionnel<sup>939</sup> et les approches du contenu minimal défini *prima facie*, auquel il n'est pas hostile en soi. Or, une telle approche ne peut se justifier autrement qu'en élaborant un fondement théorique que l'auteur rapproche, en l'occurrence, de John Rawls<sup>940</sup>, et plus largement d'affirmations du caractère obligatoire de l'opposabilité d'un contenu minimal<sup>941</sup>. Les présupposés politiques et éthique ne sont pas absents, mais simplement déplacés au niveau de la discussion du pouvoir du juge et de l'idée d'une limitation des droits<sup>942</sup>.

## B. Les juges face aux choix redistributifs

L'invocation des ressources publiques et du contexte par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud constitue un présupposé politique préalable à la mise en œuvre des droits (1) que l'on retrouve plus rarement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie, plus attachée à l'idéal constitutionnel, même si les limites d'une telle approche sont bien envisagées dans le discours de la juridiction (2).

### 1. L'approche pragmatique de la Cour sud-africaine

À partir de l'image du pont et de la notion de limitation des droits, on peut saluer – comme Jeff King – ou déplorer – comme David Bilchitz – que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud

---

<sup>936</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>937</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.* note 13

<sup>938</sup> *Ibid.*, en particulier p. 289-325.

<sup>939</sup> Voir *infra*, deuxième partie.

<sup>940</sup> Voir *supra*, section 1, §2, A.

<sup>941</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, *op. cit.* note 13, p. 35s.

<sup>942</sup> *Ibid.*, p. 121-151. L'auteur revendique alors se rapprocher d'un institutionnalisme qui considère le juge comme acteur au sein du système juridique, à côté des théories normatives relatives à l'interprétation des droits, mais sans abandonner l'idée d'une interprétation juste des droits et principes, *Ibid.*, p. 148.

se soit refusée à déterminer un contenu des droits, comme dans l'affaire *Mazibuko*, quitte à élaborer des principes abstraits à côté du texte constitutionnel, comme le caractère raisonnable dans *Grootboom* ou l'engagement significatif dans *Occupiers of 51 Olivia Road*<sup>943</sup>. Ses raisonnements ne sont toutefois pas exempts d'une vision substantielle des droits. En adossant les droits sociaux déduits des articles 26 et 27 à la dignité humaine inscrite à l'article 10<sup>944</sup>, la Cour a produit une certaine lecture de la justice sociale, qui n'était pas réductible aux seules dispositions écrites mais à un choix entre les termes et, également, à des considérations explicites relativement aux ressources publiques<sup>945</sup>. La Cour, dans les premières affaires consacrées aux expulsions d'occupants irréguliers en attente de logement social (*Grootboom*) ou aux soins médicaux de personnes touchées par une maladie incurable (*Sobramoney*), a largement réduit l'opposabilité des droits sociaux aux mesures d'urgence que devaient adopter les pouvoirs publics dans la réalisation progressive des droits en prenant en compte les ressources publiques disponibles ; dans le second cas, elle a refusé la demande au nom des coûts engendrés, tandis qu'elle n'a donné droit à la demande de médicaments empêchant la transmission du Sida de la mère à l'enfant qu'en s'appuyant sur le faible coût qu'il représentait pour les pouvoirs publics. En outre, si les droits sociaux ne requéraient pas de raisonnement particulier relativement à leur justiciabilité dans la Constitution de 1996, le sens que leur donne la Cour n'avait rien d'une évidence. La conjonction de la dignité et des droits sociaux permet alors d'attribuer « un minimum de vie décent compatible avec la dignité humaine<sup>946</sup> ». Dès lors,

Une société doit s'assurer que les nécessités de base de la vie sont fournies à tous pour être une société fondée sur la dignité humaine, la liberté et l'égalité.<sup>947</sup>

La Cour renverse l'argument de manière à faire de la réalisation des droits sociaux le préalable des fondements normatifs de l'ordre constitutionnel sud-africain. Cela implique de réduire les droits sociaux ou la « justice sociale<sup>948</sup> » à ces nécessités ou biens sociaux basiques que dénoncent les critiques d'une approche des inégalités par les droits constitutionnels.

---

<sup>943</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, et pour une lecture positive en ce que la Cour s'en tient à de « vague standards », *Ibid.*, p. 296-298.

<sup>944</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 1, §1, A.

<sup>945</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2.

<sup>946</sup> CCAS, 5 juillet 2002, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (unanime), ci-après *TAC*, §28 : « the minimum decencies of life consistent with human dignity. No one should be condemned to a life below the basic level of dignified existence ».

<sup>947</sup> CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* (Zakeria Yacoob), ci-après *Grootboom*, §44 : « A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. »

<sup>948</sup> *Ibid.*, §1.

Il est intéressant en outre que la Cour ait apporté au soutien de ses interprétations des arguments qui tiennent à la réalisation des droits et que la métaphore du pont vient justifier. Dès la décision *Soobramoney*, qui refuse d'imposer à l'État de fournir des soins, la Cour incluait la considération des limites aux droits en termes de ressources dans l'interprétation même des droits<sup>949</sup>. Le test du caractère raisonnable va plus loin au nom d'un souci d'effectivité des droits, que la Cour comprend alors à la fois comme un pragmatisme<sup>950</sup> et comme un regard plus réaliste sur les politiques publiques et les ressources disponibles<sup>951</sup>. L'argument des ressources qui fondait le refus de déterminer un contenu minimal revient alors à limiter la détermination des obligations pesant sur les pouvoirs publics. Comme l'estime la Cour dans *TAC*,

Il faut bien se dire qu'en décidant dans de telles affaires, les cours ne sont pas équipées du point de vue institutionnel pour réaliser les enquêtes factuelles et politiques avec l'ampleur nécessaire à déterminer ce qu'un contenu minimal tel que les premier et second amici y appellent doit être afin de déterminer comment les ressources publiques doivent être effectivement dépensées. Il y a tant de demandes pressantes vis-à-vis des finances publiques.<sup>952</sup>

Une idée que l'on trouve également dans la décision *Grootboom* lorsqu'elle rejette la détermination d'un contenu minimal<sup>953</sup>. Plus loin, la Cour est encore plus explicite :

Nous sommes également conscients des problèmes considérables auxquels le gouvernement est confronté en raison de la pandémie. Outre la pandémie, l'État doit faire face à d'énormes demandes en matière d'accès à l'éducation, à la terre, au logement, aux soins de santé, à la nourriture, à l'eau et à la sécurité sociale. Ces droits socio-économiques sont inscrits dans la Constitution et l'État est tenu de prendre des mesures raisonnables, législatives et autres, dans la limite des ressources dont

---

<sup>949</sup> CCAS *Soobramoney*, *op. cit.*, §11. C'est bien ce que critique David Bilchitz : pour lui, il faut définir le droit indépendamment de la disponibilité des ressources et de la possibilité de sa réalisation, puis dans un second temps considérer des limitations aux droits qui les prennent en compte.

<sup>950</sup> CCAS, *Grootboom*, §45 : « *it was contemplated that the right could not be realised immediately* ».

<sup>951</sup> Toujours selon *Grootboom*, « *the goal of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the state must take steps to achieve this goal. It means that accessibility should be progressively facilitated: legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time. Housing must be made more accessible not only to a larger number of people but to a wider range of people as time progresses* » (§45). La Cour s'appuie alors sur la formulation du Comité des droits sociaux, économiques et culturels, en citant largement le general comment n°3 de 1990 qui estime que la réalisation progressive est un « flexibility device ». Selon la Cour « *the obligation does not require the state to do more than its available resources permit* », au nom d'une « *balance between goal and means* » (CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §46).

<sup>952</sup> CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §37 : « *It should be borne in mind that in dealing with such matters the courts are not institutionally equipped to make the wide-ranging factual and political enquiries necessary for determining what the minimum-core standards called for by the first and second amici should be nor for deciding how public revenues should most effectively be spent. There are many pressing demands on the public purse* ». La Cour donne droit aux requérants dans *TAC* précisément parce que le médicament en question était fourni gratuitement par les laboratoires pharmaceutiques, même si le gouvernement avançait le coût de l'administration et de la formation associée, mais la Cour met en balance ces coûts avec l'avantage représenté du fait de l'efficacité prouvée du traitement (*Ibid.*, §57 et 73, et pour l'analyse détaillée des conditions factuelles du point de vue des ressources, voir §90-120).

<sup>953</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §32.

il dispose, pour assurer la réalisation progressive de chacun d'entre eux. À la lumière de notre histoire, il s'agit d'une tâche extraordinairement difficile. Néanmoins, il s'agit d'une obligation imposée à l'État par la Constitution.<sup>954</sup>

Ce raisonnement ne se fonde pas tant sur l'interprétation du texte constitutionnel. Un présupposé tout à fait factuel tient à la capacité institutionnelle des cours à réaliser une telle évaluation des ressources publiques<sup>955</sup>. Elle se permet pourtant d'évaluer « les demandes pressantes » pesant sur les finances publiques, si bien que l'on peut penser qu'en refusant d'évaluer les dépenses nécessaires à la réalisation d'un contenu minimal, en réalité, le juge estime que ces dépenses seraient trop importantes.

La Cour justifiait son refus de fonder la demande de soins médicaux du requérant dans l'affaire *Soobramoney* sur le droit à la vie par un argument textualiste : une lecture « étroite » ferait obstacle à la lecture systématique habituelle de la Cour, alors que le droit à la vie, par ailleurs, avait donné lieu à une application célèbre dans l'affaire *Makwanyane* relative à la peine de mort<sup>956</sup>. Dans son opinion concordante, Albie Sachs propose une interprétation holiste des droits sociaux basée sur l'interdépendance sociale<sup>957</sup>, qui n'aboutit néanmoins pas à une autre décision ; il affirme que la mort fait partie de la vie et que le droit à la vie « ne peut être constitutionnellement étendu à un droit à échapper continuellement à la mort<sup>958</sup> ». Si cette justification est insuffisante puisqu'elle semble impliquer que relier le droit à la vie aux droits sociaux ferait forcément du premier un droit absolu, Albie Sachs donne plus loin une raison qui semble plus pragmatique. Il estime que les cours risquent, en accordant de telles demandes, de « jouer avec la vie des requérants », puisqu'elles privent

---

<sup>954</sup> *Ibid.*, §94 : « We are also conscious of the daunting problems confronting government as a result of the pandemic. And besides the pandemic, the state faces huge demands in relation to access to education, land, housing, health care, food, water and social security. These are the socio-economic rights entrenched in the Constitution, and the state is obliged to take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation of each of them. In the light of our history this is an extraordinarily difficult task. Nonetheless it is an obligation imposed on the state by the Constitution. »

<sup>955</sup> On voit comment la Cour mélange les arguments juridiques et son rôle, sans détailler plus avant en quoi ce dernier serait définir par le texte constitutionnel, CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §38 : « Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance. »

<sup>956</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1, A, 1.

<sup>957</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §54 : « Health care rights by their very nature have to be considered not only in a traditional legal context structured around the ideas of human autonomy but in a new analytical framework based on the notion of human interdependence. A healthy life depends upon social interdependence: the quality of air, water, and sanitation which the state maintains for the public good; the quality of one's caring relationships, which are highly correlated to health; as well as the quality of health care and support furnished officially by medical institutions and provided informally by family, friends, and the community. »

<sup>958</sup> *Ibid.*, §57 : « However the right to life may come to be defined in South Africa, there is in reality no meaningful way in which it can constitutionally be extended to encompass the right indefinitely to evade death. »

les autres patients de soins du fait des « ressources limitées »<sup>959</sup>. L'opinion majoritaire ne dit pas autre chose lorsqu'elle admet, avant de juger que l'État ne peut répondre à toutes les demandes, que L'on ne peut qu'éprouver de la sympathie pour le requérant et sa famille, qui font face au dilemme cruel d'avoir à s'appauvrir pour bénéficier du traitement dont il a besoin pour prolonger sa vie. C'est une réalité désagréable qui fait que si le requérant était riche, il pourrait se procurer ce traitement par des services privés ; mais il ne l'est pas et attend de l'État qu'il le lui fournisse.<sup>960</sup>

La Cour montre ici combien, à l'intérieur même de sa construction normative, elle intègre la question des coûts sans envisager une autre forme pour les pouvoirs publics que celui que dictent les ressources publiques. C'est une considération que l'on peut qualifier de politique à défaut de pouvoir lui trouver un fondement textuel explicite. De même dans l'affaire *Joe Slovo*, la Cour réduisait la portée du concept d'engagement significatif posé par la Cour la même année dans la décision *51, Olivia Road*, en estimant qu'il ne s'agissait pas de proposer un logement qui convienne aux occupants expulsés mais seulement d'engager le dialogue<sup>961</sup>. En choisissant une telle voie procédurale, la Cour se refuse à opposer la dignité humaine à une politique publique ouvertement paternaliste qui impose le relogement. De même, c'est seulement le principe de celui-ci qui avait été posé dans la décision *Grootboom*. La Cour n'examine alors pas le fond de la politique publique menée qui consiste non seulement à expulser, mais à le faire au profit de promoteurs privés qui réalisent ensuite à leur profit des réhabilitations<sup>962</sup>. Ne pas considérer une partie des faits revient à faire un choix qui n'est pas, ici, dicté par l'invocation d'une norme reliée à l'énoncé constitutionnel.

Il est intéressant que la Cour sud-africaine distingue, sans l'expliciter, l'opposabilité et la concrétisation des droits sociaux de leur interprétation lorsqu'elle dit faire face à la « la dure réalité selon laquelle la promesse constitutionnelle de dignité et d'égalité pour tous reste pour beaucoup un rêve lointain<sup>963</sup> ». La réalisation progressive par les pouvoirs publics et la satisfaction des besoins de base, sous le contrôle du juge, est alors vue comme une étape vers la réalisation de l'objectif

---

<sup>959</sup> *Ibid.*, §58 : « *The provisions of the bill of rights should furthermore not be interpreted in a way which results in courts feeling themselves unduly pressurised by the fear of gambling with the lives of claimants into ordering hospitals to furnish the most expensive and improbable procedures, thereby diverting scarce medical resources and prejudicing the claims of others.* »

<sup>960</sup> *Ibid.*, §31 : « *One cannot but have sympathy for the appellant and his family, who face the cruel dilemma of having to impoverish themselves in order to secure the treatment that the appellant seeks in order to prolong his life. The hard and unpalatable fact is that if the appellant were a wealthy man he would be able to procure such treatment from private sources; he is not and has to look to the state to provide him with the treatment.* »

<sup>961</sup> CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke).

<sup>962</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 2, §1, A., 2.

<sup>963</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §2 : « *the harsh reality that the Constitution's promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream.* »

transformateur de la Constitution<sup>964</sup>. Dans la décision *Soooramoney*, la Cour repousse à un temps indéfini la réalisation de l'idéal constitutionnel collectif qu'elle oppose aux satisfactions individuelles. Ainsi, face à ceux qui demandent l'accès au logement, à l'eau, à l'électricité,

l'État doit gérer ses ressources limitées afin de répondre à toutes ces demandes. Il y aura un moment où cela exigera d'adopter une approche holistique des besoins de la société plutôt que de se concentrer sur les besoins spécifiques des individus particuliers au sein de la société.<sup>965</sup>

Une telle temporalité tranche avec les présentations données par les juges eux-mêmes d'un constitutionnalisme qui effacerait la distinction entre passé et futur ou projetterait la garantie juridictionnelle dans une axiologique sociale. En attendant ce « moment », la Cour fonde un jugement prudent sur des ressources qu'elle estime limitées, tout en précisant qu'elle se garde de faire un choix à la place des pouvoirs publics<sup>966</sup>. Ne pas choisir, alors que le droit était précisément invoqué à l'égard du choix public de ne pas attribuer des ressources revient à faire un choix relatif aux dépenses publiques. L'idée d'une incapacité étatique est non seulement acceptée mais parée des mots du droit par le juge. Une opinion concordante abonde :

La Constitution est tournée vers l'avenir et garantit à chaque citoyen des droits fondamentaux de telle sorte que le citoyen ordinaire, qui a connaissance de ces garanties, les revendique immédiatement et parte du principe que chaque droit ainsi garanti lui est accessible sur demande. Certains droits de la Constitution constituent un idéal et un objectif à atteindre. Ils équivalent à une promesse, dans certains cas, et à une indication de ce que devrait entreprendre une société démocratique visant à sauver la dignité, la liberté et l'égalité perdues. Ce sont des valeurs que la Constitution cherche à fournir, à entretenir et à protéger pour une future Afrique du Sud. (...) Cependant, les garanties de la Constitution ne sont pas absolues mais peuvent être limitées d'une manière ou d'une autre. Dans certains cas, la Constitution déclare en autant de mots que l'État doit prendre des mesures législatives et autres raisonnables, dans la limite des ressources dont il dispose, 'pour parvenir à la réalisation progressive de chacun de ces droits'. Dans son langage, la Constitution

---

<sup>964</sup> Comme l'écrivait le président Chaskalson, « *If different and conflicting interests of individuals and groups within our society are to be accommodated, and if full weight is to be given to the transformative purpose of the Constitution, the foundational values of democracy, dignity, equality and freedom must be interpreted consistently with these ends, and if possible, in ways that bring them into harmony with one another. As a consequence of our history, structural impediments remain to the achievement of 'dignity, equality and freedom'. Millions of people are still without houses, education and jobs, and there can be little dignity in living under such conditions. Dignity, equality and freedom will only be achieved when the socio-economic conditions are transformed to make this possible. This will take time. In the meantime government must give effect to its obligations under the Constitution to show respect and concern for those basic needs have to be met* », A. CHASKALSON, « Human dignity as a foundational value of our constitutional order », *South African Journal of Human Rights*, vol. 16, n° 2, 2000, p. 193-205, p. 204-205.

<sup>965</sup> CCAS, *Soooramoney*, *op. cit.*, §19 : « *The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.* »

<sup>966</sup> *Ibid.*, §15 à 26 et voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1, A, 1.

accepte qu'elle ne peut pas résoudre tous les maux de notre société du jour au lendemain, mais doit continuer à essayer de résoudre ces problèmes.<sup>967</sup>

L'image du pont inspirée du postambule de la Constitution de 1993 sert alors une vision statique de la transformation comme un point d'arrivée plutôt qu'un processus, à l'encontre des approches doctrinales plus ambitieuses du constitutionnalisme transformateur ; elle réduit la texture idéologique de l'espace ouvert par les droits sociaux.

De manière significative, écrivant après son mandat à la Cour, Albie Sachs définissait l'idéal sud-africain par la dignité humaine, comme une alternative entre les idéologies libertaires et communautaires - entre la liberté et le « droit à avoir du pain »<sup>968</sup>. Il évoque un idéal riche à l'égard des discriminations tout en reconnaissant au même moment qu'il s'agit d'un idéal et donc d'une entité distincte de la réalité, quand celle-ci, en fait, doit s'en tenir à rendre le gouvernement responsable de ses actes, à compter également chaque vote, et à s'assurer que les voix de la minorités soient entendues<sup>969</sup>. On peut y voir une définition du constitutionnalisme libéral le plus traditionnel. Albie Sachs défend même la justiciabilité des droits sociaux en ces termes : leur principal risque est, selon un modèle soviétique, de privilégier l'égalité (ou le « droit au pain ») sur les libertés, en permettant à l'État des gages d'intervenir et de reproduire une oppression étatique. En Afrique du Sud, l'oppression étatique associée en théorie aux idées socialistes prend en effet un sens particulier après l'Apartheid et fonde la position centriste qui l'emporte au sein de l'ANC<sup>970</sup>. On retrouve ici l'ambivalence du constitutionnalisme sud-africain, qui limite l'État tout en donnant des éléments permettant de penser qu'il doit agir pour construire une société juste. L'équilibre entre ces deux

---

<sup>967</sup> *Ibid.*, §42-43 : « *The Constitution is forward-looking and guarantees to every citizen fundamental rights in such a manner that the ordinary person-in-the-street, who is aware of these guarantees, immediately claims them without further ado and assumes that every right so guaranteed is available to him or her on demand. Some rights in the Constitution are the ideal and something to be strived for. They amount to a promise, in some cases, and an indication of what a democratic society aiming to salvage lost dignity, freedom and equality should embark upon. They are values which the Constitution seeks to provide, nurture and protect for a future South Africa. (...) However, the guarantees of the Constitution are not absolute but may be limited in one way or another. (...) In its language, the Constitution accepts that it cannot solve all of our society's woes overnight, but must go on trying to resolve these problems.* »

<sup>968</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 173.

<sup>969</sup> *Ibid.*, p. 214-215 : « *Such a society is a notional one. It is not to be found in this country or that. It does not have this particular constitution or that, this kind of judiciary or that. It is an ideal type of society, constructed out of the actual experience of the way issues of power and of rights are dealt with in countries that are widely regarded as democratic. This society repudiates forms of oppression, hardship, division and discrimination that have been known in the past (and, sadly, are still current in many parts of the world today). It acknowledges the foundational character of the principle of human dignity, and aspires to accept people for who they are. It presupposes diversity and welcomes and treats everyone with equal concern and respect. It is a society that protects rights of conscience and speech. It is one that ensures that government is accountable to the people, that every vote counts equally, and that minority voices can be heard* ». Plus ouvert, Sachs refuse de résoudre, en 2014, la question de savoir si l'idéal s'obtient par la transcendance au risque d'être futile ou par l'expérience au risque de ne plus être un idéal, A. SACHS, « Preface », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. ix-xiii, p. ix.

<sup>970</sup> Le discours judiciaire et juridique sur la transformation sociale est alors dépendant d'une approche du politique qui dépend non seulement du juge, mais de la réaction des pouvoirs publics, et même au niveau discursif de la construction du constitutionnalisme qui s'élabore dans l'espace public, voir *infra*, chapitres 7 et 8.



idées en conflit réside dans les mots des juristes et des juges – dans la manière même dont le constitutionnalisme a été construit. Albie Sachs estime que le risque totalitaire justifie le contrôle d'un équilibre raisonnable par le juge ainsi que la médiation conceptuelle de la notion de dignité<sup>971</sup>. Dès lors pour Albie Sachs, et sans préjuger du bien-fondé de cette opinion, l'approche de la Cour dans une décision comme *Grootboom*, en privilégiant les besoins les plus immédiats dans l'urgence via le concept de dignité, n'est pas une déception théorique mais au contraire une ambitieuse conciliation de l'égalité et de la liberté<sup>972</sup>, sans qu'aucune ne prévale.

## 2. L'approche volontariste de la Cour colombienne

L'approche choisie par la Cour constitutionnelle de Colombie s'appuie moins sur les conditions de réalisation des droits que sur un travail interprétatif et conceptuel. La Cour se situe en effet sur un plan différent lorsqu'elle élabore un contenu *prima facie* des droits à partir du texte constitutionnel, dès la décision T-426/92 créant le minimum vital, ou lorsqu'elle fixe un montant d'eau à fournir dans la décision T-418/10<sup>973</sup>. La construction normative repose ainsi sur l'État social de droit évoqué à l'article premier<sup>974</sup> du texte constitutionnel ; il recouvre de multiples significations dans la jurisprudence de la Cour et se trouve souvent adossé à d'autres droits ou principes, rendant complexe une synthèse des fondements mobilisés. Il s'agit quoi qu'il en soit d'une lecture que l'on peut qualifier de morale, par opposition à une lecture utilitariste<sup>975</sup>. La décision la plus célèbre de la Cour sur l'État social de droit, rédigée par Eduardo Cifuentes Muñoz, est aussi celle qui consacre le caractère fondamental des droits sociaux et un droit au minimum vital, qu'elle rend donc invocables en *tutela*<sup>976</sup>. La première interprétation systématique de ces droits et principes vient donc consacrer, en d'autres termes, une norme selon laquelle « une personne a besoin d'un minimum d'éléments matériels pour survivre<sup>977</sup> », une dimension matérielle que la Cour relie à la vie digne :

---

<sup>971</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, *op. cit.* note 256, p. 171-172 : « Put crudely, there was a fear that in pursuit of the right to bread, the right to freedom would be submerged. Anxiety on this score had strong and unfortunate historical underpinning. Certain states had contended that in order to achieve national development and to improve the conditions of the impoverished masses, they had had to suppress freedom of speech, do away with multi-party democracy and spurn an open society. Could it be, though, that people wanted freedom without bread, or bread without freedom? In South Africa the struggle for the vote and for freedom of movement and speech, had always been inseparable from the fight for housing, health, and education. Bureaucratic authoritarianism had been intrinsic to apartheid; people simply did not count as human beings, hence the squalid housing and inferior education for the majority. The restoration of dignity for all South Africans accordingly required both the development of increased respect for the personality rights and freedom of each one of us and the creation of material conditions for a dignified life for all. »

<sup>972</sup> *Ibid.*, p. 179 : « We accordingly made it plain that the right of access to housing could not be separated from the right to human dignity. This meant that a purely quantitative response by the state to its obligations would not be enough, even if by international standards it made extraordinary provision for access to formal housing. The qualitative dimension could never be forgotten. »

<sup>973</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>974</sup> Constitution de Colombie, 1991, article premier : « Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. »

<sup>975</sup> Sur la distinction opérée par Amartya Sen contre John Rawls, voir *supra*, section 1, §2, A., 1.

<sup>976</sup> CCC, T-426/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz). Voir *supra*, chapitre 2, section 1.

<sup>977</sup> CCC, T-426/92, *op. cit.*, §4 : « La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. »

L'État de droit social exige que l'on s'efforce de créer les conditions indispensables à assurer une vie digne et décente à tous les habitants du pays dans la limite des possibilités économiques qui leur sont offertes.<sup>978</sup>

Si la dernière limite rappelle la jurisprudence sud-africaine, l'approche des droits sociaux adossée à l'État social de droit et à la dignité humaine montre l'importance d'un seuil relié à la survie dans l'approche constitutionnelle de la transformation sociale.

Une autre décision emblématique portait sur le commerce informel et donnait un sens similaire aux droits sociaux en les érigeant face à une situation de privation matérielle, ce qui n'empêche pas des obligations positives lorsqu'il s'agit pour l'État de s'assurer que les individus ne soient pas privés des conditions nécessaires à une vie digne. L'opinion est cette fois-ci rédigée par Manuel José Cepeda Espinosa, dont le rôle est crucial dans la jurisprudence de la Cour en matière sociale. Un vendeur de rue s'était fait expulser de l'espace public et confisquer ses biens par la police. La Cour propose alors une analyse juridique de la pauvreté :

Il est donc clair que le principe de l'État social de droit a été adopté comme une réponse des systèmes politiques occidentaux à une réalité indéniable : la marginalisation d'une grande partie des populations dans une situation de pauvreté notoire, face au bien-être économique d'une minorité. C'est une même situation qui a conduit l'Assemblée constituante de 1991 à établir le principe de l'État social de droit comme l'un des axes d'organisation du système politique colombien. Il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse de la pauvreté - entendue comme l'absence des conditions matérielles minimales nécessaires à garantir la conservation de la personne en accord avec sa dignité propre - pour réaliser qu'elle constitue un déni intégral des conditions de base d'une jouissance et d'un exercice de tous les droits fondamentaux. Ses effets négatifs tendent à se perpétuer, puisque ceux qui manquent de nourriture, de vêtements, d'éducation, etc., ne pourront pas accéder aux opportunités économiques, d'emploi et sociales aussi facilement que ceux dont les besoins basiques sont satisfaits, reproduisant ainsi un schéma de marginalisation.<sup>979</sup>

---

<sup>978</sup> *Ibid.*, §5 : « El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. »

<sup>979</sup> CCC, T-772/03 : « Resulta claro, entonces, que el principio del Estado Social de Derecho se adoptó como respuesta de los sistemas políticos occidentales ante una realidad inocultable : la marginación de grandes masas poblacionales en situación de notoria pobreza, frente al bienestar económico de una minoría. Fue el mismo motivo el que llevó al Constituyente de 1991 a erigir el principio del Estado Social de Derecho como uno de los ejes organizadores del sistema político colombiano. No es necesario profundizar demasiado en el análisis de la pobreza - entendida como la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la conservación física de la persona en condiciones acordes con su dignidad inherente -, para concluir que constituye una negación integral de los supuestos básicos para el goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales de quienes se ven aquejados por ella. Sus efectos negativos tienden a perpetuarse, ya que quien no dispone de alimentación, vestido, educación, etc., no podrá acceder a las oportunidades económicas, laborales y sociales existentes con la misma facilidad que quien tiene sus necesidades básicas satisfechas, reproduciendo así el patrón de marginación. »

La Cour condamne en particulier, l'incapacité des pouvoirs publics à fournir une alternative à celui qui ne peut « satisfaire son droit à la subsistance et celui de sa famille en l'absence d'opportunités économiques offertes par l'économie formelle ou par l'État<sup>980</sup> ». Dès lors,

il est constitutionnellement inacceptable que les personnes qui se trouvent dans la situation du requérant soient simplement privées des moyens matériels utiles à un travail alimentaire, sans recevoir aucune offre alternative qui répondrait effectivement à leurs besoins.<sup>981</sup>

Du fait de l'importance quantitative du contentieux de la *tutela*, la jurisprudence de la Cour s'est rapidement étendue<sup>982</sup>. Le droit à un minimum vital s'entend en argent, salaires ou pensions, ou en biens sociaux. De manière tout à fait typique du parcours suivi par les constructions jurisprudentielles de la Cour colombienne, plusieurs décisions de 2009 et 2011 ont donné un autre sens au droit à la subsistance, toujours en le décorrélant du seul salaire minimal ou d'une pension minimale mais en lui donnant, plutôt que le sens d'un bien social, celui d'un revenu subjectif, adapté à chaque personne et à son « statut socio-économique »<sup>983</sup>. Les espèces ont concerné plusieurs agents publics, dont certains magistrats, dont la pension était nettement inférieure au salaire auquel ils étaient habitués. La Cour avait déjà associé au minimum vital une « appréciation matérielle » qui dépassait « une évaluation numérique des besoins minimaux à satisfaire<sup>984</sup>, mais sans aller jusqu'à ajuster un montant par rapport à un autre et, surtout, sans viser le statut socioéconomique qui consistait, pour la décision de 2009, à un salaire égal à 22 fois le salaire minimum<sup>985</sup>. Cette jurisprudence n'a toutefois plus été reprise depuis.

L'État social de droit promu par la Cour colombienne n'est pas l'État de droit « libéral », mais il n'est pas non plus l'État social du milieu du XX<sup>ème</sup> siècle. L'État social de droit renvoie bien

---

<sup>980</sup> *Ibid.* : « ... no se siguieron las pautas mínimas del debido proceso aplicable a este tipo de actuaciones, nadie prestó consideración al hecho de que si el señor Palacios Arenas estaba parado en la vía pública disponiéndose a vender perros calientes, hamburguesas y gaseosas durante la noche, era porque necesitaba satisfacer su derecho al mínimo vital y el de su familia en ausencia de oportunidades económicas provistas por el sector formal de la economía o por el Estado; actividad que ya ha anunciado el actor que continuará desarrollando, puesto que todavía no se vislumbran posibilidades alternativas lícitas de subsistencia, y que lo hará incluso frente al riesgo de sufrir un nuevo decomiso – ya que sus necesidades económicas y las de su familia, entre ellas las de su hija, no dan espera - ».

<sup>981</sup> *Ibid.* : « es constitucionalmente inaceptable que las personas que se encuentran en la situación del peticionario sean sencillamente privadas de los medios materiales que aplican a su trabajo de subsistencia, sin recibir ofrecimiento alternativo alguno que satisfaga sus necesidades en forma efectiva. »

<sup>982</sup> Sur la relation entre l'accès au juge colombien et l'activisme de la Cour, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>983</sup> CCC, T-184/09 (Juan Carlos Henao Perez), et, avec plus de précision, CCC, T-211/11 (Juan Carlos Henao Perez), §2.2.4 : « el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. »

<sup>984</sup> CCC, SU-995/99 (Carlos Gaviria Díaz), C-a : « un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida. »

<sup>985</sup> CCC, T-184/09, *op. cit.*, I-§1.

plutôt à une autre manière d'envisager le monde social qui n'est pas hostile à une approche néolibérale de la transformation sociale. L'État social de droit est en effet associé à un minimum. S'il s'agit d'un idéal normatif, il est une construction réalisée par le juge à partir de l'État social de droit et intègre nécessairement les éléments extérieurs au texte, puisque rien, dans la Constitution de 1991, n'évoque un minimum, le mot lui-même étant absent.

Outre ce réductionnisme, il convient de noter qu'un certain nombre des décisions les plus ambitieuses de la Cour constitutionnelle de Colombie en matière d'autonomie<sup>986</sup> ou de droits sociaux concerne en réalité des obligations négatives, par exemple en cas de discrimination ou lorsqu'un requérant est privé de l'accès au soin pourtant prévu par le POS. En matière d'obligations positives, beaucoup de décisions consistent en réalité à imposer la mise en œuvre d'un cadre réglementaire plutôt qu'un coût direct. C'est le cas lorsque la Cour élabore des normes ambitieuses qui sont ensuite mises en œuvre au fil du contentieux, comme lorsqu'elle a offert une réponse systématique aux violations du droit à la santé dans la décision T-760/08<sup>987</sup>.

La Cour a également fourni des explications pragmatiques lorsqu'elle a justifié le glissement d'une justiciabilité limitée à la violation concrète du minimum vital et en connexité avec d'autres droits à une justiciabilité des droits sociaux en eux-mêmes par un argument temporel. Les droits sociaux sont bien des dispositions programmatiques adressées par le constituant au législateur et à l'exécutif, appelant à des actions positives de leur part sans que le juge ne puisse tout à fait déterminer celles-ci. Les manquements répétés des pouvoirs publics violeraient en revanche une obligation de « progressivité », c'est-à-dire une violation « dont la gravité augmente avec le temps »

---

<sup>986</sup> Voir *infra*, chapitre 4, section 1, §2.

<sup>987</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B.

et exige que l'on puisse demander au juge l'opposabilité des droits<sup>988</sup>. L'obligation négative de s'abstenir de violer les droits vaut de tout temps ; mais une obligation positive deviendrait de plus en plus précise à mesure que le droit est mis en œuvre et le contrôle du juge à son égard de plus en plus précis, en vertu de ce que la Cour a pu qualifier de « clause de correction des injustices actuelles<sup>989</sup> ». L'argument qui voit dans la réitération de la jurisprudence une positivation de fondements moraux s'étend alors aux obligations juridiques pesant sur les pouvoirs publics, dans une logique progressive.

Sans nécessairement prendre la forme d'une métaphore visant à assurer la médiation entre la réalisation des droits et l'idéal qu'ils viseraient, l'argument des ressources publiques est souvent lié aux valeurs constitutionnelles sociales comme une réalité ou une exigence normative qui les délimiterait en tant qu'il sont garantis à tous. L'opinion concordante de Rodrigo Uprimny dans une décision qui accordait la *tutela* à trois requérants dont les soins étaient exclus du POS en rendant un jugement *in concreto* du fait de leur situation économique<sup>990</sup>, nous éclaire sur les présupposés du juge. Rodrigo Uprimny fait part de sa difficulté à assumer la décision en admettant les critiques adressées à la justiciabilité que la Cour a associé aux droits sociaux et en particulier au droit à la santé, qui ont donné lieu à un grand nombre de *tutelas*, alors qu'« il n'est pas possible, dans une société pauvre comme la notre, qu'existent les ressources suffisantes à satisfaire tous les droits sociaux<sup>991</sup> », c'est-à-

---

<sup>988</sup> CCC, T-505/02 : « Así pues, el hecho de que se requiera tiempo para diseñar y planificar, así como la necesidad de apropiarse y destinar recursos para adecuar las condiciones existentes, evidencia que se trata de una prestación de carácter programático, cuyo pleno e integral cumplimiento no puede ser exigido de forma instantánea. Ahora bien, si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de este tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo. (...) Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes. »

<sup>989</sup> « cláusula de erradicación de las injusticias presentes », CCC, SU-227/97 (à propos de la vaccination gratuite contre la méningite dans des milieux défavorisés). Voir aussi T-177/99, T-840/00, T-772/03.

<sup>990</sup> CCC, T-1207/01 (Gil Rodrigo Escobar), voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B, 2.

<sup>991</sup> *Ibid.* opinion concordante de Rodrigo Uprimny, §6 : « no es posible en una sociedad pobre, como la nuestra, que existan recursos suficientes para satisfacer todos los derechos sociales ».

dire d'accorder ces droits à tous les colombiens, du fait des prestations que les droits sociaux exigeraient de l'État<sup>992</sup>. C'est un cas de conscience dont fait part le juge :

La décision (...) peut sembler facile, y compris à un étudiant en première année de droit, car il ne s'agit en apparence que d'appliquer une doctrine constitutionnelle établie par cette Cour presque depuis ses premières décisions. Néanmoins, je pense que le problème n'est pas si simple à résoudre, du moins de mon point de vue. Ces décisions en matière de santé soulèvent des questions éthiques et juridiques très difficiles pour moi, et me mettent donc dans une situation inconfortable. La raison de ce malaise, voire de cette perplexité, est la suivante : je partage la vocation humaniste de la jurisprudence de cette Cour, qui cherche à faire des droits sociaux une réalité, afin qu'ils ne restent pas de papier. Toutefois, je suis également conscient des faiblesses juridiques et politiques de la doctrine constitutionnelle actuelle sur le droit à la santé en tant que droit fondamental, qui ont été mises en évidence par de nombreuses critiques des travaux de la Cour dans ce domaine.<sup>993</sup>

Il n'en reste pas moins que le juge doit répondre favorablement aux demandes d'après Rodrigo Uprimny : il relève de son devoir d'interpréter les droits de manière objective selon un « raisonnement déontique et non conséquentialiste<sup>994</sup> », quel que soit le coût pour les pouvoirs publics. Le conséquentialisme ouvrirait en effet trop facilement selon le juge à l'utilitarisme de nature économique où la définition des droits dépendrait des ressources disponibles. Dans le raisonnement déontique, que l'auteur qualifie de « juridique », au contraire, les droits seraient examinés à l'aune de la dignité humaine telle qu'imaginée par John Rawls et Amartya Sen<sup>995</sup>. Le juge n'aurait donc d'autre choix que d'accorder un droit fondamental à la santé au requérant dans les « cas concrets »<sup>996</sup>. On voit la différence fondamentale avec l'approche pragmatique de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud.

---

<sup>992</sup> *Ibid.*, résumé introductif : « el contenido obligacional específico de los derechos sociales es prestacional, e implica que el Estado debe suministrar un bien o servicio que la persona requiere para satisfacer sus necesidades básicas. »

<sup>993</sup> *Ibid.* : « La decisión del presente asunto puede parecer fácil, incluso para un estudiante de primer año de derecho, pues aparentemente se trata únicamente de aplicar una doctrina constitucional, establecida por esta Corte casi desde sus primeras decisiones. Sin embargo, creo que el problema no es tan sencillo de resolver, al menos desde mi perspectiva. Y es que estas sentencias de salud me suscitan unos interrogantes éticos y jurídicos muy difíciles, y por ello me ponen en una situación incómoda. La razón de esa incomodidad, e incluso perplejidad, es la siguiente: comparto la vocación humanista de esta jurisprudencia de la Corte, que busca hacer realidad los derechos sociales, a fin de que éstos no se queden en el papel. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de la actual doctrina constitucional sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo. ». Voir aussi l'opinion concordante de Rodrigo Uprimny dans la décision T- 7654/04 (Marco Gerardo Monroy Cabra), §12, qui fonde alors le raisonnement sur la dignité humaine telle qu'elle aurait été théorisée par « Rawls, Dworkin ou Sen » plutôt que sur l'utilitarisme.

<sup>994</sup> CCC, T-1207/01, *op. cit.*, opinion concordante de Rodrigo Uprimny, §8 : « el razonamiento del juez constitucional debe ser deontológico y no consecuencialista, esto es, el juez debe amparar los derechos de las personas, aplicando las normas constitucionales pertinentes, aunque tales decisiones tengan impactos financieros o políticos importantes. »

<sup>995</sup> *Ibid.*, §13.

<sup>996</sup> *Ibid.*, §16 : « Creo que una posibilidad para responder a ese interrogante es asumir la visión del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental, y por ende directamente tutelable, como se desprende de la doctrina del Comité, pero conservando, en ciertos aspectos, la visión de la jurisprudencia colombiana de la importancia de su conexidad con la vida digna, en casos concretos. »

Or l'argument d'un raisonnement déontique ne peut suffire, même dans le cas colombien. S'il permet de dire que le droit doit être accordé peu importe le jugement factuel des coûts, il a bien fallu accorder en premier lieu la *tutela* sur le fondement de la connexité, ce qui ne relève pas d'un raisonnement déontique. Rodrigo Uprimny semble lui-même confiner cette première étape au constat selon lequel « vocation humaniste de cette jurisprudence est évidente<sup>997</sup> » ; il estime, en s'appuyant sur Karl Popper, que l'on ne peut revenir sur une jurisprudence établie sans prouver qu'elle est fautive, sauf à engendrer une insécurité juridique<sup>998</sup>. Le juge n'a donc pas à démontrer à chaque nouvel usage que la jurisprudence est juste, et la référence à des philosophes plutôt qu'à des sources plus aisément reconnues comme juridiques montre bien l'écart creusé par le juge. Le raisonnement proposé nous semble introduire une étape conséquentialiste avant la logique déontique invoquée par le juge : il a fallu considérer d'abord que l'invocabilité des droits sociaux servait l'effectivité de la Constitution en général. Il s'agissait alors d'un choix externe au texte et préalable à l'obligation déontique qui s'imposerait à lui de manière interne. Dans la décision concernée, la solution *in concreto*, justifiée par la grande misère des requérants, donne une indication sur le genre de raison « humaniste » qui constituerait pour Rodrigo Uprimny une obligation morale. On retrouve une même manière de considérer la norme constitutionnelle dans la jurisprudence sud-africaine lorsqu'elle dit privilégier, avec la dignité, le mieux sur le bien, afin de ne pas imposer une obligation qui empêche la protection des plus démunis en détournant des ressources pour le plus grand nombre<sup>999</sup>. Dans son approche générale, la Cour colombienne cite Rawls pour affirmer le caractère fondamental et justiciable des droits sociaux, malgré leur coût en termes de ressources publiques et le rôle du juge qui déciderait de leur redistribution : elle vise toutefois le principe d'égalité, défini matériellement, en ce qu'il imposerait de mieux traiter les plus défavorisés<sup>1000</sup>. La Cour mobilise par ailleurs l'auteur américain pour interpréter l'article 13 de la Constitution sur le principe d'égalité<sup>1001</sup>, qui ainsi conçu de manière redistributive vient au soutien de la garantie des droits sociaux<sup>1002</sup>. Rodrigo Uprimny exprime d'ailleurs sa préférence à la méthode déontique déduite de la dignité humaine parce qu'elle est la « meilleure méthode connue<sup>1003</sup> », mais il pourrait être plus intéressant selon lui de travailler le fondement de l'égalité. Il s'agirait alors d'un compromis entre un raisonnement déontique associé à la dignité et un raisonnement conséquentialiste de nature

<sup>997</sup> *Ibid.*, §3 : la « *vocación humanista de esa jurisprudencia es evidente* ».

<sup>998</sup> *Ibid.*, §6.

<sup>999</sup> Voir *supra*.

<sup>1000</sup> T-406/92, §22.

<sup>1001</sup> Article 13 de la Constitution de Colombie : « *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.* »

<sup>1002</sup> Sur les relations entre les droits sociaux et le principe d'égalité, voir *infra*, chapitre 4, section 1, §2.

<sup>1003</sup> CCC, T-1207/01, *op. cit.* : « *A pesar de esas críticas, he decidido apoyar la presente sentencia por una razón muy sencilla: en este momento no conozco, ni soy capaz de ofrecer, una doctrina constitucional que sea sustantivamente mejor que aquella que ha elaborado esta Corte.* »

utilitariste ou économique, c'est-à-dire entre le droit individuel du requérant (auquel le juge donne droit dans cette décision, soutenue par Rodrigo Uprimny) et la réalisation des droits en général. Il ne fait qu'ouvrir une telle possibilité en estimant qu'elle n'est pas assez mûre pour pouvoir être utilisée en l'espèce.

## §2. Un constitutionnalisme néolibéral ? Une approche contextualiste

Une approche critique du constitutionnalisme ne l'oppose pas mais l'associe au contraire aux inégalités, permettant alors de comprendre le paradoxe qui touche l'Afrique du Sud et la Colombie (A). Une lecture trop rigide et décontextualisée risque néanmoins d'obscurcir la compréhension de l'activisme judiciaire (B).

### A. La critique du constitutionnalisme contemporain

Dans les contre-discours contemporains, le constitutionnalisme a été associé au néolibéralisme dans le prolongement de la critique progressiste des droits (1). Une telle critique permet de comprendre les ambiguïtés des discours des juristes sur la transformation sociale (2).

#### 1. Critique des droits et critique du constitutionnalisme

Une approche radicale postule un lien nécessaire entre les droits sociaux et le néolibéralisme tandis qu'une approche plus modérée conçoit un lien contingent, qu'il faudrait historiquement tracer. Pour le constitutionnaliste américain Mark Tushnet, le constitutionnalisme global est un projet politique qui s'accommode bien de l'idéologie néolibérale en ce qu'il privilégie les droits civils et politiques et s'accommode de droits sociaux, mais seulement à la marge et de manière minimale<sup>1004</sup>. C'est également la position de Samuel Moyn, pour qui les droits constituent *in fine* un rempart redistributif bien peu ambitieux par rapport aux projets politiques égalitaires<sup>1005</sup>. Avec l'essor spectaculaire au milieu des années 1970 de la notion de besoins de base dans le discours politique international et humanitaire, les droits devenant la *lingua franca* des ONG<sup>1006</sup>, « la coupure

---

<sup>1004</sup> M. TUSHNET, « The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project », *Global Constitutionalism*, vol. 8, n° 1, 2019, p. 29-39, p. 30 : « *globalisation provides relatively strong protections for first-generation civil and political rights, some protection for and greater toleration of second-generation social and economic rights, and makes third-generation rights optional. Throughout, it modestly prefers private property rights to other rights. (...) Its primary effect is to prioritise economic growth over the expansion of the social welfare state – without rejecting social provision in principle. Global constitutionalised law, as I see it, is less a mode of resistance to neo-liberalism, though it provides some resources for some degree of resistance, than a complement to neo-liberalism* ».

<sup>1005</sup> Voir *supra*, section 1, §2. Ainsi, selon S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 216 : « *The real trouble about human rights, when historically correlated with market fundamentalism, is not that they promote it but that they are unambitious in theory and ineffectual in practice in the face of market fundamentalism's success. Neoliberalism has changed the world, while the human rights movement has posed no threat to it. The tragedy of human rights is that they have occupied the global imagination but have so far contributed little of note, merely nipping at the heels of the neoliberal giant whose path goes unaltered and unresisted. And the critical reason that human rights have been a powerless companion of market fundamentalism is that they simply have nothing to say about material inequality.* ».

<sup>1006</sup> En Colombie par exemple, J. GONZÁLEZ JÁCOME, « The Emergence of Revolutionary and Democratic Human Rights Activism in Colombia between 1974 and 1980 », *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 91-118.



avec des interprétations welfaristes des droits sociaux, qui avaient été associés auparavant à des visées égalitaires, était immense<sup>1007</sup> ». L'historien attribue cette évolution à une désillusion vis-à-vis des projets de développement plus ambitieux<sup>1008</sup>. Plus encore, « le mouvement des droits humains ressemble de plus en plus à un palliatif visant à accepter un mal permanent sans l'affronter frontalement<sup>1009</sup> » : « le projet politique et juridique mené en leur nom est devenu un compagnon impuissant de l'explosion des inégalités<sup>1010</sup> ». Avec les droits sociaux en effet, l'action humanitaire et la politique internationale font alors de la lutte contre la grande pauvreté l'objectif principal du développement des pays du Sud, se concentrant sur le minimum à garantir pour sortir de la misère<sup>1011</sup>. C'est un « assez » qui laisse selon Samuel Moyn les inégalités socio-économiques prospérer au-delà :

Dans cette utopie, il n'est plus question de riches et de pauvres. Les plus démunis ont assez. Mais ils se situent bien en deçà de ceux qui ont plus. (...) Les droits de l'homme, même parfaitement réalisés, sont alors compatibles avec une inégalité, même radicale. Aussi surprenant que cela puisse paraître, il n'y a pas de contradiction entre une inégalité matérielle radicale et la réalisation des droits fondamentaux.<sup>1012</sup>

Ces lectures opposées constituent un paradoxe dans le discours constitutionnaliste contemporain et expliquent de fait beaucoup des attentes et des déceptions relatives aux droits sociaux.

Dans le contexte socioéconomique et philosophique qui s'installe à partir des années 1970, les droits sociaux ne sont pas forcément une étrangeté. La diffusion de l'idée de garantir des biens

---

<sup>1007</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 121 : « *the break with welfarist interpretations of social rights, which had once been associated with egalitarian duties, was immense* ». Plus encore, « *Social rights mattered as standards of absolute needs, irrespective of the general distribution of income or wealth* » : « *The birth of global justice involved a remarkable philosophical consensus about the individualization of the basis of social justice. Whether as a matter of their interests or rights, all the founders argued in terms of the prerogatives of individual persons as the sole foundation of any transnational justice. The more collectivist claims of thirdworld nationalism or inter nationalism, like those of the welfare state before Rawls, were abandoned.* », MOYN 2018, pp. 168 et 171.

<sup>1008</sup> U. BAXI, « The New International Economic Order, Basic Needs, and Rights: Notes toward Development of the Right to Development », *Indian Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 1983, p. 225-245.

<sup>1009</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 218 : « *the human rights movement looks more and more like a palliative that accepts the permanence of recurrent evil without facing it more frontally* ».

<sup>1010</sup> *Ibid.*, p. 176 : « *The political and legal project in their name became a powerless companion of the explosion of inequality* ».

<sup>1011</sup> *Ibid.*, p. 133 : « *Under the reign of "basic needs," development focused on short-term sufficiency targets within nations, thus displacing short-term national growth strategies that postponed both sufficiency and equality alike* ».

<sup>1012</sup> *Ibid.*, pp. 212-213 : « *In this utopia, it is no longer a matter of haves versus have nots. The worst off have enough. But they are in a yawning hierarchy, far beneath the have mores. (...) Human rights, even perfectly realized human rights, are compatible with inequality, even radical inequality. Surprising though it may seem, there turns out to be no contradiction between drastic material inequality and fulfillment of basic provision* ». Ou encore : « *The selective attention of human rights politics toward a minimum provision of the good things in life has made them unthreatening to a neoliberal movement that, sometimes achieving or tolerating that goal, has devoted itself most unerringly to the intensification of material hierarchy. In the era of human rights, many (though by no means all) have become less poor, but the rich have been even more decisive victors. It follows that human rights must be kept in proper perspective, neither idolized nor smashed, to recognize the true scope of our moral crisis today and the melancholy truth of our failure to invent other ideals and movements to confront it. Human rights, focused on securing enough for everyone, are essential—but they are not enough.* », *Ibid.*, p. xii.

sociaux minimaux spécifiques constitue alors une alternative à la redistribution au sein de l'État social, laquelle est axée sur le revenu et la propriété. La nouvelle gouvernamentalité néolibérale appelle une conception de l'individu qui peut lui reconnaître des droits non seulement en matière politique comme dans le libéralisme classique, mais dans la matière socioéconomique également, comme une normativité qui pèserait sur l'État vis-à-vis des agents du marché. Hayek fournit d'ailleurs une justification plus forte que Rawls et son principe de différence à la garantie d'un minimum, qui ne peut dès lors pas être assimilé à la redistribution de l'État social sous la plume d'un penseur emblématique du libéralisme le plus fort : la liberté implique de garantir à chacun « la certitude d'un minimum vital pour sa subsistance »<sup>1013</sup>. Dans la même perspective, Milton Friedman a pu défendre un impôt négatif pour les plus démunis – en remplacement de toutes les structures de l'État social qu'il trouvait injustes<sup>1014</sup>. Les droits sociaux réduits au minimum vital peuvent alors très bien être fondés sur une théorie libertarienne, ultra-libérale ou néo-libérale et non les préceptes redistributifs de l'État social<sup>1015</sup>. D'ailleurs, comme le note Nancy Fraser, citée par Sandra Liebenberg pour le constitutionnalisme sud-africain, « les conservateurs préfèrent traditionnellement distribuer l'aide en fonction des besoins plutôt que d'un droit, précisément pour éviter des attentes normatives qui pourraient avoir des implications égalitaires<sup>1016</sup> ».

Dans une approche plus radicale, c'est tout le constitutionnalisme contemporain qui constituerait, comme l'exprime Martin Loughlin dans le prolongement des thèses de Samuel Moyn et Ran Hirschl, un « ordo-constitutionnalisme<sup>1017</sup> ». Celui-ci ne serait pas un retour à un constitutionnalisme classique défendant l'individu contre l'État ou le gouvernement, tel que le

---

<sup>1013</sup> F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, 2nd éd., 2001, p. 124-125 et 215. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, *op. cit.* note 51, p. 87 : « There is no reason why in a free society government should not assure to all protection against severe deprivation in the form of an assured minimum income, or a floor below which nobody need to descend. ».

<sup>1014</sup> M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom* (1962), *op. cit.* note 55, chapitres 11 et 12, 177-195. Pour une défense libertarienne des droits sociaux autant que du revenu minimal de base, voir P. VAN PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Seuil, 1991.

<sup>1015</sup> Dans le voyait déjà Michel Foucault dans la pensée ordolibérale : « Une politique sociale ne peut pas se fixer l'égalité comme objectif. Elle doit au contraire laisser jouer l'inégalité (...) La seule chose que l'on puisse faire, c'est prélever sur les revenus les plus élevés une part qui de toute façon serait consacrée à la consommation, ou, disons, à la sur-consommation, et cette part de sur-consommation la transférer à ceux qui, soit pour des raisons de handicap définitif, soit pour des raisons d'aléas partagés, se trouvent dans un état de sous-consommation. Mais rien de plus. Caractère donc très limité (...) des transferts sociaux. Il s'agit simplement d'assurer, en gros, non pas du tout le maintien du pouvoir d'achat, mais un minimum vital pour ceux qui, à titre définitif ou passager, ne pourraient pas assurer leur propre existence. C'est le transfert marginal d'un maximum à un minimum », p. 148-149, M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.* note 53

<sup>1016</sup> N. FRASER, *Unruly practices. Power, discourse, and gender in contemporary social theory*, University of Minnesota Press, 1989, p. 182, cité par S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *Stellenbosch Law Review*, vol. 1, 2006, p. 1-36, p. 17 : « After all, conservatives traditionally prefer to distribute aid as a matter of need instead of right precisely in order to avoid assumptions of entitlement that could carry egalitarian implications ». Dans le contexte américain de John Rawls, les besoins correspondent aux aides sociales mais sont dissociés des droits sociaux constitutionnels, qui n'y sont pas reconnus : c'est précisément un rapprochement des deux idées qui a pu se produire dans les pays où une telle reconnaissance a eu lieu.

<sup>1017</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, p. 62-76.

souhaitait Hayek, qui renvoyait l'exercice de la liberté à l'ordre spontané de la société et du marché, mais les néolibéraux, eux, ont privilégié l'encadrement du marché par l'État, le tout réglé selon une « Constitution économique »<sup>1018</sup>. Le constitutionnalisme, diffusé avec la globalisation à l'ensemble du globe via les jurisprudences des cours constitutionnelles, devient l'un des instruments de l'organisation des conditions du marché par l'État. En effet,

Les ordo-constitutionnalistes sont plus que contents d'embrasser la révolution des droits. En reconnaissant que la constitutionnalisation des droits sociaux et économiques est une réponse à la diminution de la capacité des législatures à élaborer des programmes redistributifs, ils soutiennent pleinement l'idée d'un contentieux individuel régulé par les cours constitutionnelles. C'est un faible prix à payer pour une révolution qui a le potentiel de mettre fin à l'autorité de l'État et d'établir un régime cosmopolite avec une protection accrue accordée non seulement à la liberté individuelle en général mais à la liberté individuelle en particulier.<sup>1019</sup>

Plus largement, le constitutionnalisme, en n'étant plus seulement une limitation du pouvoir mais un ordre de valeurs, en viendrait à limiter l'espace démocratique de la résolution des conflits<sup>1020</sup>.

Les critiques des droits sont plus anciennes que les critiques du néolibéralisme contemporain. Dès les révolutions américaine et française, les droits ont pu être considérés comme un reniement des traditions historiques ou une négation de l'idée de nation ou de souveraineté tandis qu'une critique dite marxiste des droits a plutôt ciblé leur aspect individualiste, bourgeois et contraire à la vie démocratique<sup>1021</sup>. L'hostilité de Marx envers les droits de l'homme est célèbre. L'individu est libéré de la religion ou de la monarchie s'est soumis à l'ordre social par une prétention universaliste, même dans les déclarations qui, comme celle de la Constitution de 1793 en France,

---

<sup>1018</sup> *Ibid.*

<sup>1019</sup> *Ibid.*, p. 186 : « *Ordo-constitutionalists are therefore more than willing to embrace the rights revolution. Recognizing that the constitutionalization of social and economic rights is a response to the diminished capacity of legislatures to implement programs of redistribution, they fully support the idea of individualized litigation monitored by constitutional courts. It is a small price to pay for a revolution with the potential to break the authority of the sovereign nation-state and establish a cosmopolitan regime with enhanced protection not just for individual freedom in general and economic freedom in particular.* »

<sup>1020</sup> *Ibid.*, p. 107, opposant étonnamment l'idée d'indétermination démocratique de Claude Lefort à l'encontre du constitutionnalisme qui contient le discours des droits.

<sup>1021</sup> Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère proposent de distinguer, dans la pensée contemporaine, une critique antimoderne, liée aux critiques conservatrices et religieuses de De Maistre et Bonald et à la critique nationaliste liée à Carl Schmitt, de critiques communautaires, vis-à-vis du lien social ou de la vie démocratique, et d'une critique radicale qui oppose les droits à l'émancipation, chez Jacques Rancière ou Alain Badiou par exemple, dans la tradition marxiste, J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie d'un scepticisme démocratique*, Seuil, La couleur des idées, 2016, p. 37-84.

proclament par ailleurs des droits sociaux<sup>1022</sup>. Les droits apparaissent comme un masque pour les rapports de pouvoir tout en faisant croire à l'émancipation individuelle. Cet argument a inspiré la pensée critique américaine, particulièrement influente dans la théorie constitutionnelle contemporaine. Elle lie une critique de théorie du droit liée à l'interprétation juridique<sup>1023</sup> et une critique de fond. Les droits sont d'une part accusés de reproduire des intérêts et de rapports de force particuliers tout en prenant la forme de l'universalisation, de l'objectivité et de la rationalité<sup>1024</sup>. Peter Gabel a ainsi présenté les droits comme un retrait de soi qui s'opère au sein du sujet, puisque la titularité est accordée d'en haut par le pouvoir politique *via* la positivation, mais comme si elle était une propriété qui leur appartenait<sup>1025</sup>. Les droits subissent alors la même critique chez Marx que la religion et la culture, celle de constituer une illusion de changement et d'émancipation tout en maintenant l'infrastructure socioéconomique<sup>1026</sup>, même si une telle idée n'est pas nécessairement hostile aux droits<sup>1027</sup>.

Aussi, la tradition libérale a été accusée de s'en être tenue à des droits principalement négatifs et de nature civile et politique et à la protection de l'autonomie d'une sphère privée face à l'action d'un État largement associé à la monarchie, et qu'il fallait faire perdurer dans un espace public étroitement circonscrit<sup>1028</sup>. Avec les droits humains, la globalisation des rapports de pouvoir par-

---

<sup>1022</sup> K. MARX, *Sur la question juive*, Union générale d'Éditions, Coll. «Le monde en 10-18» n° 412, 1968, trad. J.M. Palmier, p. 22 : « Constatons avant tout le fait que les 'droits de l'homme', distincts des 'droits du citoyen', ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la communauté. La Constitution la plus radicale, celle de 1793, a beau dire : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. 'Art. 2. Ces droits (les droits naturels et imprescriptibles) sont : l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.' ». Dans le même texte de 1793, « La notion de sûreté ne suffit pas encore pour que la société bourgeoise s'élève au-dessus de son égoïsme. La sûreté est plutôt l'assurance (*Versicherung*) de l'égoïsme. Aucun des prétendus droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé. L'homme est loin d'y être considéré comme un être générique ; tout au contraire, la vie générique elle-même, la société, apparaît comme un cadre extérieur à l'individu, comme une limitation de son indépendance originelle. Le seul lien qui les unisse, c'est la nécessité naturelle, le besoin et l'intérêt privé, la conservation de leurs propriétés et de leur personne égoïste. » (*Ibid.*, p. 23). C'est ce qui permet à nombre de juristes d'alors et en premier lieu à Bruno Bauer, auquel Marx répond, d'écarter les juifs de leur définition de l'individu selon les droits de l'homme.

<sup>1023</sup> Sur cet aspect et sur la circulation doctrinale, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>1024</sup> D. KENNEDY, « The critique of rights in Critical legal studies », *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, 2002, p. 178-227, p. 199s.

<sup>1025</sup> P. GABEL, « The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », *Texas Law Review*, vol. 62, n° 8, 1984, p. 1563-1599.

<sup>1026</sup> Voir D. KENNEDY, « The critique of rights in Critical legal studies », *op. cit.* note 312.

<sup>1027</sup> Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère estime ainsi, d'avec d'autres, que Marx visait moins les droits que la religion et surtout le projet bourgeois des révolutionnaires français qui ont adopté la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme*, *op. cit.* note 309, p. 217-231. Ils s'appuient alors sur la critique formulée par Claude Lefort qui insistait au contraire sur l'indétermination démocratique pour y voir les possibilités de diverses luttes, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1028</sup> C'est l'analyse célèbre de Jürgen Habermas, d'où il proposera sa théorie de la communication au sein de l'espace public contemporain post-bourgeois, J. HABERMAS, *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise* (1962), Payot, réédition, 1988, trad. M. Buhot de Launay. Pour une critique, notamment en ce que la défense de l'espace public d'Habermas occulte toute considération égalitaire au-delà de l'accès formel à la délibération, et oublie donc l'importance des structures sociales, voir N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, Routledge, 1997, p. 69-98.

delà la souveraineté de l'État que l'on dit Wesphalien – celui-là même que Samuel Moyn relie à la formation du social – trouve un fondement normatif et un récit mythologique. Ce fondement permet également de poser des limites autres que la régulation étatique aux externalités négatives que produisent les activités économiques, et par-là de rendre celles-ci légitimes<sup>1029</sup>. La phase des droits sociaux comme droits fondamentaux qui commence aux années 1980 rejoindrait la logique de la vision libérale du XIX<sup>ème</sup> siècle où l'on oppose à une citoyenneté inclusive, fondée sur la redistribution, la titularité de biens sociaux déterminés dont on peut jouir dans la sphère privée<sup>1030</sup>. Se voir accorder une quantité d'eau ou de nourriture, des soins médicaux ou la jouissance d'une terre servirait avant tout à faire fructifier un soi isolé des relations sociales.

Dans l'approche critique du néolibéralisme, les droits sont opposés au politique, notamment du fait de leur institutionnalisation constitutionnelle et judiciaire, en constituant une garantie minimale, qui recoupe le caractère minimal de la protection sociale apportée, en lieu et place de la voie législative<sup>1031</sup>. L'ère des droits fondamentaux serait alors une étape supplémentaire à celle qui, déjà lors des révolutions française et américaine au XVIII<sup>ème</sup> siècle, aurait vu le passage de l'absolutisme à la démocratie constitutionnelle, *via* les concepts de pouvoir constituant, de représentation et de nation, c'est-à-dire la consécration d'un pouvoir de la bourgeoisie par-delà la souveraineté populaire<sup>1032</sup>. Cette idée s'étirole au fil de l'essor de l'État au XX<sup>ème</sup> siècle, lorsque le fondement du régime passe de Locke à Rousseau<sup>1033</sup>. Mais le retour du projet constitutionnaliste à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle serait une nouvelle limitation de l'État, cette fois-ci par un système de valeurs, qui ancrerait une idéologie particulière au sein de la garantie formellement la plus haute<sup>1034</sup>. Cette

---

<sup>1029</sup> J. ERNI, « Human rights in the neoliberal imagination. Mapping the 'new sovereignties' », *Cultural studies*, vol. 23, n° 3, 2009, p. 417-436.

<sup>1030</sup> Définissant les droits sociaux comme la participation à un État social, T.H Marshall estime ainsi que : « *A property right is not a right to possess property, but a right to acquire it, if you can, and to protect it, if you can get it. But, if you use these arguments to explain to a pauper that his property rights are the same as those of a millionaire, he will probably accuse you of quibbling. Similarly, the right to freedom of speech has little real substance if, from lack of education, you have nothing to say that is worth saying, and no means of making yourself heard if you say it. But these blatant inequalities are not due to defects in civil rights, but to lack of social rights, and social rights in the mid-nineteenth century were in the doldrums. The Poor Law was an aid, not amenace, to capitalism, because it relieved industry of all social responsibility outside the contract of employment, while sharpening the edge of competition in the labour market. Elementary schooling was also an aid, because it increased the value of the worker without educating him above his station.* », T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, *op. cit.* note 76, p. 35.

<sup>1031</sup> Il est alors intéressant que Martin Loughlin qualifie de « *constitutionnalisme aspirationnel* » (*aspirational constitutionalism*) ce moment du XX<sup>ème</sup> siècle qui marque, selon lui, le retour à l'idée de volonté générale de Rousseau, contrainte par un principe d'égalité et formalisée dans la loi ou l'acte exécutif : le terme a été utilisé, apparemment sans lien avec cette formulation, pour qualifier le constitutionnalisme transformateur contemporain, M. GARCIA VILLEGAS, « *Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina* », *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, 2012, p. 89-110, comme le prolongement explicite de l'État social, alors même que le fondement normatif et la forme que prend le pouvoir sont bien différents à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>1032</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, p. 77-86.

<sup>1033</sup> *Ibid.*, p. 95 : « *Rousseau offers an account of the principle of equal liberty from which all rights contained in the constitution must be derived, thereby transforming subjective rights into objective law.* »

<sup>1034</sup> *Ibid.*, p. 68-74.

critique de l'aspect dépolitisant rejoint alors les critiques nationalistes ou antimodernes qui voient dans les droits ou l'individualisme le rejet de la communauté politique et de la décision souveraine<sup>1035</sup>.

La critique correspond également à une position plus modérée qui cible un risque de dévitalisation à mesure que les droits sont interprétés de manière déflationniste<sup>1036</sup>. L'extension du mandat constitutionnel à une garantie sociale viendrait réduire en retour les prétentions de l'idéal constitutionnel. La difficulté d'une approche qui postule que les droits sociaux sont des idéaux moraux ou un pont entre un idéal et une réalisation renvoie à une critique célèbre de l'utopie socialiste par Karl Marx et Friedrich Engels, en tant qu'elle serait une négation des conditions réelles et historiques de l'exploitation du prolétariat<sup>1037</sup>. La critique vise surtout une telle utopie lorsqu'elle constitue une abstraction qui n'est pas reliée aux modes de production et prétendrait « créer de toute pièce » ou « poser comme idéal ou norme externe à laquelle soumettre la réalité » un socialisme<sup>1038</sup>. L'idéal externe pouvait très bien être le droit pour Marx : une visée illusoire qui détourne de la réalisation des conditions historiques à la transformation sociale<sup>1039</sup>, que l'on retrouve dans les discours qui postulent que l'idéal constitutionnel est une norme extérieure à la réalité politique ou sociale mais à laquelle il faut mesurer la réalisation de manière pragmatique. Ce pragmatisme emporte alors une redéfinition de la révolution par la transformation sociale ; et le déplacement d'un projet politique, tel qu'il pourrait être associé aux droits, vers des usages situés et locaux. Aussi les manières de sauver les droits sociaux en les associant à une participation politique et à l'expérimentalisme démocratique risquent-elles de dissocier l'action individuelle des conditions sociales tenant à la production à la propriété ou encore à l'éducation<sup>1040</sup>.

---

<sup>1035</sup> J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme*, op. cit. note 309, p. 365s, même si les auteurs maintiennent la distinction de ces critiques avec celles qui s'appuient sur la démocratie ou l'émancipation. Pour ces ambiguïtés dans le discours et les contre-discours des droits, voir *infra*, chapitres 5 et 6.

<sup>1036</sup> Par exemple, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit. note 104, p. 273 : « l'extension et l'intensification des prétentions fondées sur les droits fondamentaux, recherchées par une théorie sociale de ces droits, a pour conséquence, en même temps, une minoration de ces prétentions. (...) C'est ainsi qu'est soulevé le problème de savoir jusqu'à quel point une telle réduction, une fois admise, doit être cantonnée aux seules limites de la dimension sociale (de prestation) des droits fondamentaux ou si, aussitôt, elle atteint les droits fondamentaux dans la totalité de leur contenu. »

<sup>1037</sup> Voir H. GUEGUEN, L. JEANPIERRE, *La perspective du possible. Comment penser ce qui peut nous arriver et ce que nous pouvons faire*, La Découverte, L'horizon des possibles, 2022, p. 72-86.

<sup>1038</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>1039</sup> Mais une telle approche a pu être associée à un déterminisme de l'histoire qui n'envisage pas le changement au-delà d'un horizon historique qui n'est alors que l'inverse du modèle capitaliste. Voir notamment la critique de Roberto Unger, *infra*, chapitre 8, section 1.

<sup>1040</sup> M. FOURCADE, « The socialization of capitalism or the neoliberalization of socialism? », *Socio-Economic Review*, n° 10, 2012, p. 369-375, qui critique notamment la dévaluation de l'idéal socialiste par l'étude des utopies réelles par Erik Olin Wright, qui fait des utopies des expériences concrètes (Wikipédia, les coopératives et mutuelles, l'économie sociale et solidaire, etc.) au sein même d'un système capitaliste et de l'économie de marché. Pour Marion Fourcade, les utopies libertaires ne relèvent pas tant d'une inspiration socialiste que d'une vision néolibérale du marché et de la correction apportée par la philanthropie privée.

## 2. Les ambiguïtés des discours juridiques sur la transformation sociale

À la lumière des discussions précédentes, un hiatus apparaît dans les discours sur les droits et la transformation sociale. Deux approches de la transformation sociale coexistent souvent de manière implicite avec d'un côté l'idée de la garantie d'un niveau ou d'un seuil de biens essentiels qu'il faudrait satisfaire afin de réduire la pauvreté<sup>1041</sup>, et d'un autre côté la correction des structures socio-économiques, dans un sens égalitaire. La première approche vise à changer la réalité jusqu'à un certain seuil, au-delà duquel le droit constitutionnel n'a plus son mot à dire, dans la tradition du constitutionnalisme libéral légèrement amendé. Au-delà de ce seuil, le droit doit bien plutôt préserver la propriété et la liberté individuelle, comme l'exprime la théorie du développement « comme liberté » d'Amartya Sen, et le juge viendrait participer d'une limitation des pouvoirs exécutif et législatif. C'est la conception même de la transformation sociale qui se trouve changée, en délaissant les grands projets étatiques pour l'échelle globale d'un côté et l'individu d'un autre.

Or, les discours juridiques sur les droits sociaux n'actent pas toujours ce glissement et prennent souvent la lutte contre la pauvreté pour un projet plus ambitieux d'égalité, au risque de masquer les présupposés sur lesquels ils se fondent pour relier le droit à la réalité sociale. Bien souvent, le discours juridique mêle droits et inégalités, ou les références à Amartya Sen et à John Rawls, sans envisager les divergences profondes entre ces termes ou références<sup>1042</sup>. Ce trait est renforcé par l'effet lissant des discours de droit comparé qui répètent des formules similaires sur la transformation sociale. Ainsi de cette définition de la transformation, donnée par Siri Gloppen à partir de celle de Roberto Gargarella :

La transformation sociale peut être définie comme la modification des inégalités structurelles et des relations de pouvoir dans la société, de manière à réduire le poids des conditions qui ne peuvent les expliquer moralement, telles que le statut socio-économique/la classe, le sexe, la race, la religion ou l'orientation sexuelle. La performance des tribunaux en matière de transformation est leur contribution à la modification de ces inégalités structurelles et de ces relations de pouvoir, ou, en

---

<sup>1041</sup> Voir *supra*, section 1.

<sup>1042</sup> P. ALSTON, *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/29/31, ONU, 27 mai 2015, §48 : « *It must be accepted that extreme inequality and respect for the equal rights of all persons are incompatible. Formal recognition of the fact that there are limits of some sort to the degrees of inequality that can be reconciled with notions of equality, dignity and commitments to human rights for everyone would be an important step forward* » (citant Amartya Sen au §50 sur les droits), mais Philip Alston souligne qu'il faut distinguer les inégalités de l'accès aux biens sociaux tels que le logement ou la santé (§7, citant alors Thomas Piketty, au §10, et John Rawls au §13). Il se contente surtout d'estimer que les inégalités peuvent mener à une atteinte aux droits, puis à proposer l'adoption de droits sociaux, sans travailler plus en détail le lien entre inégalités structurelles et droits sociaux.

d'autres termes, leur capacité à servir de voix institutionnelle pour les pauvres et à contribuer à l'inclusion sociale des groupes défavorisés et marginalisés.<sup>1043</sup>

La syntaxe ramène ici les considérations socio-économiques vers la finalité de l'inclusion des plus démunis, dans un ouvrage fondateur dont le titre est évocateur : « une voie institutionnelle pour les pauvres ? ». À l'inverse, nombreuses sont les formulations des droits sociaux qui n'évoquent qu'une garantie minimale pour les plus pauvres, en opérant pourtant un lien avec l'égalité substantielle. Par exemple, pour Sandra Liebenberg,

L'engagement constitutionnel à construire une société basée sur la justice sociale implique non seulement de corriger les injustices passées, mais également une restructuration profonde des équilibres institutionnels qui génèrent diverses formes d'injustices politique, économique, sociale et culturelle.<sup>1044</sup>

Dès lors,

l'exclusion ou la faible application des droits socio-économiques peut avoir pour effet de marginaliser les intérêts des pauvres et de masquer les obstacles socio-économiques à des relations sociales plus égalitaires. En revanche, l'inclusion des droits sociaux transforme la question des besoins non satisfaits en une question de droit.<sup>1045</sup>

Ces formulations circulent en des termes similaires. Dans un ouvrage de référence sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie, Manuel José Cepeda Espinosa et David Landau écrivent que la Constitution de 1991

comprend une dimension sociale-démocrate : le passage de l'*estado de derecho* ou de la *rule of law* dans l'ancien ordre constitutionnel à l'*estado social de derecho* dans le nouveau suggère que l'État doit fournir

---

<sup>1043</sup> S. GLOPPEN, « Courts and Social Transformation : An Analytical Framework », in R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (dir.), *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor ?*, Ashgate, 2006, p. 35-60, pp. 37-38 : « *Social transformation can be defined as the altering of structured inequalities and power relations in society in ways that reduce the weight of morally irrelevant circumstances, such as socio-economics status/class, gender, race, religion or sexual orientation. Courts' transformation performance is their contribution to the altering of such structured inequalities and power relations, or in other words, whether they serve as an institutional voice for the poor and contribute to the social inclusion of disadvantaged and marginalized groups.* »

<sup>1044</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights : adjudication under a transformative constitution*, Juta, 2010, p. 27 : « *The constitutional commitment to work towards a society based on social justice implies not only the redressing of the outcomes of past injustice, a deep restructuring of the underlying institutional arrangements which generate various forms of political, economic, social and cultural injustice.* »

<sup>1045</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *op. cit.* note 304, p. 16-17 : « *the exclusion or weak enforcement of socio-economic rights can have the effect of marginalising the interests of the poor and masking the socio-economic barriers to more egalitarian social relations. By contrast, the inclusion of social rights transforms the issue of unmet needs into a question of entitlement.* »



un filet de sécurité pour protéger les plus pauvres et transformer la structure socio-économique, qui est perçue comme très inégale et avec des niveaux de pauvreté et de détresse extrêmes.<sup>1046</sup>

Ici, l'égalité est associée à l'extrême pauvreté sans que le lien ne soit évoqué autrement que par une conjonction de coordination.

Aussi, les juristes peuvent être naïfs face aux enjeux politiques de la théorie de la justice dans laquelle ils inscrivent leur interprétation des dispositions sociales. Les droits peuvent être accusés de maintenir le *statu quo* de l'ordre social, même au sein d'un discours transformateur qui postule que la Constitution vise à changer la société plutôt qu'à garantir cet ordre, puisqu'ils réduisent le projet d'une « société véritablement émancipée et égalitaire » à une question juridique purement procédurale<sup>1047</sup>. Dès lors, selon un juriste sud-africain,

si la mise en œuvre du constitutionnalisme transformateur (...) se fait principalement par le biais de l'interprétation par des avocats et des juges de différentes traditions et inclinations politiques, alors les objectifs de la transformation risquent toujours d'être sapés ou réduits à une simple valeur rhétorique. Sans la traduction des objectifs de transformation en dispositions constitutionnelles explicitement ancrées qui exigent la reconstruction, la redistribution et une participation populaire plus profondément démocratique allant au-delà de la Déclaration des droits, on peut soutenir que le constitutionnalisme transformateur a toujours eu du mal à s'ancrer, en particulier à la lumière du schéma constitutionnel global qui est un schéma démocratique libéral. (D)'un point de vue méthodologique, dans une constitution qui correspond structurellement et institutionnellement aux principes de base du constitutionnalisme démocratique libéral (malgré quelques innovations), le constitutionnalisme transformateur ne semble pouvoir être atteint, en pratique, que par une interprétation juridique et judiciaire soutenue et ciblée exigeant une conscience partagée.<sup>1048</sup>

Dès lors, le principal risque qui pèse sur le projet constitutionnel post-Apartheid est que

---

<sup>1046</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017, p. 7-8 : « includes a social-democratic dimension: the shift from the *estado de derecho* or rule of law in the old constitutional order to the *estado social de derecho* in the new one suggests that the state must provide a safety net to protect the poorest and to transform the socioeconomic structure, which it perceived as highly unequal and with distressing levels of extreme poverty. »

<sup>1047</sup> S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 482-500, spec. p. 483.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, spec. p. 492 : « if the entrenchment of transformative constitutionalism (...) is primarily through interpretation by lawyers and judges of different political persuasions and inclinations, then the goals of transformation will always be at risk of being undermined or reduced to being merely of rhetorical value. Without the translation of the goals of transformation into explicitly entrenched constitutional provisions that demand reconstruction, redistribution and more deeply democratic popular participation that go beyond the Bill of Rights, it is arguable that transformative constitutionalism was always going to struggle to entrench itself, particularly in light of the overall constitutional scheme which is a liberal democratic one. (M)ethodologically, in a constitution that structurally and institutionally accords with the basic tenets of liberal democratic constitutionalism (a few innovations notwithstanding), transformative constitutionalism would, in a practical sense, only appear to be achievable through sustained and purposeful legal and judicial interpretation demanding a shared consciousness. »

les juges puissent, selon la culture juridique dominante et/ou leur opinion politique, interpréter et mettre en œuvre la Constitution d'une manière qui subvertisse une vision progressive, politiquement et socialement égalitaire de la transformation.<sup>1049</sup>

Selon une lecture décoloniale, les élites de l'ANC ont été accusées de poursuivre les politiques de l'Apartheid, tandis que le constitutionnalisme était relu en les termes d'un constitutionnalisme libéral qui se préoccupait surtout de procédure, d'élections libres et d'interprétation des droits, qui détournait les regards d'une réelle transformation sociale<sup>1050</sup>. La critique s'appuie alors sur l'idée, popularisée par Frantz Fanon, selon laquelle l'instauration d'un État-nation après une indépendance ne fait que reproduire les institutions coloniales s'il ne part pas des besoins et des désirs concrets de la population<sup>1051</sup>. Si une telle opinion est rare dans la littérature y compris sud-africaine, elle est très répandue au sein des mouvements sociaux sud-africains lorsqu'ils sont confrontés à la possibilité du contentieux constitutionnel<sup>1052</sup>, jusqu'à évoquer un « constitutionnalisme du néo-apartheid<sup>1053</sup> ».

---

<sup>1049</sup> *Ibid.*, p. 489 : « *adjudicators may, owing to the prevailing legal culture and/or their politics, interpret and enforce the Constitution in ways that subvert the progressive and egalitarian social and political vision of transformation* ». Dès lors, selon Marius Pieterse, « *South African legal culture with its pronounced preference for 'political neutrality' in adjudication (which requires lawyers and judges to remain 'neutral' in their interpretation and application of legal texts by abstaining from interpretations or orders that have 'political' (or social and economic) significance or consequences) has rightly been accused of masking a strong preference for the political structures and rights discourses associated with classic liberalism ... and accordingly of condoning the inequalities occasioned, reinforced and sustained by the unfettered operation of classical liberal economic and social structures* », M. PIETERSE, « What do we mean when we talk about Transformative Constitutionalism ? », *op. cit.* note 8

<sup>1050</sup> S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *op. cit.* note 335. Il est intéressant que l'approche ne s'appuie pas tant sur la critique (occidentale) du néolibéralisme des droits que sur une grille de lecture décoloniale, à partir notamment de Frantz Fanon : on notera que l'auteur est l'un des rares critiques des droits qui revendique une origine ethnique noire dans le champ juridique sud-africain (mais aussi comparé) qui évoque ces sujets. Voir aussi les références africanistes, *Ibid.*, p. 495-497. Pour une position similaire, voir N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *Pretoria Student Law Review*, n° 15, 2020, p. 236-254.

<sup>1051</sup> F. FANON, *Les damnés de la terre* (1961), La Découverte/Poche, 2002, p. 197-236. Cité par S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *op. cit.* note 335, p. 491-492.

<sup>1052</sup> T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *Constitutional Court Review*, n° 1, 2008, p. 63-76, p. 72, citant un militant : « *This near spiritual, nay, pathological worship of the handwork of neo-liberals is how the masses and their struggle for full independence, self-reliance and liberation got substituted for 'the constitution'! All political power and authority somehow got squeezed into the Constitution, and what all need do is learn it, and enforce its provisions, and instantly, all will be solved. What is concealed is that the real social and economic power in this marginal act of giving themselves a liberal constitution automatically moved, and conformed, into the capitalist class. And true, to the extent reasonably possible, the people's real problems will be attended to! What is also never frequently spoken about are ... the massive racial fears of the white supremacists, who, upon being born again as capitalist class rights fighters through a liberal constitution, abandoned their 'minority racial rights', and fought to have the constitution invested with 'supreme power' over all else.* ». Voir plus largement T. MADLINGOZI, « Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive New South Africa », *Journal of Law and Society*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 77-98. T. MADLINGOZI, « How the Law Shapes and Structures Post-apartheid Social Movements: Case Study of the Khulumani Support Group », in M. DAWSON, L. SINWELL (dir.), *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012, p. 222-239.

<sup>1053</sup> T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *Stellenbosch Law Review*, vol. 28, n° 1, 2017, p. 123-147

Que le constitutionnalisme soit dit transformateur masque alors la reprise par le constitutionnalisme des traits du régime socioéconomique antérieur. Il resterait un constitutionnalisme, c'est-à-dire la mise en forme d'un système de valeurs dominant à l'égard de la politique. Dès lors, selon Martin Loughlin qui s'appuie sur les cas sud-africain et équatorien, En faisant de la Constitution le pivot de la réalisation de la révolution sociale, ces expérimentations renforcent la croyance en l'idée que la tâche pratique d'atteindre le changement relève des juristes et des juridictions.<sup>1054</sup>

Or, cette croyance constitue à la fois un angle d'attaque des discours juridiques favorable à la constitutionnalisation des droits et leur garantie par le juge en Afrique du Sud ou en Colombie et un angle mort des études critiques qui occultent certains usages des droits et du contentieux.

## B. Les limites de la critique des droits sociaux

L'association des droits sociaux à un projet politique hostile à l'égalité, tel que le postule la critique de la globalisation des droits et du constitutionnalisme, attaque de front le néolibéralisme mais manque une partie du phénomène juridique. Deux biais peuvent être distingués : l'essentialisation (1) et un biais globalisant (2).

### 1. Le risque d'essentialiser les droits et leur projet politique

Dans l'analyse de Samuel Moyn, les droits sociaux peuvent sembler figés dans une origine égalitaire et nationale – celle de l'État social – tandis que leur judiciarisation à partir des années 1970 aurait scellé un « destin inacceptable : (le fait qu'ils ont) laissé le monde plus humain mais durablement inégalitaire<sup>1055</sup> ». Une telle thèse repose largement sur une définition des droits fondamentaux comme demande individuelle<sup>1056</sup> et réduit alors les droits sociaux à leur forme contemporaine de besoins minimaux<sup>1057</sup>. Par cette double essentialisation de leur origine et de leur destinée, les droits sont alors fatalement envisagés comme les produits du néolibéralisme de

---

<sup>1054</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, op. cit. note 88, p. 171 : « By making the constitution the pivot for delivering social revolution, however, such experiments reinforce the belief that the practical task of bringing about these momentous changes must fall to lawyers and courts »

<sup>1055</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 11 : « unacceptable fate : it has left the globe more humane but enduringly unequal. »

<sup>1056</sup> *Ibid.*, p. 55 : « Social rights were so topdown in this era that many of their own sup porters worried that they still sat uncomfortably with the background value of personal autonomy that the idea of rights consecrated. »

<sup>1057</sup> Par exemple, pour rejeter une pensée des droits comme garanties juridiques dans les années 1940, « For spokesmen such as Gurvitch, social rights expressed a new mode of socialized citizenship in which a set of minimum entitlements meant far more generosity than sufficient provision for basic needs. », *Ibid.*, p. 57. Ou lorsque Moyn estime que la DUDH ne pouvait envisager une normativité aux droits sociaux, puisqu'à l'époque la distinction entre égalité et sufficiency n'était pas réfléchie, *Ibid.*, p. 57.

l'époque<sup>1058</sup>. Samuel Moyn présente néanmoins ces deux états comme une redéfinition conjoncturelle à l'occasion de la rencontre de leur justiciabilité et du contexte politico-économique des années 1970, après les étapes historiques du libéralisme politique et de l'État social<sup>1059</sup>. On ne trouve pas tant chez lui une théorie critique du droit qu'une critique des effets juridiques d'un système politique et économique, si bien que « le néolibéralisme, et non les droits humains, est la cause du néolibéralisme<sup>1060</sup> », puisque « les années 1970 ont vu deux révolutions parallèles, qui provenaient d'origines totalement distinctes mais ont fini par se croiser<sup>1061</sup> ».

Aussi pour nuancer l'analyse, il se peut bien que les acteurs du néolibéralisme, notamment dans le cadre des politiques de développement impulsées par les organisations financières internationales, n'aient adopté les droits que de manière contingente et tardive, pour la simple raison qu'ils étaient « là »<sup>1062</sup>, à la manière de la « langue » qui constitue pour Duncan Kennedy un vocabulaire et une grammaire disponibles, plus qu'une seule imposition nécessaire. L'épisode fondateur d'une telle rencontre a été l'usage des droits par les partisans progressistes du président chilien déchu Allende face à Pinochet<sup>1063</sup>, mais, l'usage des droits relevait alors principalement d'un appel aux consciences, notamment internationales, et le néolibéralisme adopté par les économistes

---

<sup>1058</sup> Pour une critique de ce type, voir E. WEITZ, « Samuel Moyn and the new history of human rights », *European Journal of Political Theory*, vol. 12, n° 1, 2013, p. 84-93. La critique s'adresse avant tout à son ouvrage de 2010. C'est un point que relèvent J. LACROIX, J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'homme*, op. cit. note 309, p. 30-31, s'appuyant sur B. ROBBINS, « Sartre, Rancière, and the cause of the other », in C. DOUZINAS, C.A. GEARTY (dir.), *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge University Press, 2014, p. 254-257. Jean-Yves Pranchère et Justine Lacroix notent alors un parallèle avec Marcel Gauchet, quand il accuse les droits contemporains d'avoir remplacé toute vision politique, voir *supra* chapitre 1, section 2, §1, A.

Samuel Moyn lui-même s'intéresse autant à Marcel Gauchet qu'à son directeur de thèse, Claude Lefort, auquel le philosophe adresse une critique dans son premier article dans *Le Débat* : l'américain y voit alors une pensée française qui, à partir du début des années 1980 (et y voyant la confirmation de son analyse historique), cherche à les replacer dans la théorie politique, Gauchet dans une critique de l'individualisme et Lefort dans une pensée du politique post-marxiste (contre les nouveaux philosophes des années 1970, enclins à ne voir dans les droits qu'une vérité interchangeable), S. MOYN, « The Politics of Individual Rights: Marcel Gauchet and Claude Lefort », in R. GEENENS, H. ROSENBLATT (dir.), *M*, Cambridge University Press, 2012, p. 291-310

<sup>1059</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 175 : « *Just as before in its modern career, the notion that individuals have basic rights was shaped by the political economy that always affects so much else in moral ideals and social relations. Human rights had been strongly linked to classical liberalism in the nineteenth century, which meant their deployment as slogans for defenders of free contracts and in violable property. In the mid twentieth century age of national welfare, human rights were recast in the spirit of egalitarian hopes within discrete and exclusionary communities. Finally, neoliberalism once again exerted a strong pressure of redefinition.* ». Aussi, *Ibid.*, p. 8 : « *Instead of global justice, market fundamentalism triumphed starting in the 1970s, alongside the new visibility of a more cosmopolitan and transnational understanding of human rights. And once again, human rights conformed to the political economy of the age, not defining it but reflecting it. (...) a neoliberal campaign against welfare at every scale made human rights its hostages. (...) human rights were extricated from their welfare state crucible and redefined* ».

<sup>1060</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 192 : « *neoliberalism, not human rights, is to blame for neoliberalism* ».

<sup>1061</sup> *Ibid.*, p. 119 : « *the 1970s saw two major parallel revolutions, which came from entirely distinct origins but which ended up intersecting* ». Même si l'auteur admet que la réalité puisse être plus complexe et rejette les « *conspiratorial accounts that view human rights as a dastardly accomplice of shifts in the global political economy (...), but the simple failures and limitations of human rights in the face of material unfairness are no less disturbing for it.* » (*Ibid.*, p. 215).

<sup>1062</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, pp. 189-192. « *Almost no one, Sen's agitation notwithstanding, made social rights immediate goals of the enterprise. Proposals to heed the importance of economic and social rights were, if noted at all, treated as interferences with the development agenda.* », *Ibid.*, p. 191).

<sup>1063</sup> Comme le fait par exemple N. KLEIN, *The shock doctrine : the rise of disaster capitalism*, Knopf Canada, 2007.

du régime, en lien étroit avec les États-Unis, ne saurait être confondu avec cet usage. C'est bien cet usage proprement politique que dénonce Samuel Moyn, et qui présente un atout majeur : distinguer la consécration formelle des droits de leur usage concret. L'analyse historique permet de dépasser l'illusion sémantique de droits qui auraient toujours voulu dire la même chose ou qu'ils auraient progressé logiquement. On pourrait dire que le mouvement dessiné ici complète l'image inverse, plus souvent admise, d'un passage de « droits moraux » à des droits juridiques positifs<sup>1064</sup> : les premiers participent à redéfinir les seconds au fil de l'évolution de l'univers mental dans lequel ils sont interprétés.

Un biais plus important peut en revanche être observé dans les charges de Martin Loughlin à l'encontre du constitutionnalisme<sup>1065</sup> ou celle de Ran Hirschl à l'encontre de la constitutionnalisation<sup>1066</sup> : tous deux voient dans le discours des droits l'inscription d'un libéralisme de marché au sein d'un système de valeurs gardé par le juge à l'abri du jeu politique et de la souveraineté populaire. Martin Loughlin semble ainsi réduire les valeurs portées par le néoconstitutionnalisme contemporain à la limitation du gouvernement envisagée par Hayek<sup>1067</sup>, par opposition à un modèle de participation politique que serait la démocratie populaire et dont la forme et la réalité historique restent floues. L'auteur admet d'ailleurs que les deux idées étaient déjà en tension aux États-Unis à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, mais il lui semble évident, en revanche, que l'idée de démocratie militante fondée sur les droits des minorités dans la théorie du droit découle logiquement de l'ordolibéralisme allemand<sup>1068</sup>. La démocratie est alors trouvée chez Carl Schmitt pour être opposée à une « juristocratie »<sup>1069</sup> associée à une « Constitution totale » marquant la victoire d'Hans Kelsen<sup>1070</sup>. Or le discours contemporain des droits ne correspond pas plus à celui de la souveraineté populaire d'un régime légicentriste ou d'un exécutif décisionniste qu'au contrôle procédural de la validité des normes dans l'État de droit envisagé par Kelsen, deux modèles qui ont pu être associés à l'État social de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle à la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Si la critique a une certaine force en ce qu'elle attire l'attention sur le sens du transfert de questions axiologiques au juge constitutionnel, c'est un processus plus complexe de politisation du droit et de judiciarisation du politique qui ne peut simplement être assimilé à une « dévitalisation » du politique<sup>1071</sup>. Il ne peut

---

<sup>1064</sup> A. SEN, « Elements of a Theory of Human Rights », *op. cit.* note 169.

<sup>1065</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, voir *supra*, section 1, §2, A.

<sup>1066</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>1067</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, p. 68 et 185-186.

<sup>1068</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>1069</sup> *Ibid.*, p. 124-135.

<sup>1070</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>1071</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, p. 168 : « *the political struggle is often long, intense, incremental, and the product of accommodation and compromise, but its consequences have at least been thrashed out in accountable institutions. By signaling that the people should turn to the forum of principle to deliver social change, aspirational constitutionalism carries the danger of draining the lifeblood from democracy, not just as a system of collective decision-making but, perhaps more importantly, as a way of life* ».

s'agir en revanche, et les analyses de Martin Loughlin et de Ran Hirschl sont cruciales à cet égard, de la prétention universelle que les discours enthousiastes donnent à l'idée d'un progrès démocratique et, plus particulièrement à propos de la jurisprudence de cours du Sud, d'un progrès social.

Le principal problème de ces analyses critiques est qu'elles peuvent supposer l'existence d'un néolibéralisme monolithique, en simplifiant en retour un collectivisme antérieur et nationalo-centré<sup>1072</sup>. Or, le libéralisme individualiste qui est reproché aux théories contemporaines de la justice et des droits est peut-être la fermeture d'une parenthèse de « désindividualisation » qui n'aura duré qu'un siècle et culminé avec l'État social, même si ce retour, pour Pierre Rosanvallon, n'est pas du pareil au même : l'individualisme contemporain ne serait plus « l'individualisme d'universalité » largement formel et élitiste du XIX<sup>ème</sup> siècle, mais plutôt un « individualisme de solidarité », appuyé sur les relations entre les personnes<sup>1073</sup>. On peut sans tout à fait adhérer à cette lecture postuler que plusieurs approches de l'individu existent à l'époque contemporaine qui ne se dissolvent pas nécessairement dans les conceptions libertariennes de la justice<sup>1074</sup>, et l'on remarque que Samuel Moyn n'évoque pas le concept d'autonomie dans son ouvrage de 2018<sup>1075</sup>. À l'inverse, le libéralisme issu des Révolutions française et américaine n'était d'ailleurs pas exclusivement individualiste mais envisageait bien l'égalité, qu'elle définissait par la citoyenneté, comme on l'a vu, *a fortiori* dans les premières idées du socialisme et du communisme qui émergent au XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>1076</sup>. Ainsi il est fréquent pour ces critiques de s'appuyer sur celle de Karl Marx pour valoriser une autre forme de bien social et collectif, qui dépasserait l'individualisme supposé des droits, alors qu'il a pu être noté que le « jeune Karl Marx » concentrait ses attaques sur le système juridique inégalitaire de la société bourgeoise, incarné par les droits de 1789, mais pas nécessairement l'idée même de droits<sup>1077</sup>. Sa critique des droits de l'homme se fait d'ailleurs au nom de leur contradiction avec les droits du

---

<sup>1072</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 20. Pour la défense d'une complication réformiste contre les discours radicaux à l'égard du capitalisme moderne, voir P. ROSANVALLON, *Notre histoire intellectuelle et politique. 1968-2018*, Seuil, 2018.

<sup>1073</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 259, 287 et 303-311. Pierre Rosanvallon critique alors les théories de l'égalité des chances de John Rawls, de Ronald Dworkin et d'Amartya Sen, en ce qu'elles inscriraient l'individu dans une compétition, *Ibid.*, p. 313-339. Toutefois, on notera que sa conception de l'« égalité-relation » plus ambitieuse, faite de « singularité, de réciprocité et de communalité », s'appuie en réalité sur des concepts comme celui de capabilités, *Ibid.*, p. 266.

<sup>1074</sup> Par exemple, contre Rawls et Sen, Gerald Cohen a lui-même privilégié une approche plus exigeante de l'égalité qui part de la conception du soi, G.A. COHEN, *If You're an Egalitarian, How Come You're so Rich?*, *op. cit.* note 163. G.A. COHEN, *Rescuing Justice and Equality*, *op. cit.* note 163. Pour une discussion de visions plus exigeantes, en relation avec la titularité des droits, voir *infra*, chapitre 4.

<sup>1075</sup> Pour une analyse du rapport des droits à l'individu dans la pensée néolibérale, en lien avec le concept d'autonomie, voir *infra*, chapitre 4, section 1, §1.

<sup>1076</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 48-89.

<sup>1077</sup> S. ROZA, « Comment peut-on (encore) être progressiste ? », *Esprit*, n° 493-494, 2023, p. 45-55. D. LEOPOLD, *The Young Karl Marx. German Philosophy, Modern Politics, and Human Flourishing*, Cambridge University Press, 2019.

citoyen, comme Hannah Arendt plus tard<sup>1078</sup>, qui seuls permettraient la lutte politique. Marx n'est pas hostile aux droits ou au droit mais à ceux d'une société bourgeoise qui protègent la propriété privée, le droit n'étant que le droit d'une société particulière ; Marx lui-même se prévaut d'une conception plus exigeante de l'émancipation que l'individualisme bourgeois<sup>1079</sup>. Ce n'est pas tant l'individu qui est visé qu'une forme pauvre de l'autonomie, où le sujet est réduit à réclamer un dû plutôt qu'agir<sup>1080</sup>. On peut étendre cette critique à celle qui réduit les droits sociaux à des valeurs évaluées, au sens d'Amartya Sen, selon une logique utilitariste à peine corrigée par une considération des capacités du point de vue de la dignité humaine ; il s'agit, plutôt que d'une vision de l'ordre social, d'une évaluation participant d'un prix donné à l'amélioration graduelle du bien-être social. D'où un paradoxe : le recours aux droits a pu être utilisé d'une manière à contrer certains effets des politiques néolibérales<sup>1081</sup>, à une échelle certes modeste, mais dont aucun élément déterminant ne permet de dire qu'elle est vaine.

## 2. Le biais global et les droits positifs

Un autre biais propre à certains discours critiques tient à leur difficulté à concevoir l'intégration des droits dans les systèmes juridiques. Samuel Moyn analyse ainsi comment le devenir des droits dans une perspective globale leur a fait perdre en ambition, globalisant ainsi des attentes minimales<sup>1082</sup>. Une telle lecture, à l'instar de celles de Martin Loughlin et Ran Hirschl, s'appuie sur la diffusion de la pensée constitutionnaliste nord-américaine, associée à la mondialisation économique et à l'insertion des États dans la coopération internationale, devenant au fil de la

---

<sup>1078</sup> Pour elle en effet, les droits de l'homme sont trompeurs dans leur prétention apparente à l'universalisme et s'acquièrent, en réalité, par l'appartenance à une communauté dont on reconnaît des droits positifs aux membres : prime alors ce qu'elle appelle le droit d'avoir des droits, H. ARENDT, *Il n'y a qu'un seul droit de l'homme*, Payot, 2021, trad. E. Alloa. S. DEGOOYER et al., *The Right to Have Rights*, Verso, 2018.

<sup>1079</sup> R. BLACKBURN, « Reclaiming human rights », *New Left Review*, n° 69, 2011, p. 126-138, spec. p. 137, notant que Marx inclut même des « droits et devoirs égaux » dans les statuts de l'Association internationale des travailleurs de 1864. L'auteur apporte cette nuance dans une recension de *Not enough* de Samuel Moyn, qu'il accuse d'essentialiser les droits à la manière des critiques marxistes. À l'inverse, pour une réduction de Marx à une « désindividualisation », comme « pathologie » de l'égalitarisme qui nie la personne, voir P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 174-176. Le Marx émancipateur et individualiste apparaît notamment dans son introduction au *Capital*, qui paraît néanmoins après celui-ci, traditionnellement appelé *Grundrisse*, *Ibid.*

<sup>1080</sup> W. BROWN, *States of injury. Power and Freedom in late modernity*, Princeton University Press, 1995

<sup>1081</sup> Comme l'admet Mark Tushnet, s'il y a un lien possible entre le constitutionnalisme « global » et le néolibéralisme, le constitutionnalisme peut également s'y opposer, selon le sens donné aux droits : « *Global constitutionalism requires protection of property rights, but in the nature of the project it cannot specify those rights in much detail. That has given constitutional courts opportunities to obstruct or at least slow down the implementation of some aspects of neo-liberal economic policies.* » (M. TUSHNET, « The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project », *op. cit.* note 292, p. 39).

<sup>1082</sup> S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 6 : « *Human rights have become our language for indicating that our cosmopolitan aspirations are strong, not stopping at the borders of our particular nation. They have been a banner for campaigns against discriminatory treatment on the basis of gender, race, and sexual orientation. But they have also become our language for indicating that it is enough, at least to start, for our solidarity with our fellow human beings to remain weak and cheap. To a startling extent, human rights have become prisoners of the contemporary age of inequality.* » À l'inverse, « *Social rights were not a creature of national welfare, but a justification for international remedies for the worst indigence* », *Ibid.*, p. 164.

circulation un ensemble de principes abstraits relatifs à la limitation de la puissance publique<sup>1083</sup>. Or des différences notables existent dans la structure et le rôle de l'État en Afrique du Sud et en Colombie par rapport à des contextes européens ou nord-américains, qui font que la grille de lecture critique ne peut être appliquée de la même manière.

L'origine globale des droits sociaux ne fait pas de doutes en Afrique du Sud : le Technical committee créé pour assister l'assemblée constituante dans la rédaction de la déclaration des droits de 1993 à 1996 a réalisé des études de droit comparé et s'est délibérément inspiré du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels pour formuler les articles 26 et 27<sup>1084</sup>. Cet emprunt vise explicitement à accorder le travail ultérieur du juge aux textes internationaux censés guider l'interprétation des droits constitutionnels<sup>1085</sup>, comme l'y appelle l'article 232 du texte de 1996. En Colombie, les délégués à la constituante de 1990 consultent ainsi des experts latino-américains mais aussi européens ; Amnesty International et Human rights watch interviennent devant la constituante ; les Nations-Unies financent en partie le processus et fournissent à la présidence une aide technique pour l'élaboration de la proposition initiale de texte constitutionnel<sup>1086</sup>. Le Président Gaviria, dans son discours à l'Assemblée constituante le 4 juillet 1991, présente bien ce qu'il considère comme une exigence :

Nous avons déjà surmonté de nombreux obstacles et laissé derrière nous des blocages anciens. Les barrières qui s'étaient dressées sur le chemin de la transformation se sont effondrées... Mais en révisant la Constitution, il est nécessaire de garder à l'esprit l'horizon du XXI<sup>ème</sup> siècle. La Colombie a besoin d'une Constitution pour assumer un rôle de premier plan dans le nouvel ordre international qui est en train d'émerger ; pour la nouvelle ère des révolutions technologiques qui se produisent à

---

<sup>1083</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, *op. cit.* note 88, spec. p. 171-190. Sur l'importance de la théorie critique nord-américaine dans l'élaboration du constitutionnalisme transformateur, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>1084</sup> Il en reprend notamment l'idée de prendre des « *reasonable legislative and other measures within available resources* » et la « *progressive realisation* » des droits. C'est ce qu'explique Sandra Liebenberg qui était membre du comité avec trois autres professeurs de droit, John Dugard, Ignatius Rautenbach et Halton Cheadle, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 332, p. 16-19.

<sup>1085</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1086</sup> D.T. FOX, G. GALLÓN-GIRALDO, A. STETSON, « Lessons of the Colombian constitutional reform of 1991: toward the securing of peace and reconciliation ? », in L.E. MILLER (dir.), *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, Washington D.C, USIP, 2010, p. 467-482, spec. p. 476-477. C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, *op. cit.* note 200, p. 53.



une vitesse étonnante ; pour une économie qui s'ouvre à un paysage mondial de plus en plus interdépendant<sup>1087</sup>

L'ouverture dont il s'agit, qui lie le marché aux droits, renforce la lecture critique et ramène les projets constitutionnalistes au libéralisme le plus classique<sup>1088</sup>. De même, les politiques néolibérales de renforcement du marché avec un État cantonné à la facilitation des activités économiques, en Afrique du Sud comme en Colombie, semble corroborer la pente à laquelle ont contribué les théories de la justice, centrées sur les besoins minimaux<sup>1089</sup>.

Mais une telle origine ne contient pas les usages des droits ni les représentations des acteurs, et correspond au biais vu plus haut d'une essentialisation des objets juridiques dans des espaces fixés. Samuel Moyn ne considère par exemple la constitutionnalisation que lors de son arrivée nominale c'est-à-dire lorsque des droits sociaux ont été formellement inscrits dans les textes, principalement donc à l'âge d'une citoyenneté sociale inscrite dans l'État national avant l'usage de ces droits en tant que garanties juridiques opposables<sup>1090</sup>. Son analyse ne permet alors pas d'analyser les pays dans lesquels les droits sont survenus dans leur forme contemporaine dans des États qui n'avaient connus que des États sociaux très formels et inégalitaires, comme en Colombie et en Afrique du Sud. Albie Sachs, qui fut membre de la Cour constitutionnelle mais également militant et proche des dirigeants de l'ANC, a plaidé avec succès pour un modèle de justiciabilité directe des droits sociaux associée à un effet horizontal dans la Constitution, d'une part en réponse à un groupe d'étudiants de l'université de Durban qui se nommait « Anti-Bill of Rights Committee » à l'inspiration d'une critique des droits marxiste, venus à lui lorsqu'il était au Mozambique, d'autre part contre le modèle étatsunien<sup>1091</sup>. Bien sûr, rien ne préjuge alors de la position adoptée ensuite par la Cour constitutionnelle<sup>1092</sup>. En Colombie, les inspirations nord-américaine et européenne, aussi

---

<sup>1087</sup> C. GAVIRIA TRUJILLO, « Discurso del señor Presidente de la República, César Gaviria Trujillo en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente », in A. HOLGUIN SARRIA (dir.), *El debate general en la Asamblea Nacional Constituyente*, Contraloría General de la República, 1991, p. 114-136, spec. p. 115 : « *Ha sido largo el camino. Pero ya hemos superado numerosos y difíciles obstáculos y hemos dejado atrás repetidas frustraciones. Se han derrumbado las talanqueras que se le habían atravesado a la transformación... Pero al reformar la Constitución es preciso tener presente el horizonte del siglo XXI. Colombia necesita una Constitución para asumir un papel preponderante en el nuevo orden internacional que se está gestando; para la nueva era de las revoluciones tecnológicas que se suceden con pasmosa rapidez; para una economía que se está abriendo a un escenario mundial cada vez más interdependiente.* »

<sup>1088</sup> Voir *infra*, section 2, §1.

<sup>1089</sup> Voir *supra*, section 1, §2.

<sup>1090</sup> Voir S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 41.

<sup>1091</sup> D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. 9-47, p. 27-28, et Albie Sachs en a fait un article célèbre, A. SACHS, « Towards a Bill of Rights for a Democratic South Africa », *South African Journal on Human Rights*, vol. 6, n° 1, 1990, p. 1-24, dans lequel il évoque la position de l'Anti Bill of rights committee en ces termes : « *A Bill of Rights is a reactionary device designed to preserve the interests of the whites and to prevent any effective re-distribution of wealth and power in South Africa.* » (*Ibid.*, p. 4).

<sup>1092</sup> Drucilla Cornell présente la position d'Albie Sachs comme un changement de « narration » par rapport au droit constitutionnel américain, D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », *op. cit.* note 379, p. 30.

bien dans l'histoire que la doctrine, ont permis aux constituants de présenter la création d'une Cour constitutionnelle spécialisée comme un progrès démocratique<sup>1093</sup>, sans que l'on trouve d'anticipation d'un activisme particulier, ni d'une tension dans la mise en œuvre d'une transformation sociale par le droit alors que celle-ci n'était pas centrale dans les inspirations du Nord.

Ce n'est alors pas tant l'essentialisation que l'on peut reprocher à Samuel Moyn qu'une confusion, souvent retrouvée, sur le sens du terme « droits sociaux ». L'auteur américain cible surtout leur existence politique ou morale, telle qu'elle a été mobilisée à partir des années 1970 par les ONG en Amérique latine puis ailleurs, mais inclut dans son analyse les droits sociaux en tant que droits fondamentaux. L'après que Samuel Moyn étudie est principalement rattaché à la globalisation et au droit international, comme si, entretemps, rien n'avait été fait des droits qui avaient été inscrits nationalement lorsque les droits sont devenus, un peu partout, les droits fondamentaux que l'on connaît ; comme si ces droits étaient passés au global, délaissant totalement leurs origines nationales, et en étaient revenus dénudés. Ce retour n'est pas présenté autrement qu'à la manière d'une voie à sens unique. L'auteur aborde bien la jurisprudence des années 1990, avec pour principal exemple l'Afrique du Sud, ainsi que les débats internationalistes et comparatistes sur les droits sociaux comme garanties minimales, qu'il conçoit comme une énième redéfinition déflationniste<sup>1094</sup>, mais il n'y voit qu'un épiphénomène déconnecté de toute visée redistributive. La judiciarisation des droits sociaux dans les années 1990, dans le cadre constitutionnel national, serait alors arrivée trop tard, loin du contexte de leurs premières inscriptions à l'après-guerre et après une indépassable dévitalisation au niveau global<sup>1095</sup>. Pour lui, dans ce nouveau contexte, l'idée associée aux droits n'est plus une redistribution mais la protection des droits des minorités contre les majorités, notamment dans le contexte sud-africain<sup>1096</sup>.

Les travaux de Samuel Moyn, Martin Loughlin et Ran Hirschl adoptent ainsi une optique comparative assez générale et descendent rarement au niveau national. Leurs propositions pèchent par excès de globalisation lorsqu'elles postulent un espace global inaccessible, situé hors de l'histoire

---

<sup>1093</sup> Voir supra, chapitre 2, section 2.

<sup>1094</sup> Ainsi la notion de *minimum core* serait « *a minimum within a minimum. The whole right might take a long time to fulfill, but the minimum core allowed and cried out for judicial enforcement now* », S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, p. 200.

<sup>1095</sup> *Ibid.*, p. 196 : « *the law could not suggest much more than demands, within rich states, to keep neoliberal austerity at bay and, within poor states, to adjust inadequate budgets to roll back a bit of misery. With the bid to institutionalize an international law of global equality dead practically on arrival in the 1970s, in the neoliberal age, international law furnished no redistributive tools among states, and few activists or governments tried to build them. Whatever the globalization of charity in the age of neoliberalism and human rights, there was never any globalization of social justice, even for the sake of basic rights of subsistence.* ». Ainsi, « *To the extent that social rights were made legal demands in national settings, activists mainly sought judicial enforcement of social rights in court, a starcrossed endeavor that garnered massive attention but rarely paid off. But finally and most of important of all, human rights had no commitment on their own to material equality, and they coexisted with a new political economy of hierarchy that they did not disturb.* », *Ibid.*, pp. 192-193.

<sup>1096</sup> S. MOYN, *Not enough*, op. cit. note 15, pp. 198-199.

et des rapports de force<sup>1097</sup>, reprenant alors en miroir inversé les discours du constitutionnalisme global. On ne peut s'empêcher de voir apparaître dans certaines critiques l'espace juridique global qu'envisageait Hayek au fondement même du système économique libéré de l'État qu'il appelait de ses vœux : les frontières nationales lui apparaissaient les causes des guerres et de la misère<sup>1098</sup>. Martin Loughlin balaye ainsi le constitutionnalisme transformateur du Sud comme l'illusion d'un changement social importée du Nord<sup>1099</sup>. De même, Ran Hirschl, qui revendique d'ailleurs une méthode inductive par la sélection d'exemples extrêmes<sup>1100</sup> à l'encontre de l'idée doxique d'une origine démocratique à la constitutionnalisation, rapproche l'Afrique du Sud d'Israël, du Royaume-Uni et du Canada, qui ne sont effectivement pas connus pour une approche sociale de leur constitutionnalisme, alors même que la situation sud-africaine vis-à-vis de la démocratie est bien différente des autres pays étudiés<sup>1101</sup> et tout en rejetant rapidement l'importance des droits sociaux dans le constitutionnalisme sud-africain<sup>1102</sup>. L'approche de Ran Hirschl occulte alors les usages contre-majoritaires des droits, alors même qu'elle vise à montrer qu'ils servent les intérêts d'une minorité, parce qu'elle n'intègre pas le paradoxe qui caractérise des pays comme l'Afrique du Sud et la Colombie du fait de la dissociation entre les forces en présence lors du moment constituant et les forces au gouvernement avant et après le moment constituant. L'auteur admet lui-même que le nouveau pouvoir sud-africain est néolibéral<sup>1103</sup>, et non la seule constitutionnalisation. Dit autrement, Ran Hirschl ne semble observer que les intérêts de l'élite qui est au pouvoir avant la

---

<sup>1097</sup> Ce que Jean-Louis Halpérin a qualifié, pour en rejeter la réalité, « *d'une rupture post-moderne, qui aurait au cours de ces dernières années relégué aux oubliettes de l'histoire les droits étatiques au profit d'un pluralisme triomphant et d'un droit global sans lien avec l'histoire* », J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit. note 85, p. 26. Voir *supra*, introduction générale, section 1, §1. Il y a aussi chez Samuel Moyn un argument de nature plus sociologique, qui cible une élite transnationale détachée des populations nationales. Pour l'étude de cet argument ramené au droit dans les contextes colombien et sud-africain, voir *infra*, chapitres 5 et 8.

<sup>1098</sup> F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948, p. 255-272. Martin Loughlin se concentre ainsi sur le cosmopolitisme de Hayek en contre-modèle de la démocratie constitutionnelle qu'il associe à Schmitt, M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, op. cit. note 88, p. 183-186.

<sup>1099</sup> M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, op. cit. note 88, p. 171-172. L'auteur évoque pour seule décision sud-africaine celle de la certification en plaçant la Cour constitutionnelle dans le sillage d'un constitutionnalisme total où le juge déciderait de toutes les questions politiques et sociales, *Ibid.*, p. 134-135.

<sup>1100</sup> R. HIRSCHL, *Comparative Matters : The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University press, 2014, p. 264-266.

<sup>1101</sup> On a vu au chapitre premier qu'une telle thèse devait être mêlée à la thèse démocratique. Ran Hirschl note bien que l'Afrique du Sud est une exception dans laquelle « *the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review are the by-products of a transition from a quasi-democratic or authoritarian regime to democracy* » (R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy : The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004, p. 7-8), tout en l'incluant néanmoins.

<sup>1102</sup> Ran Hirschl exclut sciemment les droits sociaux de son analyse, en arguant du fait que la Cour constitutionnelle n'en aurait pas fait grand-chose, *Ibid.*, p. 132-133. Ce faisant, l'auteur s'empêche de voir un élément qui pourrait contredire son hypothèse, d'autant plus qu'il écrit, en 2004, à peine huit ans après la mise en œuvre de la Constitution de 1996.

<sup>1103</sup> *Ibid.*, p. 96.

transition et qui le cède, mais s'intéresse peu aux intérêts contraires qui donnent lieu au compromis, y compris au sein de l'ANC<sup>1104</sup>.

Le risque pour ces discours critiques est alors de lire le constitutionnalisme du Sud avec les limites du Nord sans envisager la complexité des sociétés concernées, et à cet égard il est intéressant de noter que l'étude de l'auteur canadien, déjà restreinte à quatre pays, est souvent utilisée pour qualifier un lien plus essentiel entre droits sociaux et projet néolibéral<sup>1105</sup>. Non seulement ce discours critique provient largement d'Amérique du Nord, emportant avec lui des conflits propres à cet espace<sup>1106</sup>, mais il vise en réalité bien souvent certains usages politiques des droits civils et politiques qui visent à légitimer les régimes qui mènent par ailleurs une politique inégalitaire, ce que l'on retrouve aussi bien en Afrique du Sud qu'en Colombie<sup>1107</sup>. L'usage des droits n'est pas uniquement le fruit d'une globalisation décontextualisée mais un jeu d'intérêts nationaux, visant par exemple dans l'Amérique latine des années 1980 la contestation du pouvoir conservateur ou militaire par les élites de gauche, qui vont chercher des ressources dans le droit et l'appui de la communauté internationale, et à l'inverse, parmi les élites juridiques américaines les plus progressistes, elles-mêmes minoritaires, l'exportation d'une expertise et d'une vision du monde dans les cercles internationaux<sup>1108</sup>.

La critique de la globalisation de la justice sociale permet en revanche de prendre garde aux redéfinitions substantielles des droits au passage de l'espace global, y compris dans leur retour et leurs usages nationaux, à l'instar de l'idée de minimum dont Samuel Moyn a montré qu'il était le fruit d'une réduction de l'espérance des discours humanitaires et internationaux, les frontières nationales restant le principal horizon d'un projet social<sup>1109</sup>. Tout en rappelant, sans proposer de solution au paradoxe, que l'idéal égalitaire inscrit dans l'État-nation a souvent été synonyme de totalitarisme ou d'exclusions<sup>1110</sup>, ce que Pierre Rosanvallon a qualifié de « pathologie de l'égalité » :

---

<sup>1104</sup> J. FOWKES, *Building the constitution*, *op. cit.* note 194, p. 115.

<sup>1105</sup> On retrouve étonnamment un même biais chez Duncan Kennedy lorsqu'il voit dans les travaux de Ran Hirschl la meilleure explication à la diffusion du constitutionnalisme des droits à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, refusant peut-être de voir la variance du Sud dans les échanges globaux (et pourtant Nord-Sud) qu'il cherche à analyser, D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 22, spec. p. 70.

<sup>1106</sup> À l'inverse, les auteurs étatsuniens plus favorables aux droits sociaux – Karl Klare, Frank Michelman, Cass Sunstein – sont venus participer de l'élaboration de la grille d'analyse de ceux-ci en Colombie et en Afrique du Sud, participant de la diffusion de la culture juridique nord-américaine, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>1107</sup> Sur cet usage instrumental par le pouvoir politique, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1108</sup> Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique Latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Paris, Seuil, 2002, trad. L. Devillairs, S. Dezalay, p. 71-111.

<sup>1109</sup> S. MOYN, *Not enough*, *op. cit.* note 15, p. 195 : « *there was no way success fully to argue for distributive obligation except within each state's borders* ».

<sup>1110</sup> *Ibid.*, p. 218-219, voir aussi pp. 34-40 sur le nazisme et les dictatures welfaristes, pp. 14-15 sur les discriminations envers les femmes et envers les peuples colonisés de l'Etat social du XX<sup>ème</sup> siècle, qui n'ont pas vraiment bénéficié de l'horizon égalitaire qui lui est associé. Sur les inégalités de genre dans le welfarisme, voir par exemple N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, *op. cit.* note 316, p. 41-62.

ce social qui a mené aux projets impériaux, basés sur une communauté exclusive sur le plan ethnique<sup>1111</sup>. Comme l'exprimait déjà T.H Marshall, qui voyait les droits sociaux du milieu du XX<sup>ème</sup> siècle comme une nouvelle forme d'appartenance nationale, ceux-ci sont toujours limités par le fait que « la citoyenneté fonctionne comme un instrument de stratification sociale<sup>1112</sup> ». Le risque d'une analyse comme celle de Samuel Moyn est que le constat d'un manque d'ambition des droits sociaux au niveau global ne doit pas signer l'échec de toute vision sociale par un retour performatif, en déplorant notamment que les droits sociaux qui restent dans l'escarcelle nationale de chaque système juridique ne peuvent rien faire... puisque les inégalités sont globales. L'attente démesurée qui est placée sur les droits sociaux rend leur mise en œuvre forcément décevante, à l'instar des positions constitutionnalistes qui en élevant la norme à un idéal vis-à-vis d'une réalité déçue, préemptent des usages plus effectifs des droits<sup>1113</sup>.

Une spécificité propre aux pays de l'étude apparaît alors, aussi bien vis-à-vis de pays du Nord que d'autres pays du Sud : les États colombien et sud-africain sont des constructions anciennes et solides, avec des systèmes juridiques, législatifs et administratifs sophistiqués ; si le social y était contenu à une vision formelle ou ségrégative de la citoyenneté<sup>1114</sup>, la transformation discutée dans de nouveaux régimes constitutionnels se situe alors entre cette tradition d'État et la construction d'un système social qui ne lui avait jamais été associé auparavant, contrairement notamment aux États du Nord associés au modèle de l'État social puis transformés par le néolibéralisme. Ce dernier est alors intervenu en Colombie et en Afrique du Sud en se mêlant à une construction en cours plutôt qu'en menaçant un acquis ; il a rencontré une dynamique d'encadrement de l'État associé jusqu'alors non à la protection sociale, mais à l'autoritarisme, d'où le fait que la transition constitutionnelle dans les deux pays n'a pas seulement consisté à promouvoir des droits substantiels, mais aussi à rationaliser les procédures politiques et à décentraliser le régime par une régionalisation ou une provincialisation accrue<sup>1115</sup>. C'est pourquoi du point de vue des droits et de la jurisprudence, le regard doit être déplacé de la seule incidence sur les structures sociales vers l'accompagnement et la conception ou le *design* des processus politiques<sup>1116</sup>.

---

<sup>1111</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.* note 6, p. 107-225.

<sup>1112</sup> T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, *op. cit.* note 76, p. 67 : « *citizenship operates as an instrument of social stratification* ». En effet, « *Social rights in their modern form imply an invasion of contract by status, the subordination of market price to social justice, the replacement of the free bargain by the declaration of rights. But are these principles quite foreign to the practice of the market to-day, or are they there already, entrenched within the contract system itself? I think it is dear that they are.* » (*Ibid.*, p. 68).

<sup>1113</sup> Voir *infra*, section 2, §2, B.

<sup>1114</sup> Voir *supra*, section 1.

<sup>1115</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>1116</sup> Voir *infra*, chapitres 7 et 8.



### CONCLUSION DU CHAPITRE 3

La grille de lecture générationnelle qui a servi à refuser aux droits sociaux la justiciabilité<sup>1117</sup> ne permet pas de comprendre la nature et les fonctions des droits fondamentaux. Cette lecture linéaire en croise une autre qui présente l'établissement progressif des droits sociaux à la suite de l'État social et reste enfermée dans une circularité bien connue de la science du droit, en postulant l'existence d'une norme idéale qui serait constamment déçue par la réalité. Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur est mal compris lorsqu'il est présenté comme une aspiration plus ou moins réalisée, ou un pont selon la métaphore usitée en Afrique du Sud, entre la réalité sociale et un idéal constitutionnel. Pire, il risque alors d'intégrer à un raisonnement qui se dit juridique une limitation toute politique de l'idéal constitutionnel.

La question de fond posée aux juges par les droits sociaux dépend en effet de valeurs qui ne sont pas propres à la seule interprétation d'un texte ou d'un mandat confié par le constituant, c'est-à-dire d'une norme distincte de sa réalisation. Ces valeurs répondent à des contextes qui sont lus à l'aune d'appareils théoriques qu'il faut situer. Conçus comme des droits subjectifs - qu'il faut distinguer du caractère individuel de leur réclamation et de leur opposabilité<sup>1118</sup> - les droits sociaux ont été interprétés par les cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie, en lien avec les discussions des juristes des années 1990 et 2000 sur la pauvreté, la misère et la dignité humaine. Alors que les théoriciens de la justice élaboraient le concept de besoin de base, notamment Amartya Sen, les droits sociaux ont été redéfinis de manière minimaliste, par exemple par David Bilchitz dans le contexte sud-africain et avec une certaine influence dans l'espace comparatiste.

Les discours des juristes relatifs à la transformation sociale recouvrent et inscrivent dans le marbre du constitutionnalisme deux conceptions, l'une minimaliste ou charitable, l'autre structurelle ou égalitaire. Lorsqu'ils sont définis de manière générique comme les vecteurs d'une transformation sociale mal définie, les droits sociaux semblent alors s'opposer à un modèle politico-économique contraire à leur finalité, ce qui explique la popularité des thèses constitutionnalistes à leur égard : la garantie des droits par le juge entrerait en contradiction avec les politiques économiques et sociales menées par les pouvoirs publics. Dès lors, les juges colombien et sud-africain n'auraient eu d'autre choix que d'être activistes afin de respecter le mandat qui leur a été confié par le constituant, puisqu'il se serait agi d'opposer les droits constitutionnels à des structures sociales inégalitaires. De la même manière qu'une thèse démocratique qui voit dans la justice constitutionnelle un progrès doit être complexifiée à l'aune des intérêts en jeu lors de la constitutionnalisation, les droits sociaux

---

<sup>1117</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>1118</sup> Sur ces deux aspects, voir *infra*, chapitres 6 et 8.

constitutionnels ne peuvent être simplement associés à une idéologie sociale et politique donnée, et encore moins celle qui aurait dominé la mise en œuvre de l'État social à l'après-guerre en Europe, avec la rationalisation qu'a réalisée ensuite John Rawls, pourtant encore largement invoqué dans les discours juridiques.

Une lecture qui fait du constitutionnalisme une mise en forme du néolibéralisme est alors séduisante. Les droits sociaux ont alors inmanquablement un goût de « pas assez<sup>1119</sup> » : le discours des juges et juristes proclamerait l'avènement d'une société nouvelle sur la voie de la transformation quand bien même les divisions sociales continueraient de s'accroître, comme cela a été le cas en Afrique du Sud et en Colombie. Plus encore, dans les deux pays, après la transition vers un nouveau régime constitutionnel, les gouvernements ont été plutôt enclins à favoriser l'ouverture aux marchés internationaux et la consolidation de la propriété privée. Dans la continuité de la critique marxiste des droits, une telle approche montre que le droit est soit impuissant des rapports socioéconomiques, soit les masque en se focalisant sur des problèmes individuels. Cette critique ne doit cependant pas être une grille d'analyse rigide qui empêcherait de comprendre une réalité juridique contrastée, en particulier en tant que phénomène national, alors que l'approche critique du lien entre droits et néolibéralisme repose sur un constat global.

Or, le constitutionnalisme nouveau et transformateur en Colombie et en Afrique du Sud répond à un contexte particulier. Des États anciens et bien installés, comparativement à d'autres contextes du Sud, ont été soumis à partir des années 1990 à une dynamique de construction d'une protection sociale qui n'avait pas été auparavant associée à l'État, contrairement aux contextes du Nord où l'État social. C'est cette dynamique de décrochage-raccrochage qui constitue le contexte de la transformation sociale par le droit constitutionnel, c'est-à-dire par l'attribution de droits, et qui permet de comprendre la manière dont les cours constitutionnelles ont construit la norme constitutionnelle au confluent de demandes politiques nouvelles. Cette construction s'insère dans les enjeux idéologiques de son temps et de son espace et fait des juridictions non une complice ou un agent révolutionnaire, mais un lieu de fabrication des discours et contre-discours sur la société. Deux questions apparaissent alors. Quelle vision sociale les discours constitutionnels incorporent-ils ? Pourquoi s'opposent sous le même vocabulaire des positions qui évoquent une transformation sociale et d'autres qui évoquent au contraire un *statu quo* ?

---

<sup>1119</sup> S. MOYN, *The last utopia*, *op. cit.* note 41



## CHAPITRE 4 : LA RECHERCHE D'UN CONCEPT RELATIONNEL DE DROITS SOCIAUX

Une fois contextualisé à l'époque de la redéfinition minimaliste des besoins sociaux, le constitutionnalisme transformateur peut apparaître comme un projet bien peu transformateur, et de fait la transformation sociale ne semble pas avoir eu lieu<sup>1120</sup>. Les discours juridiques nous laissent alors face à un paradoxe entre d'un côté une réalité décevante et d'un autre un projet normatif sans cesse déçu par cette réalité, comme si l'idéal constitutionnel était voué à rester une construction abstraite. Or ce ne peut être une vision *réaliste* du constitutionnalisme, sans quoi la norme serait porteuse d'une contradiction en elle-même et le droit demeurerait une théorie. Il faut bien plutôt redéfinir la norme en fonction des présupposés théoriques sur lesquels s'appuient les discours juridiques et, à cet égard, il est difficile de s'en tenir à *un* concept *cohérent* de droits sociaux. La construction même du constitutionnalisme en Afrique du Sud comme en Colombie a mêlé des intérêts politiques et idéologiques différents, plutôt qu'elle a incarné un bloc de sens<sup>1121</sup> : alors que les juristes ont tendance à lire la jurisprudence à l'aune d'un tel bloc, le discours des droits, loin de constituer une essence, est perméable à de nombreux idéaux, de la même manière que les catégories juridiques sont un travail sans fin<sup>1122</sup>. Aussi du point de vue méthodologique, l'analyse des décisions les plus importantes doit être complétée par un regard sur la diversité des décisions et opinions des juridictions.

Une grille d'analyse conceptuelle du discours judiciaire doit alors être élaborée. Une vision de l'individu que l'on a qualifiée de néolibérale, c'est-à-dire un individu responsable de lui-même au sein du marché<sup>1123</sup>, accompagne et justifie certes les inégalités et le recul de la puissance publique. Mais l'individu sujet de droit peut-il également être la base d'une approche relationnelle des rapports sociaux ? Tout raisonnement contemporain sur les droits sociaux, en particulier lorsque l'on considère le contexte socio-économique et idéologique dans lequel il est construit, oscille entre ces deux approches, voire les transcende par des innovations qui ne se comprennent que dans la complexité d'une jurisprudence plurielle. Aussi les fondements globalisés comme la dignité humaine, l'égalité, l'autonomie, et les droits à l'eau, à l'éducation ou à la santé, doivent être élucidés dans leur usages locaux. La question est de savoir quelle texture idéologique prend la transformation

---

<sup>1120</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>1121</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

<sup>1122</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>1123</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §1, A.

sociale telle que l'ont défini les juges colombien et sud-africains en maniant des fondements de natures diverses.

Les cours constitutionnelles ont en effet produit un discours de la transformation sociale qui exige une analyse conceptuelle afin d'en dénoter sinon un, du moins des sens voire un espace idéologique. Les deux juridictions ont élaboré chacune une notion d'autonomie qui peut incorporer à la fois l'approche libertarienne d'un individu dissocié du collectif et une conception relationnelle du sujet, en lien avec la question sociale, notamment en matière de revenus et de santé (Section 1). La tension entre ces deux approches apparaît particulièrement lorsque l'on considère deux espaces auxquels s'appliquent les droits sociaux, l'habitat et la nature (Section 2). Une troisième approche se dessine dans ces différents ensembles, qui tient à la société elle-même comme construction, affleurant alors au plus près la distinction entre droit et politique.

## SECTION 1 : LES SENS RELATIONNELS DES DROITS SOCIAUX

Dans le discours constitutionnel sud-africain, colombien et comparatiste, la transformation renvoie à des conceptions de l'individu, du sujet et de la société, ainsi que de leur relation à la collectivité et à ses ressources, qui sont élucidées au fil des raisonnements juridiques sur les différents fondements mobilisés dans les pays : la dignité humaine, l'autonomie, ou encore l'égalité et le droit à la santé. Les deux premiers font figure de méta-concepts utilisés par les deux juridictions pour interpréter d'autres droits, livrant une pluralité de sens (§1). Avec d'importantes différences en Colombie et en Afrique du Sud, les jurisprudences ont élaboré la relation entre la dignité et l'autonomie d'un côté, et les droits sociaux et la solidarité de l'autre (§2).

### §1. Les droits comme transformation du sujet

La dignité humaine peut prendre deux sens, selon qu'elle renvoie à un sujet plus ou moins autonome (A) ou selon qu'elle considère les relations entre les sujets voire une approche constructiviste du social (B).

#### A. Des structures à l'action du sujet

La notion de dignité humaine est aussi importante pour la pensée juridique contemporaine qu'elle est difficile à situer précisément, puisqu'elle peut constituer une norme en elle-même ou orienter l'interprétation d'autres droits ou principes, et que ses usages dépassent parfois la terminologie usitée lorsqu'elle n'est pas explicitement citée au soutien d'un raisonnement qui en mobilise, en réalité, la logique<sup>1124</sup>. La dignité humaine reçoit alors la critique dont les droits font l'objet en général : support indéterminé des raisonnements juridiques, qui a connu une circulation exemplaire dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, sa présentation comme entité universelle et objective, qui s'approche d'une métaphysique absconse, occulte en réalité les rapports de force et les idéologies qui animent plus ou moins consciemment les acteurs du droit. Si les théories des droits fondamentaux viennent remplir des lacunes axiologiques en guidant l'interprétation des textes constitutionnels, par nature indéterminés, la dignité est l'une des notions à la texture la plus ouverte que l'on puisse trouver dans les discours contemporains.

Du fait même qu'il s'agit d'une notion métajuridique ou d'un pivot justificatoire et non seulement une règle ou un principe, la dignité recouvre de nombreux usages réversibles. À un niveau très général, on lui confère généralement le sens kantien d'une protection de l'humanité comme sa

---

<sup>1124</sup> M. MAHLMANN, « Human dignity and autonomy in modern constitutional orders », in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (dir.), *The Oxford handbook on comparative constitutional law*, 2012, p. 371-396

propre fin. C'est le sens qui marque l'adoption à la fin de la Seconde guerre mondiale de la Loi fondamentale allemande mais également son rôle central dans la transition sud-africaine en 1993. La dignité a ainsi pu être opposée à la peine de mort dans la première décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud – aux côtés du droit à la vie – et ailleurs à la torture, aux traitements inhumains et dégradants et plus largement à l'intégrité physique et mentale ou à la réification de l'humain<sup>1125</sup>. Toutefois, la dignité peut recevoir un sens social ou relationnel et constituer alors les conditions socioéconomiques qui ont joué un rôle aussi important dans l'ordre constitutionnel nouvellement proclamé en Afrique du Sud et en Colombie qu'elles ont nourri les critiques d'une définition déflationniste de l'approche de la transformation sociale<sup>1126</sup>. La dignité peut en effet être associée aux besoins de base. La Cour sud-africaine a adossé les droits sociaux à la dignité humaine inscrite à l'article 10 dans ses principales décisions<sup>1127</sup>. Comme l'écrivait Arthur Chaskalson, alors président de la Cour,

Ces droits sont ancrés dans le respect de la dignité humaine, car comment peut-on être digne sans accès au logement, aux soins de santé, à la nourriture, à l'eau ou, dans le cas de personnes incapables de subvenir à leurs besoins, sans une assistance appropriée ?<sup>1128</sup>

La question rhétorique renvoie à une condition préalable et nécessaire. La dignité est alors, plus qu'un droit, un principe ou une valeur, à l'issue d'une lecture systématique de la Constitution selon laquelle « la dignité humaine, la liberté et l'égalité sont au cœur d(u) nouvel ordre constitutionnel<sup>1129</sup> » et renvoie « à la valeur intrinsèque des êtres vivants<sup>1130</sup> ». Les besoins sociaux minimaux sont alors également liés à l'égalité, mais dont le principe n'est pas invoqué dans les affaires relatives aux droits sociaux. Il s'agit d'une proclamation axiologique dont la seule conséquence normative semble l'interprétation des droits sociaux que la Cour cantonne aux articles 26 et 27. Mais la dignité reçoit également un sens idéologique particulier lorsque le juge Albie Sachs la définit comme une approche

---

<sup>1125</sup> *Ibid.*, p. 381. L'auteur note que le Tribunal constitutionnel allemand est l'un des rares à avoir donné une définition générale de la dignité humaine, comme finalité humaniste, prohibant le traitement de l'humain en tant qu'objet, même s'il note que l'application de la définition n'est pas toujours convaincante.

<sup>1126</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>1127</sup> CCAS, 27 novembre 1998, *Sobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* (Arthur Chaskalson), §29, ci-après *Sobramoney*, §8. CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, (Zakeria Yacoob), ci-après *Grootboom*, §10, §1-2. CCAS, 5 juillet 2002, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (unanime), ci-après *TAC*, §28.

<sup>1128</sup> A. CHASKALSON, « Human dignity as a foundational value of our constitutional order », *South African Journal of Human Rights*, vol. 16, n° 2, 2000, p. 193-205, spec. p. 204 : « *These rights are rooted in respect for human dignity, for how can there be dignity in a life lived without access to housing, health care, food, water or in the case of persons unable to support themselves, without appropriate assistance ?* »

<sup>1129</sup> CCAS, *Sobramoney*, *op. cit.*, §8 : « *human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order* »

<sup>1130</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Kate O'Regan, §328 : « *The importance of dignity as a founding value of the new Constitution cannot be overemphasised. Recognising a right to dignity is an acknowledgement of the intrinsic worth of human beings: human beings are entitled to be treated as worthy of respect and concern.* »

en soi de la transformation sociale qui, dans le constitutionnalisme sud-africain, ne serait ni communautaire, ni libertaire<sup>1131</sup>.

Le sens social ou relationnel de la dignité peut lui-même être complexifié. La dignité, « idéologie dominante à la fois des droits humains et du constitutionnalisme libéral », permet souvent de considérer les droits sociaux au-delà de la seule survie<sup>1132</sup>. La Cour constitutionnelle de Colombie en donne elle-même

trois définitions claires et distinctes : (i) La dignité humaine comme autonomie ou possibilité d'élaborer un projet de vie et d'en choisir les caractéristiques (vivre comme on le souhaite). (ii) La dignité humaine comme les conditions matérielles d'existence (vivre bien). (iii) La dignité humaine comme intangibilité des biens non patrimoniaux, physique et morale (vivre sans humiliation).<sup>1133</sup>

La dignité est alors à la fois comme un droit fondamental autonome et une valeur ou un principe fondateur de l'ordre juridique<sup>1134</sup>. La dignité n'est alors pas seulement une notion morale au sens du sujet rationnel – c'est le troisième sens que dénote la Cour – mais comprend sa capacité de choix, et l'on pense évidemment à Amartya Sen, ainsi que les conditions matérielles, dans la signification donné en second par la Cour. C'est l'approche que l'on retrouve au soutien de l'État social de droit pour en déduire le minimum vital opposé par la Cour colombienne à la grande pauvreté, ou aux articles 26 et 27 où la Cour sud-africaine a situé les droits sociaux, à commencer par la décision *Groobtoom*. C'est ce sens en particulier qu'exprime la Cour colombienne lorsqu'elle estime, à l'appui d'une lecture systématique de la Constitution, que

Cette interdépendance et cette unité des droits de l'homme se fondent sur l'idée que pour protéger véritablement la dignité humaine, il est nécessaire que l'individu dispose non seulement d'orbites d'action libres de toute ingérence extérieure, comme le voudrait la philosophie libérale, mais aussi qu'il ait la possibilité de participer au destin collectif de la société dont il fait partie, conformément

---

<sup>1131</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 173 : « *In my opinion, the approach that our Constitution require us to adopt was neither a purely libertarian one, nor simply communitarian. It was dignitarian. Respect for human dignity united the right to be autonomous with the need to recognize that we all live in communities. It was the fundamental right of all human beings to have their basic human dignity respected, that linked the right to freedom with the right to bread* ».

<sup>1132</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *Yale Journal International Law*, vol. 33, 2008, p. 113-175, p. 133.

<sup>1133</sup> CCC, T-881/02 (Eduardo Montealegre Lynett) : « *Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).* »

<sup>1134</sup> *Ibid.* : « *De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.* »

aux aspirations de la philosophie démocratique, et enfin qu'on lui assure un minimum de conditions matérielles d'existence, selon les postulats des philosophies politiques de nature sociale.<sup>1135</sup>

Il est à douter que les conditions matérielles suffisent à qualifier entièrement le destin collectif de la société ou une philosophie sociale. Mais la Cour entend plus que l'individu lorsqu'elle affirme que « le sujet, raison et fin de la Constitution de 1991, est la personne humaine<sup>1136</sup> ».

La dignité peut recevoir un sens collectif qui n'est pas pour autant celui des structures sociales mais d'une communauté morale. L'exemple français montre comment l'on a pu redécouvrir la dignité comme fondement juridique cinq décennies après son inscription dans le préambule de la Constitution de 1946 en l'associant à un idéal républicain qui dépasse le choix individuel<sup>1137</sup>, loin d'une rupture avec les modèles totalitaires ou de l'inspiration socialiste que pouvait incarner, par ailleurs, le texte de 1946. Toute la spécificité des discours constitutionnalistes en Afrique du Sud et en Colombie est que l'égalité et les droits sociaux, la première liée à l'histoire politique nationale et les seconds au contexte global des années 1990, concurrencent la dignité humaine comme valeur sociale prépondérante, elle-même inspirée de la circulation qui a lieu au XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1138</sup>. Les discours critiques du minimalisme ou du caractère individuel des droits sociaux contemporains s'appuient précisément sur une conception alternative du changement social qui ne donne pas la primauté au sujet mais aux structures sociales<sup>1139</sup>. Cette approche repose alors sur un constructivisme qui insère l'individu dans un ensemble de déterminismes sociaux, dont la variante libérale peut-être associée à la théorie de John Rawls aux États-Unis, et la variante socialisante aux perspectives socialistes ou solidaristes. Dans une telle approche, comme dans un marxisme révisé, les droits sociaux ne sont

---

<sup>1135</sup> CCC, C-251/97 (Alejandro Martínez Caballero), §5 : « Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren una mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. »

<sup>1136</sup> CCC, T-002/92 (Alejandro Martínez Caballero), §2.1.1 : « El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. », en s'appuyant sur l'ensemble des dispositions relatives à la dignité, à la diversité culturelle et ethnique et à l'égalité, puis citant Kant pour affirmer que la personne est sa propre fin (*Ibid.*).

<sup>1137</sup> C'est précisément la controverse sur l'émergence du concept dans les années 1990 qui distingue les usages juridiques de la dignité en France, où elle reçoit un sens « paternaliste » transcendant la volonté individuelle, de ceux de la plupart des autres ordres constitutionnels, tels la Colombie et l'Afrique du Sud, ou bien sûr l'Allemagne, où ils constituent un fondement incontesté – en tant que fondement, non dans ses significations – de l'ordre juridique, selon V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, G. SCOFFONI (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, p. 173-180, spec. p. 180. Pour une illustration de la conception française dominante de la dignité, plutôt hostile à l'autonomie individuelle, voir M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

<sup>1138</sup> En cela, l'aspect post-colonial ou propre au Sud du constitutionnalisme transformateur, c'est-à-dire la spécificité de ce dernier dans les discours du droit constitutionnel comparé, peuvent être nuancés, voir *infra*, chapitre 5, section 1.

<sup>1139</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

utiles que s'ils appuient un projet redistributeur qui a notamment pu passer par l'État social<sup>1140</sup>. La synthèse libérale qui a dominé l'issue de la Seconde guerre mondiale en Europe s'est alors appuyée sur la dignité humaine à côté de ce projet social. En revanche, l'approche socialiste qui consiste à prôner une révolution par un renversement des rapports sociaux ne peut être associée à des droits justiciables, puisqu'ils ancrent une transition constitutionnelle qui, si elle peut être qualifiée d'une forme de révolution, n'est pas celle du socialisme ; elle est un changement d'une autre nature dans la reconfiguration du social au sein d'un ordre juridique donné.

### **B. Le sujet par-delà l'individu : une approche relationnelle**

La dignité humaine n'est ni une morale commune en surplomb de l'individu ni une seule protection du sujet lorsqu'elle est rapprochée d'une notion qui n'a en elle-même pas une plus grande évidence : l'autonomie personnelle<sup>1141</sup>. L'humanité propre au sujet emporte alors sa capacité à faire des choix et à les exercer<sup>1142</sup>. L'autonomie peut venir justifier la valeur morale des droits sociaux eux-mêmes, puisqu'ils seraient alors les conditions à mener « une vie décente » : selon Cécile Fabre, une conception de la vie bonne dépasse alors la seule opposition à la souffrance et à la finalité de l'homme en soi, et non comme objet, associée à Kant<sup>1143</sup>. C'est alors déplacer les fondements des droits de la morale vers la dignité. Il s'agit bien sûr de l'approche d'Amartya Sen qui voyait dans la notion de besoin de base la garantie apportée à l'expression des capacités de l'individu à choisir la vie qu'il souhaite<sup>1144</sup>. Mais cette approche, quand bien même elle ramène la définition de la dignité vers la subjectivité et le choix, n'apporte pas en soi une définition claire des biens sociaux à garantir<sup>1145</sup>. La pensée des besoins de base s'éloigne des structures, ou en tous cas de leur primat, lorsqu'elle interroge la notions d'autonomie au sens d'une certaine capacité du sujet à agir sur son

---

<sup>1140</sup> *Ibid.*

<sup>1141</sup> Comme le remarque Véronique Champeil-Desplats à partir d'une lecture du philosophe argentin Carlos Nino, « *Il n'est pas indifférent de relever que, fréquemment, le contexte politico-idéologique sous-jacent à la construction de nombre de(s) théories (confèrent une place importante à la dignité humaine) est celui d'une promotion sans réserve d'un libéralisme éthique et du respect de la volonté individuelle en réaction à des régimes autoritaires déchu depuis peu, et qui présentaient une forte prétention à régénérer un ordre moral.* », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française? », *op. cit.* note 18, spec. p. 179.

<sup>1142</sup> J. RAZ, *The morality of freedom*, Oxford University Press, 1988, p. 372-378.

<sup>1143</sup> C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution. Government and the decent life*, Oxford University Press, 2000, p. 13-17.

<sup>1144</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1, A, et chapitre 3, section 1, §2, A.

<sup>1145</sup> Comme le note Katharine Young, s'appuyant sur Amartya Sen, « *The determinations of 'normal' life expectancy and mortality patterns, the adequate caloric and nutritional food packages, and minimum room for housing space, all fail as determinate universal content for the rights to food, health, or housing.* », K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 13, p. 131. L'auteur défend alors une définition « objective » de la dignité qui s'intéresse aux politiques publiques, proche du test du caractère raisonnable sud-africain.

environnement ou *agency*<sup>1146</sup>. Les droits fondamentaux et notamment ceux qui portent sur la dimension concrète ou relationnelle de l'humain, ceux desdites troisième et quatrième générations<sup>1147</sup>, ont pu être conçus comme des vecteurs de ces deux conceptions antagonistes. La littérature les ramène souvent à une distinction entre d'une part les droits comme une « ontologie » propre à l'individu face à l'oppression formelle du pouvoir, et d'autre part les droits comme ressources ou moyen d'action dans un réseau plus vaste de relations de pouvoir<sup>1148</sup>. Le point nodal de la relation entre le néolibéralisme et les droits se situe alors dans la conception de l'individu, dont la capacité d'action serait, dans l'approche libérale, animée au sein d'un marché, et du point de vue marxiste, dépendante des rapports structurels qui animent le monde social et constituent une dynamique de conflit au sein des contradictions du capitalisme. Plus encore, le néolibéralisme ferait du sujet un individu responsable, agissant et certes relié à la nature sociale – en quoi le néolibéralisme dépasse le libéralisme – mais pour figurer comme acteur, producteur, consommateur et même produit, avec l'État dans un rôle d'accompagnateur et de facilitateur du marché<sup>1149</sup>.

De ce point de vue, avec des auteurs comme Amartya Sen, « un idéal libéral révisionniste<sup>1150</sup> » va jusqu'à concevoir l'égalité sous le prisme d'une liberté redéfinie comme la capacité de faire des choix. Albert Camus donnait déjà à voir l'ambivalence de la position du révolté, entre ressentiment individuel et révolution marxiste, comme l'homme qui dit non mais ne le fait pas seul ; en association avec ceux avec lesquels il exprime une empathie, y compris ses éventuels bourreaux, l'homme révolté exprime une vision positive du monde, que Camus lui-même associe à la réclamation d'un droit<sup>1151</sup>. La transformation qui en découle est celle du sujet non pas isolé comme dans le libéralisme classique ou du moins son idéal schématique, mais qui ne se confond pas non plus avec la société totalisante ou prise au seul réseau des interdépendances. Dans la pensée contemporaine, le sujet devient titulaire de droits comme d'obligations dans ce que Foucault appelait une gouvernementalité, sur un mode horizontal où les obligations positives et négatives,

---

<sup>1146</sup> Pour Antony Giddens, les structures sociales sont produites par l'*agency* des acteurs, par une interaction qu'il nomme *structuration*, A. GIDDENS, *Modernity and self-identity: self and society in late modern age*, Polity, 1991 ; A. GIDDENS, *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Polity, 1984. Voir aussi A. SEN, « Well-being, Agency and Freedom : The Dewey Lectures 1984 », *Journal of philosophy*, vol. 82, 1985, p. 169-220. A. SEN, M. NUSSBAUM (dir.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993. A. SEN, *Development as freedom*, Knopf, 1999. E. DUFLO, *Le Développement humain. Lutter contre la pauvreté (I)*, Le Seuil, La République des idées, 2010. E. DUFLO, *La Politique de l'autonomie. Lutter contre la pauvreté (II)*, Seuil, La République des idées, 2010.

<sup>1147</sup> Cette classification ne peut se comprendre hors d'un jugement de valeurs, au moins implicite, qui place les droits de deuxième et troisième génération en dessous des libertés, voir §3-A, *infra*.

<sup>1148</sup> E. MILLARD, « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, p. 452-459. La distinction entre les droits comme contraintes et les droits comme ressources se retrouve dans la plupart des travaux sur les droits sociaux et leurs effets, voir chapitres 2, 7 et 8.

<sup>1149</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §1, A, 1.

<sup>1150</sup> S. WHITE, « Ethics », in F.G. CASTLES et al. (dir.), *The Oxford handbook of the welfare state*, Oxford University Press, 2010, p. 19-31 : « a revisionist liberal ideal of positive liberty ».

<sup>1151</sup> A. CAMUS, *L'homme révolté (1951)*, Folio, Essais, 1985, p. 27-31.



selon la distinction conçue à partir des années 1950 pour caractériser les droits dits de seconde génération, deviennent antinomiques tant qu'elles ne sont pas réorientées vers l'établissement d'une autonomie individuelle. Le discours des droits en général est alors perçu comme le pendant de l'autonomisation des individus, en compétition sur le marché pour faire entendre leurs demandes comme des consommateurs de la chose publique, contre l'idée même de la démocratie libérale où le peuple souverain possède une chose publique supérieure à la chose privée<sup>1152</sup>. Pour Wendy Brown, l'usage contemporain des droits répond à une « politique du stigmata » qui fait des personnes dominées des victimes qui réclament leur dû, les privant donc d'une réelle capacité d'agir<sup>1153</sup>.

La frontière entre une vision positive de l'autonomie et une assignation au statut de victime est ténue. Ainsi la juriste Sandra Liebenberg, en Afrique du Sud, rejette l'État social en ce qu'il empêcherait la reconnaissance de statut chère à Nancy Fraser, parce qu'il aurait un effet déresponsabilisant<sup>1154</sup>. Le passage des droits moraux de l'État social à des droits constitutionnels permet à Nancy Fraser de dépasser une vision de la transformation qui s'en tiendrait à la redistribution sans envisager l'autonomie<sup>1155</sup>. En effet, la philosophe a cherché à contourner la binarité d'un choix à faire entre socialisme et néolibéralisme pour « intégrer le social et le culture, l'économique et le discursif » dans une théorie de la justice qu'elle qualifie de « post-socialiste »<sup>1156</sup>. Alors qu'il théorisait le même passage pour rester dans le paradigme rawlsien de l'État social, Franck Michelman s'est d'ailleurs rallié à la position de Nancy Fraser<sup>1157</sup>. L'approche du sujet autonome n'est alors pas réductible à celle d'un agent passif sur un marché concurrentiel.

L'approche d'Amartya Sen emprunte à la fois à l'approche minimaliste et à une approche plus soucieuse d'autonomie, si bien qu'il est difficile de l'utiliser comme une clef de compréhension

---

<sup>1152</sup> W. BROWN, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone books, Near future, 2017

<sup>1153</sup> W. BROWN, *States of injury. Power and Freedom in late modernity*, Princeton University Press, 1995, « Rights and losses », p. 96-134.

<sup>1154</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *Stellenbosch Law Review*, vol. 1, 2006, p. 1-36, p. 11 : « privileging of the "public" space of labour markets in traditional social insurance programmes renders other forms of valuable social contributions such as the care-giving functions traditionally performed by women invisible. Welfare entitlements have the potential to validate such unrecognised social roles. It also exposes the false dichotomy between traditional notions of independence associated with wage work and dependency associated with the receipt of government benefits. »

<sup>1155</sup> N. FRASER, *Unruly practices. Power, discourse, and gender in contemporary social theory*, University of Minnesota Press, 1989, p. 183. N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, Routledge, 1997, p. 17-18.

<sup>1156</sup> N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, *op. cit.* note 36, p. 5 (« integrating the social and the cultural, the economic and the discursive »). Elle admet alors tout à fait que se concentrer sur l'autonomie, comme le font Amartya Sen et Axel Honneth, risque d'occulter tout enjeu égalitaire, *Ibid.*, p. 13-15. L'auteure se sent tout aussi proche de John Rawls en ce que le « self-respect » qu'il associe aux « primary goods » associe la redistribution à la reconnaissance, *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>1157</sup> F.I. MICHELMAN, S. LIEBENBERG, « Toward an Equality-Promoting Interpretation of Socio-Economic Rights in South Africa: Insights from the Egalitarian Liberal Tradition », *South African Law Journal*, vol. 132, n° 2, 2015, p. 411-437, p. 427-429.

solide. Le cadre de pensée proposé est bien celui du rejet des approches théoriques de l'État social que John Rawls a reconstruit, au profit d'une approche par l'autonomie individuelle et la capacité de choix. La conception qu'en a Nancy Fraser est toutefois plus substantielle que celle d'Amartya Sen. Ce dernier reste en effet attaché à une conception de la liberté qui limite les possibilités d'expression de l'individu et, partant, l'attribution de biens sociaux au-delà d'un seuil bas. À l'inverse, la dignité pourrait très bien être utilisée pour fonder un principe d'égalité substantielle que des droits sociaux<sup>1158</sup>. La dignité elle-même peut être comprise de manière subjective, comme le propose Amartya Sen, ou de manière objective de manière à élaborer un contenu minimal en relation avec les inégalités vécues par un groupe déterminé, par exemple, par la population sud-africaine noire<sup>1159</sup>, ou à lister des biens sociaux comme le fait Martha Nussbaum. En outre, les approches qui postulent un contenu minimal réduit à la survie biologique ne permettent pas de dissocier ce que serait un noyau de besoins essentiels par opposition à des besoins moins essentiels, alors que les besoins sociaux ne peuvent s'analyser qu'en termes de rapports et de relations<sup>1160</sup>. C'est alors une nouvelle conception de l'égalité et de la justice sociale qui émerge, fondée sur l'autonomie (qu'il faudrait favoriser) de la même manière que l'État social s'appuyait sur le risque (contre lequel il faudrait protéger)<sup>1161</sup>.

Selon Sandra Liebenberg, le projet de transformation sociale du constitutionnalisme sud-africain se situe à l'interface des besoins et de la redistribution, c'est-à-dire selon elle dans les droits humains : la justice sociale correspondante serait celle de Nancy Fraser parce qu'elle admet la pluralité des vues dans une démocratie contemporaine<sup>1162</sup>. La philosophe américaine a en effet tenté de réconcilier, dans une veine plus critique qu'Amartya Sen<sup>1163</sup>, ce qu'elle qualifie d'un côté d'une mauvaise reconnaissance (*misrecognition*) du statut des individus dans la société et de l'autre d'une mauvaise distribution (*maladistribution*), lorsque la structure socioéconomique les empêche d'accéder

---

<sup>1158</sup> P. DE VOS, « Substantive Equality after Grootboom : the Emergence of Social and Economic Context as a Guiding Value in Equality Jurisprudence », *Acta Juridica*, vol. 23, 2001, p. 52-69

<sup>1159</sup> K.G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content », *op. cit.* note 13, p. 135-136.

<sup>1160</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights : adjudication under a transformative constitution*, Juta, 2010, 170-171. L'auteure prend l'exemple de l'emplacement dans le droit au logement, qui peut être considéré crucial ou superflu selon les approches. Voir *infra*, chapitre 4.

<sup>1161</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Seuil, 2011, p. 313-352.

<sup>1162</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », *op. cit.* note 35.

<sup>1163</sup> D'ailleurs, Sandra Liebenberg se réclame de théorie du droit « critique », en citant Karl Klare, *Ibid.*, p. 6. Pour une vision non critique, qui s'appuie sur Amartya Sen, voir D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights : The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford University press, 2007. Sur l'enjeu de telles affiliations en Afrique du Sud et en Colombie, voir chapitre 3.

à un statut, dans un « cercle vicieux de la subordination<sup>1164</sup> ». Mais il s'agit, dans les moyens institutionnels, de laisser les citoyens libres de délibérer, donc d'affirmer leur statut, mais aussi d'agir sur les causes qui le leur retirent. Restent alors deux stratégies : l'affirmation et la transformation, qui dépassent la dualité stérile entre réforme et révolution autant que celle entre redistribution et reconnaissance. Dès lors,

Les stratégies de discrimination positive visent à corriger les résultats inéquitables des arrangements sociaux sans perturber les structures sociales sous-jacentes qui les génèrent. Les stratégies transformatives, en revanche, visent à corriger les résultats injustes précisément en restructurant le cadre générateur sous-jacent.<sup>1165</sup>

Plus particulièrement, une « autonomie radicale » permettrait un changement structurel que l'idée libérale de l'égalité formelle ne permettait pas<sup>1166</sup>, pas plus que les libertés individuelles, ni que l'approche « socialiste », basée sur les concepts de classe et de structure<sup>1167</sup>. Pour Sandra Liebenberg, la société sud-africaine offre un parfait exemple de comment l'on pourrait, par la reconnaissance et les droits, atteindre progressivement, dans un second temps, une transformation effective qui soit respectueuse des besoins individuels et favorise une fonction participative de l'individu dans la détermination de ces besoins<sup>1168</sup>.

En somme, la transformation par les droits peut être envisagée dans une continuité entre deux pôles avec lesquels elle ne se confond pas, d'un côté l'approche individuelle libérale d'un sujet

---

<sup>1164</sup> N. FRASER, « Rethinking Recognition », *New Left Review*, vol. 3, n° 3, juin 2000, p. 118 : un « vicious circle of subordination ». Voir N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, op. cit. note 36. N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribution or recognition ? A political-philosophical exchange*, Verso, 2003. Nancy Fraser prend ainsi l'exemple des femmes, qui ont besoin d'une redistribution active dans la répartition des salaires et des emplois, mais aussi d'une revalorisation des représentations culturelles, contre les normes sociales stéréotypiques. Dès lors, « the two remedies pull in opposite directions, however, and are not easily pursued simultaneously. Whereas the logic of redistribution is to put gender out of business as such, the logic of recognition is to valorize gender specificity. Here is, then, the feminists version of the redistribution-recognition dilemma : How can feminists fight simultaneously to abolish gender differentiation and to valorize gender specificity ? » (N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, op. cit. note 36, p. 21).

<sup>1165</sup> N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribution or recognition ? A political-philosophical exchange*, op. cit. note 45, p. 74 : « Affirmative strategies for redressing injustice aim to correct inequitable outcomes of social arrangements without disturbing the underlying social structures that generate them. Transformative strategies, in contrast, aim to correct unjust outcomes precisely by restructuring the underlying generative framework ». Dans l'affirmation comme dans la transformation, il s'agit de faire à la fois de la redistribution (donner un statut social et changer la structure socio-économique) que de la reconnaissance (valorisation des minorités et déconstruction des identités et représentations). Voir aussi N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, op. cit. note 36, p. 23-27. L'approche est similaire à celle d'intersectionnalité (*Ibid.*, p. 32), bien qu'elle soit surtout discutée à partir des années 2000.

<sup>1166</sup> N. FRASER, A. HONNETH, *Redistribution or recognition ? A political-philosophical exchange*, op. cit. note 45, p. 229.

<sup>1167</sup> N. FRASER, *Justice interruptus. Critical reflections on the « Postsocialist » condition*, op. cit. note 36, p. 2-3.

<sup>1168</sup> S. LIEBENBERG, « Needs, rights and transformations: adjudicating social rights », op. cit. note 35, p. 6-10 et 14-21. Sandra Liebenberg s'appuie notamment sur un passage de Nancy Fraser qui présente les difficultés à déterminer les moyens d'aider les plus démunis, en interprétant le besoin, N. FRASER, *Unruly practices. Power, discourse, and gender in contemporary social theory*, op. cit. note 36, p. 163-164. Pour Sandra Liebenberg, la justice constitutionnelle permet de mener ce processus sans risquer une dépolitisation au profit du marché ou de la famille, i.e. de la sphère privée, et de l'expertise bureaucratique, comme le craint Fraser. Sur la conception de la démocratie de l'auteure, voir *infra*, chapitre 7.

isolé, d'un autre côté, l'approche socialiste d'une refonte des structures sociales, même si ces deux approches ne disparaissent pas de la pensée politique et juridique. Cette large texture idéologique permet de situer les présupposés politiques et sociaux des raisonnements juridiques. Les normes que sont les droits sociaux, la dignité humaine, l'égalité et l'autonomie peuvent alors être envisagées de diverses manières : une protection du sujet dans sa moralité propre, avec une protection minimale d'un contenu d'humanité ; un sujet qui s'inscrit dans des structures sociales de distribution des biens sociaux, la société étant conçue comme une construction socioéconomique ; un sujet agissant et capable d'agir dans une approche relationnelle.

## §2. Les relations de l'autonomie et de l'égalité dans la jurisprudence

Si les deux juridictions ont en large partie réduit les droits sociaux à la subsistance et à la survie en les reliant à la dignité, les fondements plus solidaires ne manquent pas, notamment l'autonomie personnelle et l'égalité. Les opinions de la Cour constitutionnelle de Colombie donnent volontiers à voir un tel lien (A), tandis que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud y a été plus réticente en adoptant une vision plus minimaliste (B).

### A. En Colombie, une conception relationnelle des droits sociaux

La complexité des constructions conceptuelles du constitutionnalisme colombien, tel qu'il a été constitué par la Cour, se retrouve dans une lecture de l'autonomie personnelle à l'aune des conditions socioéconomiques des individus (1). La Cour a néanmoins montré les limites de son approche sociale à l'occasion de la crise économique de 1998, même si elle n'est pas restée inactive face aux politiques d'austérité budgétaire, avec des fondements minimalistes (2).

#### 1. Une lecture systémique des notions constitutionnelles

Les décisions colombiennes se démarquent par un enchevêtrement des discours, des idées et des normes qui rendent difficile un lien clair et évident avec un fondement – plus positivement, on peut estimer que la Cour adopte des constructions moins figées et plus postmodernes<sup>1169</sup>. L'usage d'opinions rédigées par un à trois magistrats, conjugué à cette manière de mener et présenter le raisonnement, donne ainsi à voir des interprétations particulièrement riches et audacieuses si ce n'est éclectiques. La Cour a notamment créé des catégories comme les Constitutions écologique, économique ou sociale à partir de la lecture combinée de nombreuses dispositions, et souvent reliées à des normes conçues comme droits, valeurs et principes à la fois que sont l'État social de droit, le droit à la vie et la dignité humaine. Les notions élaborées dépassent alors la seule référence textuelle

---

<sup>1169</sup> Voir *infra*, chapitres 5 et 6.

pour bâtir une norme plus vaste, souvent en reliant des droits entre eux, dont on a vu qu'ils ne sont pas nécessairement déduits d'articles mais construits à partir de l'ensemble des dispositions du texte de 1991 par la Cour<sup>1170</sup>. Cette construction ne présume pas en elle-même une approche relationnelle. Elle résonne néanmoins avec les contenus associés à l'État social de droit, qui fait figure dans la jurisprudence à la fois de principe, de norme et de méta-principe à l'image d'une sous-constitution en lui-même, illustrant alors la polysémie des termes employés par la Cour et l'amplitude des constructions conceptuelles dont les membres de la juridiction sont capables. En jugeant constitutionnelle une disposition législative qui créait un crime à part de l'homicide, avec une peine moindre, pour l'aide à l'euthanasie, la Cour a montré la divergence de fondement dont elle est capable avec la Cour sud-africaine : elle lit en effet le droit à la vie comme indissociable de la dignité humaine, comme dans l'affaire *Makwanyane* en Afrique du Sud, mais également de l'altruisme et du principe constitutionnel de solidarité, qui permet de dépasser la lecture du droit à la vie comme empêchant simplement d'ôter la vie alors que la loi s'en tenait à définir un homicide par piété<sup>1171</sup>. Pour justifier cette position, la Cour avance alors que le droit à la vie n'est pas qu'un droit mais aussi une valeur qui inclut donc les valeurs et principes susmentionnés. De même, la dépénalisation partielle de l'avortement a permis à la Cour d'affirmer que la vie est à la fois un droit et une valeur qui va au-delà de la seule préservation contre la mort mais inclut l'ensemble des droits dont ceux de la femme<sup>1172</sup>.

Ce n'est pas sur le droit à la vie que la Cour a fondé ses décisions les plus ambitieuses mais sur l'autonomie personnelle et le droit au libre développement personnel<sup>1173</sup>. Ce dernier a été relié par la Cour au caractère « démocratique, participatif et pluraliste » évoqué à l'article premier de la Constitution et aux diverses dispositions sur la liberté d'opinion, d'association, de réunion, sur l'égalité qui vise les opinions et sur les groupes ethniques pour en faire un « pluralisme idéologique »<sup>1174</sup>. Une telle approche peut sembler éloignée de la transformation sociale lorsqu'une lecture combinée du droit à la santé et de la dignité humaine donne lieu à des décisions qui exigeaient

---

<sup>1170</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B.

<sup>1171</sup> CCC, C-239/97 (Carlos Gaviria Díaz), §C-1.

<sup>1172</sup> CCC, C-355/06 (Jaime Araújo Rentería et Clara Inés Vargas Hernandez), visant la dignité humaine, le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, le droit à l'égalité, le droit au libre développement de la personnalité, le droit à la famille et le droit à la santé. Ces droits permettent d'aborder la vie au-delà de la seule protection contre la mort, mais la Cour estime que la dépénalisation de l'avortement ne peut pas tout à fait être déduite de cette conception constitutionnelle de la vie et que le législateur reste libre tant qu'il n'interdit pas entièrement l'avortement ou qu'il n'impose pas la procréation aux femmes sans leur consentement. La Cour ordonne la dépénalisation pour les cas seuls de défaut de consentement, de menace pour la mère et de malformation de l'enfant à naître.

<sup>1173</sup> L'autonomie elle-même ne figure pas dans le texte de 1991, la Cour la déduisant la dignité et de l'article 16 qui dispose que « *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.* »

<sup>1174</sup> CCC, T-527/92 (Fabio Morón Díaz), pour condamner une discrimination fondée sur le genre en l'espèce. Pour le lien avec le libre développement de la personnalité, voir CCC, C-336/08 (Clara Inés Vargas Harnández).

le remboursement d'opérations esthétiques mammaires<sup>1175</sup> ou d'opérations visant à réduire l'impuissance sexuelle masculine<sup>1176</sup>, condamnant les lycées obligeant les garçons à avoir le cheveu court<sup>1177</sup>, ou le droit d'une femme à porter du maquillage dans une école catholique<sup>1178</sup>, ou de manière plus substantielle quand la Cour a affirmé le consentement libre et éclairé des patients<sup>1179</sup> et par exemple le droit pour les témoins de Jehova de refuser une transfusion sanguine<sup>1180</sup>. La Cour a très tôt reconnu que les soins médicaux couverts par le système de santé devaient être étendus au-delà des notions de maladie et de guérison pour inclure le rétablissement de la santé du patient<sup>1181</sup>. Lorsque la Cour revient sur l'euthanasie en annulant la condition de maladie terminale, elle s'appuie sur l'autonomie conçue comme un choix subjectif et personnel vis-à-vis de sa propre vie au sein d'un droit à mourir dignement<sup>1182</sup>. La dignité seule et comme fin en soi est explicitement dépassée par la notion d'autonomie<sup>1183</sup>. Une opinion concordante insiste même sur le sens relationnel d'une éthique du care au lieu de celle de la seule autonomie, c'est-à-dire un sens de la communauté et de la solidarité au-delà du seul choix personnel<sup>1184</sup>.

La plasticité des fondements mobilisés par la Cour met en échec une critique qui verrait dans l'autonomie une notion libertarienne détachée de tout fondement social. La Cour a en effet souvent conçu l'autonomie comme une exclusion multifactorielle en la reliant au principe d'égalité et à l'article 13 pour élaborer le concept de « groupe minoritaire sujet à une protection spéciale »<sup>1185</sup>. Une jurisprudence particulièrement riche a ainsi délimité plusieurs groupes pour lesquels la Cour a adapté son contrôle de manière à considérer plus strictement la justification de l'atteinte à l'égalité et relire cette égalité comme permettant la discrimination positive du fait qu'elle revêt une valeur sociale supérieure à la discrimination négative envers les groupes marginalisés<sup>1186</sup>. La notion de groupe minoritaire sujet à une protection spéciale a en effet permis à la Cour de dépasser une seule protection négative pour inclure l'affirmation de l'autonomie et du libre développement personnel,

<sup>1175</sup> CCC, T-572/99 (Fabio Morón Díaz).

<sup>1176</sup> CCC, T-551/99 (Alejandro Martínez Caballero).

<sup>1177</sup> CCC, T-065/93 (Ciro Angarita Barón).

<sup>1178</sup> CCC, T-524/92 (Ciro Angarita Barón).

<sup>1179</sup> CCC, T-548/92 (Ciro Angarita Barón).

<sup>1180</sup> CCC, T-476/16 (Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>1181</sup> Voir CCC, T-001/95 (José Gregorio Hernández Galindo), III, qui s'appuie sur la loi mais surtout, pour la définition des finalités de la médecine, sur un traité académique.

<sup>1182</sup> CCC, C-233/21 (Diana Fajardo Rivera), §205s et 409-439.

<sup>1183</sup> La Cour s'appuie alors sur les sens de la dignité distingués dans la décision CCC, 881/02, *op. cit.* voir *supra*. Aussi pour la Cour, dans la décision C-233/21, *op. cit.*, « *En los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, las alusiones a la dignidad humana se remontaban a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789; y, poco después se cifraban en alusiones a dos mandatos de la moral crítica kantiana: la autonomía del ser humano, como agente capaz de un razonamiento que orienta su voluntad de acuerdo con una ley moral universal, producto de su reflexión moral, y la prohibición de hacer del ser humano un mero instrumento para otros fines, pues su dignidad lo convierte en un fin en sí mismo.* »

<sup>1184</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §10.

<sup>1185</sup> L'article 13 évoque les « *medidas en favor de grupos discriminados o marginados* ».

<sup>1186</sup> CCC, C-371/00 (Carlos Gaviria Díaz).

et élaborer plus largement une conception de la minorité dans une théorie de la démocratie détachée de celle de la majorité<sup>1187</sup>. La Cour a également pu censurer la condition de diagnostic terminal posée par la loi pour autoriser la fin de vie en se fondant sur un droit fondamental à mourir dignement, déduit du droit à vivre dignement<sup>1188</sup>.

La Cour a visé en particulier les domaines du genre<sup>1189</sup>, par exemple en autorisant les quotas pour les femmes dans la haute fonction publique<sup>1190</sup>, de l'ethnie pour les afrodescendants<sup>1191</sup> et les populations autochtones<sup>1192</sup>, du troisième âge<sup>1193</sup>, de la privation de liberté<sup>1194</sup>, ou encore du

---

<sup>1187</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1188</sup> CCC, C-233/21 (Diana Fajardo Rivera). La Cour poursuit le principe posé par la décision CCC, C-239/97, *op. cit.*

<sup>1189</sup> Voir par exemple CCC, C-082/99 (Carlos Gaviria Díaz), censurant une disposition faisant reposer sur les femmes la cause de nullité du mariage. CCC, 507/04 (Manuel José Cepeda Espinosa), jugeant inconstitutionnel l'âge de 12 ans exigé pour que les femmes puissent se marier quand il était de 14 pour les hommes. Et parmi les *tutelas*, voir la décision condamnant l'interdiction aux filles de l'école nationale des cadets (CCC, T-624/95, Jose Gregorio Hernández Galindo), la décision condamnant une entité de sécurité sociale réservée aux hommes (CCC, T-098/94, Eduardo Cifuentes Muñoz), la décision exerçant un contrôle de proportionnalité de l'équilibre entre le droit à l'égalité et la liberté d'entreprendre qui doit permettre à certaines activités de n'être occupées que par un sexe, en condamnant en l'espèce une municipalité qui restreignait aux femmes une fonction d'entretien et de nettoyage (CCC, T-026/96, Vladimiro Naranjo Mesa), la décision condamnant une entreprise pour avoir refusé l'emploi de vigile à une femme (T-247/10, Humberto Antonio Sierra Porto), la décision annulant une loi budgétaire au motif qu'elle fixait un taux de TVA trop élevé pour les protections menstruelles (CCC, C-117/18 (Gloria Stella Ortiz Delgado)), la décision censurant une loi obligeant à porter le nom du père avant celui de la mère CCC, C-519/19 (Alberto Rojas Ríos). Voir aussi parmi les nombreuses injonctions de la décision T-025/04, celles concernant la situation des femmes dans le conflit armé, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1190</sup> CCC, C-371/00 (Carlos Gaviria Díaz), jugeant constitutionnelles les mesures de discrimination positive, en l'espèce des quotas instaurés par la loi dans la fonction publique, s'appuyant sur une analyse factuelle détaillée de la place des femmes dans ces emplois. La Cour autorise explicitement les discriminations fondées sur le genre ou la race si elles visent à favoriser la minorité : « *mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales* » (CCC, C-112/00, Alejandro Martínez Caballero). Voir aussi CCC, C-964/03 (Alvaro Tafur Galvis), jugeant constitutionnelle une discrimination distinguant un statut spécifique pour la « *femme cheffe de famille* ».

<sup>1191</sup> CCC, T-384/94 (Carlos Gaviria Díaz). CCC, T-098/94 (Eduardo Cifuentes Muñoz). CCC, T-1090/05 (Clara Inés Vargas Hernández). CCC, T-375/06 (Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>1192</sup> La Cour ne se contente pas de consacrer les autochtones comme groupe spécialement protégé mais articule le principe d'égalité aux droits des minorités ethniques (article 7), aux droits relatifs à la pluralité culturelle (articles 70 et 72) aux droits relatifs à la participation des communautés (articles 40 et 75) aux territoires des communautés autochtones (articles 286, 329 et 357), au droit à l'autodétermination (article 330). Ce sont alors les communautés en tant que telles qui sont protégées comme ensemble sociaux, culturels et ethniques, voir *infra*, section 2, §2. La Cour s'appuie également sur le droit à la consultation préalable, avant tout projet d'exploitation concernant une communauté autochtone, posé par la loi 99 de 1993, complété par des lois ultérieures. Voir CCC, C-030/08 (Rodrigo Escobar Gil). CCC, C-175/09 (Luis Ernesto Vargas Silva). CCC, C-702/10 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), CCC, C-366/11 (Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>1193</sup> Voir CCC, T-111/94 (Antonio Barrera Carbonell). Pour les pensions, intégrées au minimum vital, voir *supra*, §1, A, 2. Outre le droit à l'égalité et à un minimum vital, la Cour a pu s'appuyer sur les dispositions explicites vis-à-vis du troisième âge de l'article 46 de la Constitution : « *El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.* »

<sup>1194</sup> CCC, T-596/92.

handicap<sup>1195</sup>. La Cour a également développé une jurisprudence rare sur les droits des personnes non-hétérosexuelles consacré une « diversité sexuelle » colombienne<sup>1196</sup>, et protégé les droits des personnes transgenre<sup>1197</sup> ou des agents publics homosexuels<sup>1198</sup>. Le refus d'un club de football de laisser les filles jouer avec les garçons est ainsi condamné par la Cour au motif qu'une telle pratique reproduirait les stéréotypes de genre : ceux-ci sont analysés en détail par la Cour comme une représentation sociale contre laquelle le droit à l'égalité et à l'autonomie personnelle doivent permettre de lutter<sup>1199</sup>. La Cour cite alors longuement Simone de Beauvoir, plusieurs psychologues à l'appui d'un tableau donnant à voir les stéréotypes que l'on retrouve fréquemment, ainsi que de nombreux travaux de sciences sociales relatifs à l'importance des représentations sociales qui se forment dans la pratique sportive chez les jeunes – la « dynamique sexiste du sport » s'oppose alors, selon la Cour, à la fois « aux revendications des mouvements féministes et à l'universalisation du discours des droits »<sup>1200</sup>. C'est également l'intersectionnalité qui a été mobilisée par la Cour : concept philosophique croisant les domaines de discrimination, elle permet de les envisager comme un système, en l'occurrence pour lier le genre, le handicap, la condition de mère, qui constituent juridiquement autant de statuts de protection spéciale accordée en l'espèce à une mère handicapée à laquelle était retiré son enfant adopté<sup>1201</sup>.

La Cour appuie sa célèbre décision sur le mariage des personnes de même sexe sur sa jurisprudence antérieure qui reconnaît dans les personnes de genre ou d'orientation sexuelle différents de la majorité un groupe minoritaire<sup>1202</sup>. La Cour a en effet ordonné au législateur la reconnaissance du mariage entre les personnes de même sexe malgré un texte constitutionnel qui

---

<sup>1195</sup> Voir CCC, T-446/94 (Alejandro Martínez Caballero). CCC, C-804/09 (María Victoria Calle Correa), censurant une disposition législative exigeant une bonne santé physique pour adopter. CCC, C-076/06 (Manuel José Cepeda Espinosa), censurant une disposition législative excluant de l'accès à la profession de notaire les sourds et les muets. Voir par exemple CCC, T-595/02 (Manuel José Cepeda Espinosa), ordonnant des mesures pour rendre accessible le système de bus de Bogotá aux personnes handicapées.

<sup>1196</sup> CCC, T-268/00 (Alejandro Martínez Caballero).

<sup>1197</sup> CCC, SU-337/99 (Alejandro Martínez Caballero) : à propos d'une opération de changement de sexe d'une enfant de huit ans, et après avoir longuement examiné les arguments scientifiques mais aussi réfléchi à la position de la personne du point de vue de l'autonomie, du bien-être et du libre développement de la personnalité, tout en reconnaissant que l'affaire est complexe et n'appelle pas à une solution éthique claire, la Cour estime que l'avis du mineur doit être recueilli et non celui de sa mère du fait que l'opération n'a aucun caractère d'urgence et pourra attendre que l'enfant soit capable d'exprimer un consentement éclairé. Voir aussi CCC, T-551/99 (Alejandro Martínez Caballero). CCC, T-912/08 (Jaime Córdoba Triviño). CCC, T-622/14 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Pour l'inscription à l'état civil du changement de sexe, voir CCC, T-086/14 (Jorge Ignacio Pretelt). CCC, T-063/15 (María Victoria Calle Correa).

<sup>1198</sup> Voir CCC, T-097/94 (Eduardo Cifuentes Muños) sur les policiers, CCC, T-101/98 (Fabio Moron Diaz) pour les élèves, CCC, C-507/99 (Vladimiro Naranjo Mesa) sur les militaires, CCC, C-481/98 (Alejandro Martínez Caballero) pour les enseignants.

<sup>1199</sup> CCC, T-366/19 (Alberto Rojas Ríos), §ii.

<sup>1200</sup> *Ibid.*, §ii : « las reivindicaciones de los movimientos de mujeres y la universalización del discurso de los derechos humanos. »

<sup>1201</sup> CCC, T-468/18 (Diana Fajardo Rivera), §5.2.1. Le concept a également été mobilisé en Afrique du Sud en 2020, voir *infra*, B, 3.

<sup>1202</sup> CCC, T-539/94 (Vladimiro Naranjo Mesa).



évoque explicitement l'union entre un homme et une femme<sup>1203</sup>. La juridiction fait alors preuve d'une approche particulièrement systémique en couvrant de nombreux domaines de discrimination non seulement des personnes homosexuelles au-delà du seul mariage<sup>1204</sup> mais aussi des personnes transgenres et de toutes les questions d'identités de genre et sexuelle en reliant la question à la complexité des réalités biologiques et à une construction psychologique et sociale<sup>1205</sup>. C'est le même constructivisme que l'on retrouve dans l'approche culturaliste des peuples autochtones qu'a élaboré la Cour en s'ouvrant à des cosmogonies qui leurs sont propres et qui ne sont, donc, pas celles de la majorité<sup>1206</sup>. Cette approche de l'autonomie est en soi la marque d'un activisme spectaculaire dans une société marquée par la tradition catholique et ce que Mauricio Garcia Villegas a qualifié « d'émotions tristes », qu'il faut entendre comme une tendance au ressentiment et à la colère, plutôt qu'à l'expression apaisée<sup>1207</sup>. En 2022, revenant sur sa décision de 2006 qui censurait seulement partiellement la pénalisation de l'avortement en se fondant sur le droit à la vie<sup>1208</sup>, la Cour rend l'avortement légal, en le fixant à la 24<sup>ème</sup> semaine de gestation<sup>1209</sup>. Elle se fonde alors sur une obligation positive de respecter la santé et les droits reproductifs des femmes et des filles, le principe d'égalité et la protection des femmes et des filles en situation de vulnérabilité, la liberté de conscience et « la possibilité de se conformer à ses convictions en relation avec l'autonomie reproductive » des femmes et des filles, et la finalité préventive des peines<sup>1210</sup>. La liberté de conscience<sup>1211</sup>, en particulier, donne à cette décision très longue une certaine profondeur de vue. Est notamment jugé

---

<sup>1203</sup> Constitution de Colombie, article 42 : « *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.* ». La Cour a d'abord étendu aux personnes de même sexe le bénéfice du mariage sous la forme d'une union de fait, CCC, C-075/07 (Rodrigo Escobar Gil), puis exigé du législateur qu'il résolve le déficit de protection induit par l'union de fait, CCC, C-577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La Cour proclame le mariage entre les personnes de même sexe dans la décision SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos), après l'inaction du législateur malgré les décisions antérieures de la Cour, pourtant plus modérées. La Cour a ensuite permis l'adoption aux mêmes conditions que les couples hétérosexuels (CCC, SU-617/14 (Luis Guillermo Gerrero Pérez)) et reconnu aux parents les mêmes droits vis-à-vis des enfants issus d'une procréation médicalement assistée (CCC, SU-696/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado) et T-196/16 (Luis Ernesto Vargas Silva)).

<sup>1204</sup> CCC, SU-214/16, *op. cit.*, §9.1.

<sup>1205</sup> *Ibid.*, §9.1.9.

<sup>1206</sup> Voir *infra*, section 2, §2.

<sup>1207</sup> M. GARCIA VILLEGAS, *El país de las emociones tristes*, Ariel Colombia, 2020

<sup>1208</sup> Voir *supra*.

<sup>1209</sup> CCC, C-055/22 (Antonio José Lizarazo Ocampo et Alberto Rojas Ríos).

<sup>1210</sup> *Ibid.*, §258-574.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, §395 : « *Como se advierte, la decisión de asumir o no la maternidad es un asunto íntimo y estrechamente vinculado al sistema de valores personales y de convicciones éticas y religiosas de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden hacerlo como quienes no lo hacen ejercen su libertad sexual y reproductiva y en ella ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores.* »

inconstitutionnel le caractère absolu de l'interdiction, même partiellement levée par la décision de 2006<sup>1212</sup>.

Les constructions conceptuelles ont un effet sur l'ampleur des obligations juridiques construites par la juridiction. La Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer que la Constitution prohibait toute discrimination dans les relations entre personnes privées, avec une attention particulière du juge pour « les relations de pouvoir asymétriques »<sup>1213</sup>. Résumant sa jurisprudence, la Cour estime en 2003 que la notion de groupe marginalisé est plus large que celui de personne discriminée et inclut toute personne en situation « d'exclusion sociale », « peu en importe la cause », et « dans l'impossibilité matérielle d'accéder aux bénéfices d'une société organisée », comme par exemple :

(i) les personnes qui, en raison de leur condition économique, physique ou mentale, se trouvent dans une situation de faiblesse manifeste ; (ii) les personnes qui, en raison de leur situation défavorisée, sont limitées dans l'exercice et la jouissance effective de leurs droits fondamentaux ; (iii) les personnes handicapées physiques, sensorielles et mentales qui font l'objet d'isolement, de stigmatisation, de mauvais traitements, d'incompréhension ou de discrimination, ce qui conduit à leur marginalisation ; (iv) une population vivant dans une extrême pauvreté, ou dans des conditions d'injustice matérielle manifeste et de violation de la dignité humaine ; ou (v) un groupe de population qui n'est pas en mesure de participer au débat public et n'a donc pas de voix propre dans l'adoption des décisions politiques qui le concernent.<sup>1214</sup>

---

<sup>1212</sup> *Ibid.*, §258-. La Cour s'appuie notamment sur sa propre jurisprudence et sur les Observations générales n°14 du Comité des droits sociaux, économiques et culturels relatives aux obligations positives, ainsi que sur les évolutions juridiques en droit colombien relativement aux droits en cause, qui lui permettent de justifier le réexamen de la question malgré sa décision de 2006, voir *infra*, chapitre 6, section 2, §1.

<sup>1213</sup> CCC, T-1042/01 (Manuel José Cepeda Espinosa), §4.1. La Cour vise en particulier, citant une riche jurisprudence, les relations de travail, médicales, l'informatique, les copropriété, les associations professionnelles, la famille, la « suprématie sociale », qualifiée dans une décision T-263/98, à propos d'un prêtre vis-à-vis de ses paroissiens, comme le fait que « *Ciertos individuos o entes privados que, en principio, se encuentran en situación de igualdad frente a sus semejantes, en razón de múltiples circunstancias de carácter social, pueden llegar a erigirse en posiciones de supremacía social a partir de las cuales se convierten en agentes proclives a la vulneración de los derechos fundamentales de otras personas quienes, a su vez, carecen de medios de defensa rápidos y efectivos frente a tales actuaciones.* » (§4).

<sup>1214</sup> CCC, C-741/03 (Manuel José Cepeda Espinosa), §5.4.1 : « *De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, y tan solo a manera de ejemplo, un grupo marginado puede estar compuesto por (i) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales; (iii) disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento; (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana ; o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. Así, el concepto de grupo marginado es más amplio que el de grupo discriminado. Comprende no solo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a los beneficios de una sociedad organizada.* ». Les exemples cités concernent : les malades de la lèpre et du Sida, une personne âgée dont la maladie l'empêche de travailler, des handicapés en fauteuil roulant empêchés d'accéder au réseau de bus de Bogota, un groupe de pères mineurs qui ne peut avoir accès à la vaccination pour ses enfants, des détenus de longue durée pour raison de sécurité, un mineur hyperactif exclu d'un centre éducatif.

Une telle lecture rejoint une approche relationnelle de la dignité par l'autonomie du sujet en lien avec ses conditions socioéconomiques et ses pairs. La Cour a aussi pu étendre sa jurisprudence sur l'autonomie à ses conséquences vis-à-vis des droits sociaux, relativement par exemple à l'exclusion d'un partenaire de même sexe de la protection sociale<sup>1215</sup>, ou lorsqu'elle déduit de sa position sur l'avortement qu'un ensemble d'obligations pèse sur le système de soins<sup>1216</sup>, avec un souci particulier, par exemple, pour une femme très jeune et très pauvre<sup>1217</sup>. La Cour montre la plasticité de ses raisonnements lorsqu'elle s'appuie, plutôt que sur l'égalité, sur le droit à la vie et à la sécurité sociale pour donner droit à la demande d'une personne âgée à qui était refusée l'assistance réservée aux personnes dans l'extrême pauvreté mais dont une maladie l'empêchait de subvenir à ses besoins<sup>1218</sup>. De même, la Cour a pu considérer la prostitution comme une activité légale qui bénéficiait des mêmes protections que n'importe quelle autre profession, en qualifiant la relation contractuelle qui liait une travailleuse du sexe à un patron de bar qui ne souhaitait plus l'employer du fait qu'elle était enceinte : la Cour notait à cet effet que les dispositions législatives et réglementaires relatives à la prostitution oscillaient entre abolitionnisme et régulation, mais visaient, lorsqu'interprétés à l'aune de la dignité et de l'égalité, à protéger les travailleurs du sexe, qui peuvent alors bénéficier du droit à la sécurité sociale, du droit au minimum de subsistance, du droit à l'autonomie personnelle et des protections du droit du travail<sup>1219</sup>. Une telle lecture de la Constitution de 1991 ne doit néanmoins pas être comprise comme le signe d'une philosophie à contre-courant de la société productive et capitaliste dans laquelle elle s'inscrit : dans ce que l'on peut considérer comme une contradiction ou une diversité idéologique propre à un projet normatif tel qu'il est construit par des opinions, la Cour conçoit par exemple le travail comme un projet de vie pour les personnes handicapées<sup>1220</sup>.

L'ampleur de la jurisprudence de la Cour en matière de droits sociaux s'observe surtout relativement au sens donné au droit à la santé, qu'elle a relié à « la restauration du bien-être physique

---

<sup>1215</sup> Parmi de nombreuses décisions, voir CCC, C-075/07 (Rodrigo Escobar Gil). CCC, C-811/07 (Marco Gerardo Monroy Cabra). CCC, C-336/08 (Clara Inés Vargas Harnández), *op. cit.*, sur les pensions. CCC, C-029/09 (Rodrigo Escobar Gil), pour un ensemble d'acquis sociaux relatifs à la pauvreté, au logement, à l'assurance, au droit des étrangers.

<sup>1216</sup> *Ibid.* et CCC, T-388/09 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>1217</sup> CCC, T-841/11 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>1218</sup> CCC, T-149/02 (Álvaro Tafur Galvis).

<sup>1219</sup> CCC, T-629/10 (Juan Carlos Henao Perez), en particulier §25-27 et 43-66 pour l'analyse des dispositifs encadrant ou interdisant la prostitution et §95-156 sur la prostitution comme activité économique licite devant bénéficier des mêmes protections que n'importe quel autre travail. La Cour décide alors de considérer qu'une travailleuse du sexe était liée par un contrat au patron du bar dans lequel elle exerçait son activité tout en excluant la prostitution de l'atteinte aux bonnes mœurs qui constitue l'illicéité d'un contrat selon le Code civil, §79-92.

<sup>1220</sup> Voir par exemple CCC, SU-040/18, opinion dissidente de Diana Fajardo, §5.1 : « *Parte fundamental de la elaboración de estas políticas públicas para el grupo poblacional antes referido, radica en su integralidad, con el objeto de que las personas destinatarias sean dignificadas a partir de sus diversidades y logren un desarrollo cualitativo en todas las dimensiones posibles de la vida. Dentro de tales dimensiones se encuentra la laboral, con un objetivo evidente, el de garantizar un mínimo económico para la subsistencia digna, y con otro adicional, menos visible pero muy relevante dentro de nuestro marco constitucional, consistente en lograr la efectiva inclusión de la población en situación de discapacidad en una sociedad que la valora y que la considera imprescindible para su construcción, permitiendo a la vez la realización de los planes de vida, que dan sentido de la existencia, de cada uno de sus integrantes.* »

du patient » plutôt qu’au seul traitement<sup>1221</sup>. La Cour a ainsi pu relier le droit à la santé au principe d’efficacité des services publics prévu à l’article 366 pour faire peser sur le système de santé des obligations qui protègent les patients « d’impondérables ou d’événements qui les conduisent au malheur et qui, en appliquant raisonnablement les ressources publiques disponibles, peuvent être évités », en particulier « dans des circonstances où la protection des conditions de vie minimales des personnes qui n’ont pas les moyens et les possibilités de se débrouiller seules est en jeu<sup>1222</sup> ». Le droit à la santé et la position unanime de la Cour se rencontrent dans les décisions vis-à-vis du VIH mais montrent aussi combien sa jurisprudence peut se révéler plus variée lorsqu’il s’agit de prendre en compte des effets sociaux structurels. Dans une opinion de 1992, Eduardo Cifuentes Muñoz ne fait pas une lecture libertarienne de la dignité humaine lorsqu’il l’adosse à l’égalité pour exclure le paiement des soins exigé par un hôpital à un patient à qui le VIH avait été détecté. Après une analyse complète des politiques publiques visant à lutter contre l’épidémie, dépassant le Conseil d’État qui, bien que son dispositif soit confirmé par la Cour, s’en tenait à relier le droit à la santé à la dignité et à l’égalité vis-à-vis des populations fragiles évoquées à l’article 13. Le jugement de Cifuentes Muñoz va plus loin avec un verbe qui lui est propre en mettant en avant le « principe de solidarité », si bien que le fondement de la dignité occupe une place très faible dans la décision en ne se trouvant jamais seul et pour lui-même<sup>1223</sup>. L’amorce de l’opinion qui affirme que « le caractère social de l’État de droit n’est pas une formule rhétorique<sup>1224</sup> » laisse à penser qu’une dignité définie autrement serait vide de sens, même si la référence à une normativité qui irait au-delà de la rhétorique ou de la forme

---

<sup>1221</sup> CCC, T-597/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §1 : après une mauvaise prise en charge qui réduit à vie la mobilité du patient suite à une opération qui avait résolu la maladie immédiate, la Cour estime que « *la pretensión del actor deja entrever una concepción amplia del derecho a la salud, según la cual, se trata de un derecho que sirve no sólo para pedir el alivio de la enfermedad, sino que, además, faculta a su titular para solicitar el restablecimiento de las condiciones de bienestar físico del paciente. Curación y tratamiento estarían implícitos dentro de esta percepción del derecho. Según este criterio, el daño no se consume con el mero menoscabo de la función del órgano, sino con la pérdida irreversible de la movilidad. La existencia de una recuperación, incluso parcial, eliminan el carácter consumado del daño.* ».

<sup>1222</sup> *Ibid.*, §F.1-4 : « *La Constitución no sólo protege a las personas contra la injusticia que proviene del ejercicio arbitrario del poder, también lo hace, excepcionalmente, cuando se produce una combinación de circunstancias y fatalidades que conducen al individuo a una situación de desamparo e injusticia social que lo coloca por debajo del mínimo vital. En este orden de ideas, las instituciones que prestan servicios públicos no sólo tienen el deber de ejercer sus funciones dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley, sino también el de actuar de manera tal que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada. Es importante señalar que el Estado adquiere una responsabilidad mayor en la consecución de recursos en aquellas circunstancias en las cuales se trata de la protección de condiciones mínimas vitales de las personas carentes de medios y de posibilidades de valerse por sí mismas* ».

<sup>1223</sup> CCC, T-505/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §5 : « *La dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. La reducción de la persona a mero objeto de una voluntad pública o particular (v.gr. esclavitud, servidumbre, destierro), los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12) o simplemente aquellos comportamientos que se muestran indiferentes ante la muerte misma (p. ej. el sicariato), son conductas que desconocen la dignidad humana y, en caso de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pueden ser pasibles de repulsa inmediata por vía de la acción de tutela, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.* ». C’est le même lien que fait la Cour entre solidarité et dignité, mais sans implications socioéconomiques particulières, dans sa décision sur l’euthanasie, voir *supra*, note 1171.

<sup>1224</sup> *Ibid.*, §5.

est fréquente dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne comme sud-africaine. Une manière alternative d'envisager le sens donné à la dignité et au droit à la santé par la Cour est de voir ce qu'elle n'y associe pas : en particulier, la jurisprudence accorde aisément les soins demandés en *tutela* sans se demander, au-delà de l'affaire en cause, s'il n'y a alors pas une atteinte aux droits des autres du fait du coût<sup>1225</sup>.

De manière plus isolée dans la jurisprudence, Cifuentes Muñoz présente la « justice sociale » comme principe juridique à part entière<sup>1226</sup>. Mais le juge cherche à détacher la solidarité du seul article 92-5 qui la proclame en évoquant les catastrophes, accidents et situations d'urgence<sup>1227</sup>. Il appuie plus largement la notion de « Constitution économique » selon une élaboration devenue classique de la Cour qui relie ensemble le préambule, les articles premier et second sur l'État social de droit et la finalité sociale de l'État, et l'article 366 sur le droit à l'eau ou encore l'article 95, sans même que le juge ne précise les références précises des nombreux fondements qui paraissent plutôt constituer des notions :

L'État social de droit, les principes de la dignité humaine et de la solidarité sociale, les objectifs de promouvoir la prospérité générale et de garantir l'effectivité des droits, devoirs et principes constitutionnels, ainsi que le droit fondamental à l'égalité des chances, guident l'interprétation de la Constitution économique et irradient tous les domaines de sa réglementation - propriété privée, liberté d'entreprise, exploitation des ressources, production, distribution, utilisation et consommation des biens et services, fiscalité, budget et dépenses publiques.<sup>1228</sup>

La Constitution comme norme sociale – au sens d'une incorporation de la société telle que l'envisage Hermann Heller<sup>1229</sup> – est alors étendue à l'ensemble de l'activité étatique et privée. Le fondement

---

<sup>1225</sup> CCC, T-654/04 (Marco Gerardo Monroy Cabra), opinion concordante de Rodrigo Uprimny, §34, à l'exception, donc, des opinions de Rodrigo Uprimny sur le sujet, voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1, B.

<sup>1226</sup> CCC, T-505/92, *op. cit.*, §5 : « *La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización. El Estado social de derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (CP Preámbulo). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social.* »

<sup>1227</sup> Constitution de Colombie, article 95 : « *La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;* »

<sup>1228</sup> CCC, T-505/92, *op. cit.*, §5 : « *El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación - propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público.* »

<sup>1229</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1.

solidaire n'est pas nécessaire à une telle approche, mais il illustre ici un courant jurisprudentiel bien présent. Les domaines dans lesquels les droits sont mobilisés peuvent expliquer la différence conceptuelle marquée par cette approche, tant l'épidémie du VIH renvoie à la survie quel que soit le sens solidaire donné ensuite par le juge dans les fondements de son raisonnement. Le magistrat proclame quelques années plus tard un droit à être différent et un droit à l'identité personnelle en jugeant que « le principe de dignité ne peut pas se comprendre hors du processus nécessaire de socialisation de l'individu », et le relie également au pluralisme et à la diversité ethnique, mais l'affaire ne concerne pas les droits sociaux<sup>1230</sup>. De manière similaire, une lecture alternative de la Constitution économique proposée par le magistrat Alejandro Martinez Caballero, qui n'a pas été retenue par la jurisprudence ultérieure, visait à distinguer un contrôle restreint du juge relativement aux atteintes aux libertés économiques d'un contrôle normal propre aux libertés individuelles, en se fondant sur la primauté que la Constitution confère à l'État social de droit et sur la fonction sociale que le texte associe à la régulation du marché par l'État<sup>1231</sup>, ou, dit autrement, en concevant « l'absence de liberté que constitue la misère<sup>1232</sup> ».

## 2. Les limites de la lecture systémique en Colombie

Tout en donnant un sens particulièrement ouvert et relationnel à l'autonomie, la Cour constitutionnelle de Colombie a donné à voir une jurisprudence plus mesurée lorsqu'elle était saisie de nombreuses demandes provenant des classes moyennes plutôt que des plus démunis<sup>1233</sup> à l'occasion de l'importante crise économique qui a touché le pays à la fin des années 1990. Les fondements de la jurisprudence en matière de politique économique informent alors sur les formes et les limites de la construction normative envisagée par les opinions de la Cour. Il faut considérer en particulier que l'on se situe dans un domaine où les budgets publics et les revenus fiscaux sont

---

<sup>1230</sup> CCC, T-090/96 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §4 : « El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incansables de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa »

<sup>1231</sup> CCC, C-265/94 (Alejandro Martinez Caballero), §5 : « La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas. »

<sup>1232</sup> CCC, C-040/93 (Ciro Angarita Barón) : « El Estado social de derecho no hace caso omiso de la falta de libertad que causa la miseria. Pero el nuevo concepto de libertad, no es simplemente formal; reivindica la posibilidad real de desarrollar actividades económicas libremente escogidas y autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias. Es bajo esta nueva concepción que se legitiman importantes instrumentos de intervención, tanto para la búsqueda de eficacia como de equidad. El papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos. Si damos, como lo quiere la Carta, valor jurídico a los principios constitucionales, no puede ser otra la interpretación del Estado colombiano actual. En este sentido, la tarea de los poderes públicos es la de generar una sociedad más justa y solidaria. »

<sup>1233</sup> Sur la relation entre accès au juge, société civile et jurisprudence en matière de droits sociaux, voir *infra*, chapitre 6.

directement touchés, de même que la Cour statuait en grande partie sur des dispositifs législatifs dans son contrôle abstrait en matière de politique économique : il s'agit donc d'un contexte favorable à l'expression d'une prudence proche de celle qu'exprime la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en de plus larges occasions, lorsqu'elle intègre la contrainte économique dans son raisonnement en matière de droits<sup>1234</sup>. La Cour colombienne donne alors à voir une jurisprudence plus attentive aux besoins minimaux qu'aux politiques structurelles dans trois contentieux.

*a. Les hésitations sur le système de prêt immobilier UPAC*

Une série de décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie a concerné le système de financement de l'acquisition de logements mis en place en 1972, dit UPAC, qui créait des unités de valeur sur lesquelles les prêts étaient adossés. Alors que le système étant indexé sur l'inflation, la crise économique de 1999 place de nombreux propriétaires dans l'incapacité de rembourser leurs prêts. La Cour intervient sur un fondement technique en jugeant inconstitutionnelle la disposition législative qui exigeait de la Banque centrale, pourtant autonome, qu'elle actualise la valeur de l'unité sur les taux d'intérêts pratiqués dans l'économie<sup>1235</sup>. Peu après, l'ensemble du système est jugé inconstitutionnel au motif qu'il avait été largement adopté par décret présidentiel alors que, selon la Cour, il relevait des compétences du législateur<sup>1236</sup>. L'argumentation n'est pas exempte d'un fondement social puisque la Cour estime que l'État social de droit et surtout l'article deux de la Constitution, qui évoque un « ordre juste », permet bien d'actualiser la valeur des prêts en fonction de la valeur monétaire, afin de maintenir « l'équilibre entre le créancier et le débiteur » que la Cour associe à une exigence normative d'équité<sup>1237</sup>. Mais le renvoi par le législateur aux taux en vigueur sur le marché « conduit à l'introduction d'un nouveau facteur, celui du rendement de la monnaie, c'est-à-dire le revenu qu'elle produit<sup>1238</sup> », lequel n'est alors plus justifiable en les mêmes termes. L'évocation d'un « surplus » qui « détruit la valeur de la dette »<sup>1239</sup> évoque une analyse marxiste, mais la juridiction coupe court à toute discussion théorique en jugeant que l'indexation est contraire à la

---

<sup>1234</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2.

<sup>1235</sup> CCC, C-383/99 (Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>1236</sup> CCC, C-700/99 (Jose Gregorio Hernandez Galindo). La Cour décide ultérieurement que le mécanisme de capitalisation des intérêts qui permet de ventiler ceux-ci sur l'ensemble du terme est contraire à la Constitution en ce qu'il a pour effet que les versements ne couvrent pas même les intérêts sur certaines périodes, CCC, C-747/99 (Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>1237</sup> CCC, C-383/99, *op. cit.*, §4.5.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, §4.6.

<sup>1239</sup> *Ibid.*, §4.7. Dès lors pour la Cour, « al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2° de la Constitución. » (*Ibid.*).

réalisation progressive du droit au logement prévu à l'article 51 du fait qu'elle dépasse les capacités de paiement des acquéreurs<sup>1240</sup>.

La part d'évitement de la question sociale qui demeure dans les décisions relatives au système UPAC, au profit d'arguments techniques, peut sans doute s'expliquer par des débats internes à la juridiction. Des opinions dissidentes sont particulièrement virulentes à l'égard de l'activisme dont fait preuve le juge dans ces décisions<sup>1241</sup>, qui ont suscité une forte opposition politique, pour estimer par exemple que « le coût énorme de ces interventions, si elles peuvent être très populaires sur le moment, affectent négativement la juridiction constitutionnelle<sup>1242</sup> », tandis qu'elle constitue une violation « de l'État de droit et du principe démocratique » en s'aventurant sur des thèmes qui relèvent des « organes de l'État »<sup>1243</sup>. La justification apportée par la Cour colombienne diffère ici de celle de la Cour sud-africaine en ce qu'elle évoque le rôle public et même la popularité de la juridiction<sup>1244</sup>.

*b. L'activisme en matière de gel des salaires*

La Cour relie néanmoins plus clairement sa jurisprudence à l'État social de droit dans une deuxième série de décisions, relatives aux salaires et incidemment aux classes moyennes. En 2000, la Cour invalide le gel par la loi des salaires des agents publics aux revenus supérieurs à deux fois le revenu minimal en 2000, et étend sa décision à une carence du législateur qui n'aurait pas prévu une hausse insuffisante des salaires en-deçà de l'ensemble des agents puisque l'inflation de près de 10% entraînait une baisse du revenu réel pour tous : pour la Cour, tous les agents doivent voir leur revenu augmenter au minimum à hauteur de l'inflation<sup>1245</sup>. Le fondement est l'État social de droit qui s'étendrait à ce que la Cour, s'appuyant sur des décisions antérieures, au « pouvoir d'achat » qu'elle lie à la valeur monétaire<sup>1246</sup>. L'ordre socioéconomique juste évoqué au préambule de la Constitution

---

<sup>1240</sup> Voir *supra* chapitre 2, section 2, §1. B. 3.

<sup>1241</sup> Voir les opinions rédigées conjointement par Vladimiro Naranjo Mesa et Eduardo Cifuentes Muñoz dans les décisions C-383/99, *op. cit.*, C-700/99, *op. cit.*, et C-747/99, *op. cit.*, en estimant dans les deux premiers cas que la Cour contourne la délibération démocratique en rendant le sujet plus technique qu'il ne l'est et, pour la décision C-700/99, en ne respectant pas sa jurisprudence antérieure qui permettait pourtant de recourir à un décret présidentiel pour réorganiser une politique publique comme c'était le cas en l'espèce. Un nouveau système a été élaboré par le législateur en exécution des décisions de la Cour, qui en valide la majeure partie, CCC, C-955/00 (José Gregorio Hernández Galindo). Sur l'exécution de ces décisions, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1242</sup> Opinion dissidente de Vladimiro Naranjo Mesa et Eduardo Cifuentes Muñoz, C-389/99, *op. cit.* : « el costo enorme de este tipo de intervenciones, así ellas puedan por el momento ser muy populares, gravitará negativamente sobre la jurisdicción constitucional ».

<sup>1243</sup> *Ibid.* : « No obstante, haber emprendido este camino, tal vez bajo el halago de responder a una causa popular, la expone a erosionar su prestigio y su posición institucional en el marco de los poderes públicos. La Corte no puede hacerse cargo de los asuntos que corresponde resolver a la política y cuya solución se ha atribuido a otros órganos de esa misma naturaleza. El respeto por el Estado de derecho y el principio democrático, obliga a la Corte a abstenerse de extender el imperio de su jurisdicción a la resolución de problemas sociales que requieren de instrumentos y de la puesta en obra de políticas por parte de otros órganos del Estado. »

<sup>1244</sup> Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1245</sup> CCC, C-1433/00 (Antonio Barrera Carbonell).

<sup>1246</sup> *Ibid.*, §2.6.



est lié à la « philosophie qui inspire l'État social de droit, fondée sur les principes de la dignité humaine, de la solidarité et de la consécration du travail en tant que valeur, droit subjectif et devoir social »<sup>1247</sup>, à l'égalité en matière de rémunération prévue à l'article 53, et aux articles 334 et 366 qui évoquent les biens de première nécessité et la finalité sociale de l'État. L'ensemble constitue pour la Cour un contenu minimal qu'elle ne lie pas à une disposition en particulier mais dont elle donne le sens substantiel d'un droit à la préservation de la valeur du salaire, au-delà de son seul montant nominal. La conservation du salaire<sup>1248</sup> a l'originalité d'être ici rattachée à une analyse économique mais aussi à la non-discrimination puisqu'étaient concernés par la loi les hauts revenus, auxquels la Cour donne droit tout en étendant sa décision aux agents publics qui n'étaient pas visés par la loi<sup>1249</sup>. Cette position est critiquée en ce qu'elle a pu favoriser les classes moyennes au détriment des plus démunis, critique qui peut également s'adresser à la jurisprudence en matière de droit à la santé dans les années 2000<sup>1250</sup>. La Cour est en outre étonnamment silencieuse sur les conditions structurelles qui ont produit la pauvreté dont il était question et n'évoque pas, par exemple, le fait que la loi invalidée résultait d'une demande du Fonds monétaire international en échange d'une aide face à la crise économique de 1999.

En 2001, la Cour se montre plus audacieuse, toujours en matière de salaires. Elle réévalue sa jurisprudence de 2000 qui invalidait le gel des salaires des agents publics mieux lotis, en déclarant inconstitutionnelle l'omission du législateur en tant qu'il n'avait pas prévu une hausse des salaires des agents publics malgré l'inflation. Or, le juge ne fonde ici plus sa décision sur la justice du système économique mais sur l'atteinte à la dignité des populations vulnérables que représente la carence du législateur<sup>1251</sup>. Il n'est pas anodin que la décision soit rédigée par Manuel Cepeda Espinosa qui avait critiqué l'intervention antérieure de la Cour en matière économique, comme si un fondement plus minimaliste relevait plus légitimement de l'office du juge constitutionnel. La Cour estime, en

---

<sup>1247</sup> *Ibid.*, §2.7.

<sup>1248</sup> Voir *supra*, §1, A, 2, et, dans le contexte de la crise économique pour les enseignants-chercheurs de l'université, CCC, T-308/99 (Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>1249</sup> CCC, C-1433/00, *op. cit.*, §2.8 : « Dicho tratamiento rompe el principio de igualdad en la medida en que la situación de todos los trabajadores está igualmente afectada por la situación económica y, en especial, por el fenómeno inflacionario. Y si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros. ».

<sup>1250</sup> Voir *infra*, chapitre 5. La Cour a ensuite jugé que les pouvoirs publics n'avaient pas exécuté correctement sa décision lors de l'examen du budget de 2002, CCC, C-1017/03 (Manuel José Cepeda Espinosa et Rodrigo Escobar Gil), après par ailleurs une tentative de révision par référendum qui visait à contrer la décision de la Cour, ce qui motive sans doute un dispositif précis sur les injonctions adressées au législateur et au gouvernement en l'espèce, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1251</sup> C-1064/01 (Manuel José Cepeda Espinosa et Jaime Córdoba Triviño), §5.2.1 : « el no mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos con menores ingresos puede afectar de manera considerable su derecho y el de las personas que dependen económicamente de ellos, a tener una vida digna (art. 1 de la CP), pues precisamente se trata de la población que es más vulnerable a situaciones económicas críticas. (...) El grupo de servidores públicos con menores ingresos, junto a sus familiares, hacen parte, precisamente, de ese grupo de personas que constitucionalmente merecen una protección especial en un Estado Social de Derecho, particularmente en situaciones económicas como las que se han vivido en los últimos tres años. »

poursuivant et qualifiant l'interprétation opérée en 2000 d'« historique et téléologique<sup>1252</sup> » et de « systématique<sup>1253</sup> », que la « rémunération minimale et flexible » inscrite à l'article 53 et plus largement la notion de travail doivent se comprendre en fonction de l'État social de droit, de la dignité humaine, de la solidarité, de l'égalité et de l'accès aux biens de base<sup>1254</sup>.

Toutefois, la Cour opère un revirement partiel en excluant du contenu minimal opposable des droits le droit au maintien du pouvoir d'achat en fonction de l'inflation de l'année précédente. Elle invoque notamment une jurisprudence antérieure sur le salaire minimal dont elle estime que l'on peut en déduire deux sens : du fait que les motifs affirment que les pouvoirs publics ne peuvent baisser le pouvoir d'achat mais que le dispositif ordonne de prendre en compte l'ensemble des facteurs socio-économiques<sup>1255</sup>, il serait alors possible de faire prévaloir les motifs sur le dispositif ou l'inverse. Il n'y a alors aucune nécessité à imposer normativement un droit au maintien du point de vue de la garantie d'une rémunération substantiellement adaptée. Selon la Cour, la décision de 2000 étend ce droit au maintien au-delà du seul salaire minimal en s'en tenant au seul critère de l'inflation de l'année précédente, ce qui reviendrait à s'attacher à un caractère absolu des droits que la jurisprudence antérieure a rejeté<sup>1256</sup>. Pour la même raison, la Cour refuse le raisonnement de 2000 fondé sur l'égalité en jugeant que l'égalité substantielle invalide un mode de calcul « mathématique » ici basé sur l'inflation<sup>1257</sup>. Cela revient à donner au principe d'égalité une interprétation moins exigeante qui fonde le contrôle de proportionnalité des mesures – dont la Cour rappelle l'exigence tout au long de la décision – mais exclut la délimitation d'une obligation normative précise. La loi est pourtant jugée inconstitutionnelle en tant qu'elle n'avait pas prévu le budget nécessaire pour l'ajustement des salaires à l'inflation mais seulement en ce qui concerne les salaires les plus bas, au nom de leur droit à vivre une vie digne alors qu'ils sont vulnérables, sans imposer un ajustement général pour tous les salaires des agents publics, ce qui laisse une marge beaucoup plus large à l'État pour exécuter la décision.

---

<sup>1252</sup> Voir *supra*, note 1241.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, §4.2.2.

<sup>1254</sup> La Cour insiste particulièrement sur ce point : « *la Corte Constitucional estima que una interpretación sistemática de la Constitución permite en efecto afirmar que con base, entre otros, en los fines de construir un orden social justo (Preámbulo y artículo 2), los principios fundamentales de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y trabajo, los deberes sociales del Estado – entre ellos los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.* » (*Ibid.*, §4.2.2).

<sup>1255</sup> CCC, C-815/99 (José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>1256</sup> CCC, C-1064/01, *op. cit.*, §5.1.1.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, §5.1.2.

La décision de la Cour de 2001 sur le gel des salaires des fonctionnaires a fourni une interprétation détaillée de l'État social de droit. Tout en y voyant un développement de l'État social du constitutionnalisme européen rappelait, la Cour estime que « la solidarité renforcée dans un État social de droit ne peut cependant aller jusqu'à l'élimination de la liberté individuelle et sociale par la matérialisation d'un État qui, sous prétexte d'exercer ses fonctions de direction de l'économie, se transforme en un État totalitaire<sup>1258</sup> ». La critique de la puissance de l'État et celle du pouvoir du juge se rencontrent lorsque la Cour estime qu'elle « ne peut être indifférente à la réalité économique et à la situation sociale », à la condition d'apprécier « les éléments factuels des litiges, non pas sous l'angle d'une théorie économique ou d'une autre, mais sous l'angle de leur pertinence constitutionnelle dans un État social de droit fondé sur le respect de la dignité humaine, le travail, la solidarité et la prévalence de l'intérêt général<sup>1259</sup> ». La dignité ne trouvait pas à s'appliquer en 2000 relativement au gel des salaires des agents publics mieux lotis ; la Cour pouvait s'en tenir au principe d'égalité et à l'exigence du caractère juste du système économique. Mais la dignité revient en 2001 lorsqu'il s'agit simplement d'imposer une obligation de maintien appréciée en fonction des espèces. Si la logique suivie par la Cour recouvre une certaine casuistique, on notera le choix de privilégier le fondement de la dignité humaine pour protéger les plus démunis d'un côté, ou l'égalité et les finalités sociales de l'État pour contrôler la politique économique d'un autre. Aussi, puisque la décision de 2000 évoque assez peu ces considérations juridico-philosophiques relatives à l'État social de droit, on est tenté de postuler que la Cour cherche, en 2001, à justifier sa position en invoquant au contraire des fondements sociaux.

### *c. L'attention aux produits de première nécessité*

En revanche, la Cour adopte une approche plus solide lorsqu'elle annule, en 2003, une série de lois qui étendait la TVA des produits de première nécessité<sup>1260</sup>, sous la plume de Manuel José Cepeda Espinosa : dans cette décision aux effets structurels s'il en est<sup>1261</sup>, l'opinion majoritaire s'appuie sur une analyse factuelle de la pauvreté qui met en avant le quart d'indigents dans le pays<sup>1262</sup>. Une telle approche du juge élargit son regard sur la situation causée par la crise économique de la

---

<sup>1258</sup> CCC, C-1064/01, *op. cit.*, §4.1.1 : « *La apelación a la solidaridad reforzada en un Estado Social de derecho no puede, sin embargo, llegar al extremo de eliminar la libertad individual y social a través de la materialización de un Estado que, so pretexto de ejercer sus funciones de dirección de la economía, se transforma en uno totalitario* ». Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §1. A. 1. et §2. A. 2.

<sup>1259</sup> *Ibid.*, §5.1.2.4 : « *En la presente sentencia la Corte no puede ser indiferente a la realidad económica y a la situación social. No obstante, la Corte apreciará los elementos de juicio fácticos correspondientes, no desde la perspectiva de una u otra teoría económica, sino de su relevancia constitucional en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, en la solidaridad y en la prevalencia del interés general.* »

<sup>1260</sup> CCC, C-776/03 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>1261</sup> On peut penser à l'inverse au rejet, en 2021, d'une requête déposée par plusieurs juristes et économistes réunis par l'ONG DeJusticia qui contestait le manque de progressivité du système fiscal, en visant le principe d'égalité, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, §4.5.5.7.

fin des années 1990. La décision est fondée sur l'État social de droit, la dignité humaine, le principe d'équité, le principe de progressivité de l'impôt, la finalité sociale de l'intervention de l'État dans l'économie ainsi que le droit au minimum vital<sup>1263</sup>. Néanmoins, si l'interprétation qui oppose ce dernier à une hausse de la TVA n'est pas exempte d'audace, elle peut s'appuyer sur une jurisprudence établie concernant « les conditions matérielles basiques et indispensables pour mener une vie digne et autonome<sup>1264</sup> » qui ne considère pas la politique fiscale ou la question redistributive, comme c'était le cas lorsqu'il s'agissait des hausses de salaires des agents publics, mais uniquement ce droit pris dans sa dimension négative<sup>1265</sup>. Dans le même sens, la Cour a pu rejeter une demande visant le principe de dégressivité fiscale et l'inégalité de la contribution des retraités et des actifs disposant d'un revenu minimal, au motif que la demande manquait de clarté quant aux différences supposées entre les groupes visés<sup>1266</sup>. Mais la Cour a pu étendre une exemption de TVA des serviettes hygiéniques aux coupes menstruelles, en se fondant sur cette jurisprudence ainsi que celle relative aux droits des femmes<sup>1267</sup>.

## B. En Afrique du Sud, une conception libertarienne de la vie digne

Si la Cour sud-africaine a été aussi audacieuse que la Cour colombienne en matière d'autonomie, elle en a tiré une lecture plus individualiste, liée à la responsabilité, sans la relier aux droits sociaux (1). Elle n'a pas non plus fondé ceux-ci sur le droit à l'égalité, laissant voir une conception libertarienne de la vie digne (2).

### 1. L'autonomie comme responsabilité individuelle

En Afrique du Sud comme en Colombie, la jurisprudence sur les droits sociaux oscille entre une lecture libertarienne ou réductionniste et une lecture solidaire de la vie digne, à la différence près que la Cour sud-africaine est moins claire sur ce que signifie la dignité selon elle, puisqu'elle élabore moins, d'une manière générale, les présupposés philosophiques de ses raisonnements<sup>1268</sup>.

---

<sup>1263</sup> La Cour relie alors de manière tout à fait typique l'État social de droit, la dignité et l'idée d'un minimum – chacun étant par ailleurs étudiés séparément dans la décision – lorsqu'elle déduit du premier que : « *Bajo el primer principio fundamental, la dignidad humana, las autoridades públicas no pueden tratar al ser humano como una cosa o mercancía, ni ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida ésta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente.* » (CCC, C-776/03, *op. cit.*, §4.5.3.3.1).

<sup>1264</sup> *Ibid.*, §3.5.3.3.2.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, §4.5.3.3.2 : « *Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. Es por ello que institucionales como la inembargabilidad de parte del salario, la prohibición de la confiscación, la indisponibilidad de los derechos laborales o el amparo de pobreza, entre otros, constituyen ejemplos concretos del mencionado límite inferior que excluye ciertos recursos materiales de la competencia dispositiva del Estado o de otros particulares.* »

<sup>1266</sup> CCC, C-146/18 (José Fernando Reyes Cuartas).

<sup>1267</sup> CCC, C-102/21 (José Fernando Reyes Cuartas).

<sup>1268</sup> Sur ces différences de raisonnement et de style, voir *infra*, chapitres 5 et 6.

De fait, la dignité a d'abord été comprise par la Cour comme une liberté individuelle<sup>1269</sup>. Les significations solidaires ou relationnelles de la dignité apparaissent d'autant moins que la Cour donne une lecture exigeante de l'autonomie personnelle prise isolément<sup>1270</sup>. Illustrant cette tendance, Albie Sachs a lui-même délivré des opinions restrictives sur les droits sociaux tout en se montrant particulièrement progressiste dans d'autres affaires. L'ancien compagnon de l'ANC durant l'Apartheid a ainsi rédigé l'opinion de la décision *Fourie* qui a exigé du législateur sud-africain qu'il reconnaisse le droit de se marier aux couples de même sexe au nom du principe d'égalité mais aussi, déployant une puissance argumentative qui fait défaut à la Cour en matière de droits sociaux, d'un « droit à la différence » (*a right to be different*) et l'expérience intime de la diversité<sup>1271</sup>. La Cour donne alors une vision constructiviste de la société en décrivant une norme sociale, celle du patriarcat comme celle plus largement du racisme et de l'esclavage, qui a changé jusqu'à être « transformée »<sup>1272</sup>.

Le sens donné à l'autonomie par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud n'est cependant pas sans équivoque et oscille entre l'ouverture et le conservatisme. La décision *Fourie* fait suite à une décision qui refusait d'étendre le droit de succession à des partenaires de même sexe en insistant sur l'effet qu'une telle décision pourrait avoir en assimilant la vie en concubinage au mariage, présenté

---

<sup>1269</sup> CCAS, 6 décembre 1995, *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* (Lourens Ackermann), §49 : « Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their "humanness" to the full extent of its potential. Each human being is uniquely talented. Part of the dignity of every human being is the fact and awareness of this uniqueness. An individual's human dignity cannot be fully respected or valued unless the individual is permitted to develop his or her unique talents optimally. Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfilment are not possible. Without freedom, human dignity is little more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny them their dignity. »

<sup>1270</sup> La Cour est plus généralement activiste en matière de droits qu'elle qualifie de civils et politiques, marquant une différence avec son approche des droits sociaux, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1271</sup> CCAS, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Fourie v. Minister of Home Affairs* (Albie Sachs), ci-après *Fourie*, §60.

<sup>1272</sup> *Ibid.*, §102 : « Indeed, rights by their nature will atrophy if they are frozen. As the conditions of humanity alter and as ideas of justice and equity evolve, so do concepts of rights take on new texture and meaning. The horizon of rights is as limitless as the hopes and expectations of humanity. What was regarded by the law as just yesterday is condemned as unjust today. When the Universal Declaration was adopted, colonialism and racial discrimination were seen as natural phenomena, embodied in the laws of the so-called civilised nations, and blessed by as many religious leaders as they were denounced. Patriarchy, at least as old as most marriage systems, defended as being based on biological fact and which was supported by many a religious leader, is no longer accepted as the norm, at least in large parts of the world. Severe chastisement of women and children was tolerated by family law and international legal instruments then, but is today considered intolerable. Similarly, though many of the values of family life have remained constant, both the family and the law relating to the family have been utterly transformed. »

comme une institution sociale<sup>1273</sup>. Albie Sachs rédigeait alors une opinion dissidente qui insistait sur la vulnérabilité économique constituant une discrimination<sup>1274</sup> ; l'opinion majoritaire répond, avec un certain formalisme, que c'est l'absence de loi, et non l'exclusion du mariage, qui engendre une telle vulnérabilité<sup>1275</sup>. C'est par une théorisation des inégalités en relation avec la dignité que la Cour dépasse cette position dans la décision *Fourie*. La juridiction avait déjà censuré plusieurs dispositions législatives qui criminalisaient l'homosexualité<sup>1276</sup> en jugeant que la discrimination, fondée sur le principe d'égalité, était « renforcée » par le fait que le législateur avait porté atteinte à la dignité, tant l'orientation sexuelle des personnes homosexuelles « fait partie de leur expérience de l'humanité<sup>1277</sup> » ainsi qu'au droit à la vie privée, conçue comme une « sphère d'intimité et d'autonomie qui nous permet de développer nos relations humaines sans invasion de la communauté extérieure »<sup>1278</sup>. Il est intéressant que l'opinion de Lourens Ackerman ramène le moyen portant sur une violation du droit à la vie privée à un article rédigé par Edwin Cameron – qui fut membre de la juridiction par la suite

---

<sup>1273</sup> CCAS, 21 février 2005, *Volks NO v. Robinson and others* (Thembile Skweyiya), voir notamment §51-54 sur la définition du mariage comme « institution sociale ». Citant notamment CCAS, 7 juin 2000, *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others; Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others* (Kate O'Regan), §30 : « Marriage and the family are social institutions of vital importance. Entering into and sustaining a marriage is a matter of intense private significance to the parties to that marriage for they make a promise to one another to establish and maintain an intimate relationship for the rest of their lives which they acknowledge obliges them to support one another, to live together and to be faithful to one another. Such relationships are of profound significance to the individuals concerned. But such relationships have more than personal significance, at least in part because human beings are social beings whose humanity is expressed through their relationships with others. Entering into marriage therefore is to enter into a relationship that has public significance as well ». La décision de 2000 ne cite toutefois pas le paragraphe suivant de la décision *Dawood*, §31 : « However, families come in many shapes and sizes. The definition of the family also changes as social practices and traditions change. In recognising the importance of the family, we must take care not to entrench particular forms of family at the expense of other forms. »

<sup>1274</sup> *Ibid.*, opinion dissidente d'Albie Sachs, §146s. Voir également l'opinion dissidente de Kate O'Regan et Yvonne Mokgoro, §98s, proposant une lecture historique de la manière dont le droit encadre le mariage et ses conséquences, et estimant que cet encadrement peut causer des discriminations inconstitutionnelles au sens de l'article 9. L'argument est également factuel lorsque l'opinion dissidente note le nombre de sud-africains cohabitant hors mariage. Dès lors, « Some cohabitation relationships (...) play a role very similar to marriage in our society. However, because they are not formally celebrated in a manner that is capable of easy proof or ascertainment, attaching legal consequences automatically to such relationships may be less practicable. To resolve this problem some societies have provided for the registration of cohabitation relationships in a manner similar to marriage ». Kate O'Regan et Yvonne Mokgoro estiment que la Cour aurait dû *read in* les dispositions en tant qu'elles incluent le partenaire survivant (§138).

<sup>1275</sup> *Ibid.*, §65. Si la décision *Volks* s'applique encore pour les successions testamentaire pour les personnes non-mariées, tout en voyant sa portée de faite réduite par la décision *Fourie*, la Cour a pu étendre le bénéfice du mariage hors testament, CCAS, 26 novembre 2006, *Gory v. Kolver NO and others* (Belinda Van Heerden), maintenu par CCAS, 30 novembre 2016, *Laubscher NO v Duplan and Another (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae)* (Boissie Mbha).

<sup>1276</sup> CCAS, 9 octobre 1998, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (Lourens Ackerman). L'article 9 de la Constitution d'Afrique du Sud dispose que : « (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. ». La Cour se fonde ici sur le troisième paragraphe. La Cour a étendu la protection en reconnaissant l'atteinte au principe d'égalité constituée par un licenciement, par une institution religieuse, d'un employé ayant exprimé l'intention de contracter un mariage avec une personne de même sexe, CCAS, 24 novembre 2015, *De Lange v Presiding Bishop of the Methodist Church of Southern Africa for the Time Being and Another* (Dikgang Moseneke).

<sup>1277</sup> *Ibid.*, §28 : « which is part of their experience of being human »

<sup>1278</sup> *Ibid.*, §32 : « Privacy recognises that we all have a right to a sphere of private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community »

–, lequel estimait qu’un tel argument laissait croire que la discrimination avait seulement lieu dans l’espace privé, voire que « l’intimité homosexuelle serait honteuse ou inappropriée : qu’elle serait tolérable tant qu’elle était confinée à la chambre<sup>1279</sup> ». La Cour estime que le propos doit être replacé dans le contexte pré-constituant et signifie que l’orientation sexuelle doit avant tout être protégée en tant que discrimination<sup>1280</sup>. Au contraire, la définition de l’homosexualité donnée par le juge est celle d’une seule attirance pour le même sexe, « même à une seule occasion »<sup>1281</sup>. Albie Sachs évoque pourtant, dans son opinion dissidente, une construction sociale en se basant sur une lecture de l’histoire de la sexualité de Michel Foucault<sup>1282</sup> ; il rejette alors l’argument du droit à la vie privée, estimant que l’atteinte à l’intimité occasionnée par les dispositions qui criminalisent l’homosexualité n’est qu’une atteinte au principe d’égalité en lien avec la dignité humaine<sup>1283</sup>.

En outre, si la vie privée ainsi reliée à l’égalité ne présente sans doute plus le risque d’une réduction moraliste, un tel ensemble normatif reste attaché à une vision qui a pu être qualifiée d’hétéronormative de l’homosexualité, en pensant avant tout au couple et en accordant les protections du régime juridique du mariage aux « relations permanentes de personnes de même sexe »<sup>1284</sup>. Cette approche n’évoque pas à l’inverse les situations et pratiques moins conformes à la norme sociale<sup>1285</sup>, et ne lie pas l’inégalité de genre à l’inégalité raciale<sup>1286</sup>. De même, dans l’opinion majoritaire de la décision ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, Albie Sachs notait que le mariage n’était pas qu’une protection juridique mais un fait social et émotionnel autant qu’économique, participant à la construction individuelle des personnes<sup>1287</sup>, soit une valorisation du mariage plus que de la diversité en elle-même. De la même manière, il a pu être reproché à la Cour

---

<sup>1279</sup> E. CAMERON, « Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights », *South African Law Journal*, vol. 110, n° 3, 1993, p. 450-472, p. 464.

<sup>1280</sup> CCAS, *National coalition for Gay and Lesbian Equality*, *op. cit.*, §30.

<sup>1281</sup> *Ibid.*, §20, citant à nouveau Edwin Cameron, *supra*.

<sup>1282</sup> *Ibid.*, §108.

<sup>1283</sup> *Ibid.*, §110-112.

<sup>1284</sup> *Ibid.*, §86-89. Voir P. DE VOS, « From heteronormativity to full citizenship? Equality and sexual freedom in Laurie Ackerman’s constitutional jurisprudence », in A.J. BARNARD-NAUDE, D. CORNELL, F. DU BOIS (dir.), *Dignity, Freedom and the Post-apartheid legal order: the critical jurisprudence of Laurie Ackerman*, Juta, 2008, p. 254-272

<sup>1285</sup> M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, Routledge, 2018, p. 194-195. L’auteur note que les lieux où l’homosexualité se montre à Johannesburg se sont déplacés, avec les blancs et les personnes aisées, vers les quartiers Nord, et reproche au constitutionnalisme sud-africain de ne pas avoir développé de discours visant à lutter contre l’homophobie, voire contre les pratiques policières mobilisant les lois anti-drogues à l’encontre des lieux de sociabilisation LGBT, *Ibid.*, p. 189-191. Voir également la jurisprudence de la Cour vis-à-vis des travailleurs du sexe, *infra*, 2.

<sup>1286</sup> E. BONTHUYS, « Race and gender in the Civil Union Act », *South African Journal of Human Rights*, vol. 20, n° 1, 2007, p. 1-37, critiquant également la loi qui a résulté de la décision *Fourie*, qui créait une union civile distincte du mariage.

<sup>1287</sup> CCAS, *Fourie*, *op. cit.*, §70-72.

de n'avoir évoqué la situation des femmes que sous l'angle des violences qui pouvaient leur être faites, et sous un vocabulaire victimisant<sup>1288</sup>.

Il restait pourtant une large marge d'interprétation à la Cour lorsque l'on considère la richesse inexploitée de dispositions comme le préambule, qui vise « l'amélioration de la qualité de vie de chaque citoyen et la libération du potentiel de chaque personne<sup>1289</sup> ». Il a pu être dit, pour expliquer cette position, que la Cour devait prêter attention au contexte sud-africain dans lequel les relations de pouvoir, déterminées par la race et les relations socioéconomiques, ne permettait pas d'invoquer un discours audacieux sur l'autonomie<sup>1290</sup>. Dans son opinion concordante relative aux discriminations envers les personnes homosexuelles, Albie Sachs fournit pourtant une lecture qui n'est pas éloignée d'une vision du social en termes d'autonomie personnelle lorsqu'il estime que

La Constitution ne présuppose pas qu'un sujet de droit soit un personnage isolé, seul et abstrait possédant un soi sans corps et déconnecté de la société. Elle considère les personnes qui vivent dans leurs corps, leurs communautés, leurs cultures, leurs lieux et leurs temps.<sup>1291</sup>

La force de ces mots n'a peut-être pas trouvé de suites dans la jurisprudence sud-africaine faute d'opportunités contentieuses : la Cour n'a pas eu à décider d'affaires concernant d'autres questions de société, comme l'euthanasie<sup>1292</sup>. Dans un sens plus restreint, la Cour a insisté sur le droit à la sécurité des personnes en faisant des violences faites aux femmes une atteinte à leur dignité et à leur autodétermination<sup>1293</sup>.

La Cour est plus taiseuse encore lorsque les droits sociaux sont en jeu dans les questions de société, ce qui peut s'expliquer autant par sa position prudente vis-à-vis des obligations positives qui leur sont liées que par une approche du social – et ce qui tranche avec l'approche systématique de la Cour colombienne. L'autonomie définie par Albie Sachs, et dont on trouve des formulations

---

<sup>1288</sup> N. FRITZ, « Crossing Jordan : constitutional space for (un)civil sex », *South African Journal of Human Rights*, vol. 20, n° 2, 2004, p. 230-248, spec. p. 230.

<sup>1289</sup> Constitution d'Afrique du Sud, préambule : « *We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to - Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; - Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; - Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person (...).* »

<sup>1290</sup> J. BARNARD-NAUDE, P. DE VOS, « Disturbing heteronormativity: the queer jurisprudence of Albie Sachs », *South African Public Law*, vol. 25, n° 1, 2010, p. 209-234, p. 217-218.

<sup>1291</sup> CCAS, *National coalition for Gay and Lesbian Equality*, *op. cit.*, §117 : « *the Constitution does not presuppose that a holder of rights is as an isolated, lonely and abstract figure possessing a disembodied and socially disconnected self. It acknowledges that people live in their bodies, their communities, their cultures, their places and their times* ».

<sup>1292</sup> En revanche, il est admis, depuis une jurisprudence de 1986, que les médecins peuvent cesser de maintenir en vie un patient en état de mort clinique, SCA, 19 septembre 1986, *S. v. Williams*.

<sup>1293</sup> CCAS, 16 août 2001, *Carmichele v. Minister of Safety and Security* (Lourens Ackermann et Richard Goldstone), spec. §62 : « *In addressing these obligations in relation to dignity and the freedom and security of the person, few things can be more important to women than freedom from the threat of sexual violence. As it was put by counsel on behalf of the amicus curiae: "Sexual violence and the threat of sexual violence goes to the core of women's subordination in society. It is the single greatest threat to the self-determination of South African women."* ».



semblables dans la jurisprudence colombienne, aurait tout à fait trouvé à s'appliquer aux titulaires des droits sociaux. Mais c'est une vision libertarienne de la dignité qui apparaît en filigrane des décisions sur les droits sociaux, marquant d'autant plus une différence d'avec la Cour colombienne qu'elle a elle aussi eu à intervenir dans le domaine de l'accès aux soins et en particulier vis-à-vis de l'épidémie du Sida, avant de porter sur l'expulsion des mal-logés. Surtout, la formation de cette jurisprudence a répondu à des situations de crise. Il revenait à la Cour de dépasser ou non ces situations pour viser les politiques publiques. Dans la décision *TAC*, la Cour évoque la dignité sans trancher explicitement entre un sens libertarien et un sens plus inclusif des réalités matérielles, mais son rejet de la définition d'un contenu minimal indiquerait un choix pour le premier sens<sup>1294</sup>. La question n'est pas seulement conceptuelle : c'est une approche de la transformation sociale qui apparaît lorsqu'un juge inclut ou non la considération des facteurs sociaux et des effets structurels de l'action publique dans une analyse qui, du moins de la part de la Cour d'Afrique du Sud, se veut contextuelle. L'importance des présupposés socioéconomiques dans l'appréciation d'un tel contexte apparaît notamment lorsque la Cour admet une approche publique de l'espace public en réduisant au minimum la prise en compte des conditions matérielles des usagers<sup>1295</sup>.

L'approche libertarienne de la Cour se voit également dans la manière dont elle décide d'affaires qui n'évoquaient pas les droits sociaux en premier lieu mais ne sont pas exempts de considérations socioéconomiques. Dans sa décision *Jordan*, la Cour a évoqué les travailleurs du sexe sous les traits d'individus capables de libre arbitre, qui ont choisi leur activité, c'est-à-dire en adoptant une conception néolibérale du sujet au lieu de s'intéresser aux déterminants sociaux. La Cour a alors estimé qu'une disposition qui pénalisait les travailleurs du sexe et non leurs clients n'était pas une discrimination, ni entre les personnes, ni envers les femmes, au seul argument, dont on notera le formalisme et le peu de rattachement au contexte sociopolitique, que la disposition législative en cause ne visait aucun genre : le juge rejette explicitement l'argument factuel selon lequel il s'agit, concrètement, de femmes<sup>1296</sup>. La Cour, dès lors, ne considère pas la réalité factuelle de ce travail, exercé principalement par des femmes pauvres et étrangères, dont la liberté de choix est largement contrainte par le contexte socio-économique structurel. Même l'opinion dissidente de Kate O'Reagan et Albie Sachs, plus ouverte à la situation sociale, estime que « les travailleuses du

---

<sup>1294</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 44, p. 146-149.

<sup>1295</sup> Voir *infra*, section 2, §1, 2.

<sup>1296</sup> CCAS, 9 octobre 2002, *S. v. Jordan and others* (Sandile Ngcobo). La Cour refuse alors une lecture genrée de la prostitution : « *It was not suggested that prostitutes have no choice but to engage in prostitution. It was accepted that they have a choice but it was contended that the choice is limited or "constrained". Once it is accepted that section 20(1)(aA) is gender neutral and that by engaging in commercial sex work prostitutes knowingly attract the stigma associated with prostitution, it can hardly be contended that female prostitutes are discriminated against on the basis of gender. I am not persuaded by the argument that gender discrimination exists simply because there are more female prostitutes than male prostitutes just as I would not be persuaded if the same argument were to be advanced by males accused of certain crimes, the great majority of which are committed by men* » (*Ibid.*, §17).

sexe acceptent en connaissance de cause le risque de s'abaisser aux yeux de la communauté<sup>1297</sup> ». Cela traduit une responsabilisation là où une position basée, par exemple, sur une lecture solidaire de la dignité humaine, telle que la Cour a pu en donner à voir par ailleurs, aurait pu considérer les travailleuses du sexe comme les victimes d'un système de domination<sup>1298</sup>. La Cour donne à voir un raisonnement similaire lorsqu'elle rejette l'invocation du droit à l'égalité par un prisonnier, concernant la différence de traitement entre hommes et femmes, au motif que l'emprisonnement était du fait du requérant<sup>1299</sup> ; ou par le candidat à l'intégration du barreau du fait qu'il avait été condamné pour usage de drogues<sup>1300</sup>. Dans une autre affaire, la Cour a défini la liberté d'entreprendre du point de vue de « l'identité » et d'un « lien entre le travail et la personnalité humaine », comme « fondement de l'existence de la personne »<sup>1301</sup>.

On voit alors apparaître une nette différence avec l'approche de la Cour colombienne qui, pour considérer la prostitution comme une activité légale bénéficiant des protections du droit du travail, met en avant « la nature libérale, sociale et éthique de la notion de dignité humaine<sup>1302</sup> » : l'autonomie dépasse le choix individuel et considère les « conditions sociales » qui permettent « une inclusion réelle dans la société »<sup>1303</sup>. La Cour colombienne insiste en particulier sur le fait que le droit en vigueur, fondé sur « des conceptions patriarcales de l'organisation sociale », a longtemps

---

<sup>1297</sup> *Ibid.*, §66 : « *It is women and, in particular, prostitutes who suffer the discrimination in this case. There can be no doubt that they are a marginalised group to whom significant social stigma is attached. Their status as social outcasts cannot be blamed on the law or society entirely. By engaging in commercial sex work, prostitutes knowingly accept the risk of lowering their standing in the eyes of the community. In using their bodies as commodities in the marketplace, they undermine their status and become vulnerable. On the other hand, we cannot ignore the fact that many female prostitutes become involved in prostitution because they have few or no alternatives. Accordingly, we cannot exclude from the constitutional enquiry into fairness the fact that although prostitutes do constitute a vulnerable group, this is due in some part to their own conduct.* »

<sup>1298</sup> C. ALBERTYN, « Defending and securing rights through law : feminism, law and the courts in South Africa », *Politikon*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 217-237

<sup>1299</sup> CCAS, 18 avril 1997, *President of the Republic of South Africa v. Hugo* (Richard Goldstone).

<sup>1300</sup> CCAS, 15 janvier 2002, *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* (Sandile Ngcobo).

<sup>1301</sup> CCAS, 11 mars 2005, *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another* (Sandile Ngcobo), §59 : « *What is at stake is more than one's right to earn a living, important though that is. Freedom to choose a vocation is intrinsic to the nature of a society based on human dignity as contemplated by the Constitution. One's work is part of one's identity and is constitutive of one's dignity. Every individual has a right to take up any activity which he or she believes himself or herself prepared to undertake as a profession and to make that activity the very basis of his or her life. And there is a relationship between work and the human personality as a whole. It is a relationship that shapes and completes the individual over a lifetime of devoted activity; it is the foundation of a person's existence.* »

<sup>1302</sup> CCC, T-629/10, *op. cit.*, §77 : « *el talante liberal, social y ético de la noción de dignidad humana* ». Voir *supra*, note 1219.

<sup>1303</sup> *Ibid.*, §77, citant la décision T-811/02 (Eduardo Montealegre Lynett) sur le droit à disposer de son propre corps : « *Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.* »

considéré les femmes comme « inférieures et donc subordonnées » alors qu'un « État de droit, constitutionnel, social et pluraliste » devait au contraire les protéger spécifiquement<sup>1304</sup>.

## 2. Les limites de l'égalité en matière de droits sociaux

Il n'est pas anodin que le droit à la vie soit mobilisé par la Cour dans sa décision *Makwanyane* sur la peine de mort, qui inaugurerait ses pouvoirs interprétatifs et décisionnels dans le nouvel ordre constitutionnel sud-africain<sup>1305</sup>. La vie est alors comprise comme empêchant la mort, d'une manière littérale, alors qu'elle n'a, par ailleurs, pas été mobilisée en matière de droits sociaux lorsqu'Albie Sachs refusait d'y voir un droit à « échapper continuellement à la mort »<sup>1306</sup>. Paradoxalement, c'est à cette occasion que la Cour évoque une notion qui aurait pu se prêter à une lecture relationnelle de la Constitution, lorsque cinq opinions concordantes évoquent l'uBuntu, ce terme issu des langues *nguni* souvent traduit en français par humanité, qui renvoie à une manière d'être collective que l'on traduit par humanité ou vivre-ensemble. Il était abondamment utilisé par Nelson Mandela et Desmond Tutu. Ainsi l'insertion du terme dans l'épilogue de la Constitution intérimaire de 1993, qui évoque la réparation des crimes de l'Apartheid, selon le juge (et futur président) Mahomed, exprime l'éthos d'une capacité instinctive et d'une jouissance de l'amour envers nos semblables ; la joie et l'épanouissement qu'implique la reconnaissance de leur humanité innée ; la réciprocité qu'elle génère dans l'interaction au sein de la communauté collective ; la richesse des émotions créatives qu'elle engendre et les énergies morales qu'elle libère tant chez ceux qui l'expriment que dans la société qu'ils servent et par laquelle ils sont servis.<sup>1307</sup>

L'uBuntu renvoie au contexte axiologique plus large à la lumière duquel l'ensemble du texte devrait être lu, puisque le nouvel ordre constitutionnel est caractérisé par « l'importance de la solidarité du

---

<sup>1304</sup> *Ibid.*, §133 : « Para el caso de la mujer, que es también sujeto de especial protección que interesa en este asunto, en términos generales la discriminación ha estado basada en concepciones patriarcales de organización social y también en prejuicios por los cuales durante mucho tiempo el propio Derecho ha tenido a la mujer como sujeto inferior y por tanto subordinable. De allí que uno de los leitmotiv del Estado constitucional, social de derecho y pluralista, haya sido precisamente el reconocer entre las muchas desigualdades existentes e intolerables, la de la mujer, a fin de superarla a partir de políticas de inclusión, reconocimiento de derechos específicos y naturalmente garantías jurídicas especiales. »

<sup>1305</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>1306</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1, B., 1.

<sup>1307</sup> CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, §262, opinion concordante d'Ismail Mahomed : l'uBuntu « expresses the ethos of an instinctive capacity for and enjoyment of love towards our fellow men and women; the joy and the fulfilment involved in recognizing their innate humanity; the reciprocity this generates in interaction within the collective community; the richness of the creative emotions which it engenders and the moral energies which it releases both in the givers and the society which they serve and are served by. »

groupe pour les enjeux qui sont si centraux à la survie des communautés<sup>1308</sup> ». La philosophe américaine (et enseignante en Afrique du Sud) Drucilla Cornell proposait de revaloriser l'uBuntu. Il constitue selon elle une voie originale entre un contrat social théorique ou un égalitarisme par en-haut d'un côté, et d'un autre une approche de la dignité humaine trop liée, au sens kantien, non à l'individu, mais à la nature humaine<sup>1309</sup>. Pour autant, il ne s'agirait pas d'une solidarité communautaire, du genre de celle envisagée par le socialisme, mais d'une émancipation individuelle marquée par le lien social, qui permet alors le rapprochement avec la dignité et l'individualisme libéral<sup>1310</sup>. L'uBuntu renverrait alors à une interconnexion sociale concrète<sup>1311</sup>, dans ce que le droit comparé envisage parfois comme une adaptation locale de la dignité humaine<sup>1312</sup>. La notion occupait néanmoins une place mineure dans le raisonnement suivi par l'opinion majoritaire de la décision *Makwanyane*, bien plutôt fondée sur le droit à la vie et la dignité<sup>1313</sup>. Pius Langa regrette d'ailleurs dans son opinion que la notion n'occupe pas un rôle plus central, puisqu'il s'agit après tout d'interpréter le texte dans le contexte sud-africain<sup>1314</sup>, tandis que celle du président Arthur Chaskalson y consacre deux paragraphes assez secondaires sur près de 150. Quatre autres opinions lui donnent un rôle central dans leur raisonnement, estimant que pour interpréter les droits et

---

<sup>1308</sup> *Ibid.*, §308, opinion du juge Mokgogo : « *Although South Africans have a history of deep divisions characterised by strife and conflict, one shared value and ideal that runs like a golden thread across cultural lines, is the value of ubuntu - a notion now coming to be generally articulated in this country. It is well accepted that the transitional Constitution is a culmination of a negotiated political settlement. It is a bridge between a history of gross violations of human rights and humanitarian principles, and a future of reconstruction and reconciliation. (...) only is the notion of ubuntu expressly provided for in the epilogue of the Constitution, the underlying idea and its accompanying values are also expressed in the preamble. These values underlie, first and foremost, the whole idea of adopting a Bill of Fundamental Rights and Freedoms in a new legal order.* » (§308).

<sup>1309</sup> D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, 2014, p. 149-168. Pour un rapprochement avec l'égaliberté défendue par Etienne Balibar, voir D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. 9-47.

<sup>1310</sup> D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », *op. cit.* note 190, p. 23.

<sup>1311</sup> D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, *op. cit.* note 190, p. 167-168 : « *uBuntu, alternatively, does not conceive of the social bond through an imagined social contract undertaken by imagined moral individuals. We are born into a social bond but it is not as if the social is something outside the individual. It is the network of relationships in and through which we are formed and whose formation is ultimately our responsibility. There is a flow, back and forth, between the individual and others as he or she undertakes the struggle to become a person, always conceived ethically, which is difficult to think of even in the best of European philosophy.* »

<sup>1312</sup> Voir par exemple M. MAHLMANN, « Human dignity and autonomy in modern constitutional orders », *op. cit.* note 5. Voir également CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §308 (Mokgogo) : « *Generally, ubuntu translates as 'humaneness'. In its most fundamental sense it translates as personhood and 'morality'. Metaphorically, it expresses itself in umuntu ngumuntu ngabantu, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities. While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises a respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation. In South Africa ubuntu has become a notion with particular resonance in the building of a democracy. It is part of our rainbow heritage, though it might have operated and still operates differently in diverse community settings. In the Western cultural heritage, respect and the value for life, manifested in the all-embracing concepts of 'humanity' and 'menswaardigheid', are also highly prized.* »

<sup>1313</sup> Comme le reconnaît Drucilla Cornell elle-même, c'est bien plutôt la dignité – qu'elle propose de relire à la lumière humaniste de l'uBuntu – qui constitue la « *Grundnorm* » aux yeux des juristes sud-africains, D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, *op. cit.* note 190, p. 153.

<sup>1314</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §225-227 (Pius Langa), §237 (Tholie Madala), §262 (Ismail Mahomed), §300-311 (Dikgang Mokgogo).

libertés du texte, les juridictions « devraient reconnaître que les valeurs sud-africaines locales sont parfois pertinentes (...). Ces valeurs sont incluses dans la Constitution<sup>1315</sup> ».

Drucilla Cornell estime en revanche que l'uBuntu « infuse » malgré tout dans la jurisprudence de la Cour, à l'instar de la décision *Kbosa*, parce qu'elle repose sur l'idée de communauté<sup>1316</sup>. Or, soit l'on estime que le principe est absent de la jurisprudence relative aux droits sociaux et la proposition de Drucilla Cornell est alors une proposition normative avec laquelle on peut être en accord ou non ; soit l'on choisit de voir la notion présente implicitement, comme le fait l'autrice, avec le risque de ramener l'uBuntu vers la signification libertarienne que donne la Cour au sujet de droit. L'uBuntu ne figure ainsi que dans une seule des décisions de la Cour donnant une interprétation des droits sociaux<sup>1317</sup>. On la retrouve dans la décision *Makwanyane* relative au droit à la vie face à la peine de mort, mais aussi, par exemple, dans la décision *Masetlha*, qui condamnait le licenciement brutal du directeur de l'agence nationale de renseignement par le Président de la République, en lien avec la notion de civilité reliée, elle, aux démocraties constitutionnelles contemporaines, au « dialogue civilisé », à la « révolution pacifique » qu'a connu l'Afrique du Sud et aux vertus de coopération évoquées par John Rawls<sup>1318</sup> - soit un usage qui vise à faire le lien entre les valeurs du pays et une approche globale de la démocratie. On retrouve par exemple l'uBuntu, sans définition particulière, lorsque la Cour ajoute un critère de bonne foi aux obligations en matière de négociation contractuelle en interprétant alors à l'aune des valeurs constitutionnelles la *Common law*, dont elle souligne l'origine coloniale et qui ne contient pas de tel principe<sup>1319</sup>.

L'uBuntu n'est pas particulièrement travaillé par la doctrine non plus. Comme fondement relationnel aux droits sociaux, la doctrine sud-africaine critique de la Cour a plutôt exploré les possibilités du droit à l'égalité inscrit à l'article 9 de la Constitution de 1991, en se fondant notamment sur son deuxième paragraphe qui évoque « la jouissance pleine et égale de tous les droits et libertés », tandis que son troisième paragraphe, qui évoque les facteurs de discrimination, a plutôt

---

<sup>1315</sup> *Ibid.*, §300 (Dikgang Mokgogo) : « *should recognise that indigenous South African values are not always irrelevant (...). In my view, these values are embodied in the Constitution* »

<sup>1316</sup> D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, *op. cit.* note 190, p. 162-163.

<sup>1317</sup> Voir l'étude de la décision *Port Elizabeth Municipality*, *infra*, section 2, §1, A.

<sup>1318</sup> CCAS, 3 octobre 2007, *Masetlha v. President of the Republic of South Africa and another* (Dikgang Moseneke), opinion concordante d'Albie Sachs, §238 : « *In this regard, it is my view that fair dealing and civility cannot be separated. Civility in a constitutional sense involves more than just courtesy or good manners. It is one of the binding elements of a constitutional democracy. It presupposes tolerance for those with whom one disagrees and respect for the dignity of those with whom one is in dispute. Civility, closely linked to ubuntu-botho, is deeply rooted in traditional culture, and has been widely supported as a precondition for the good functioning of contemporary democratic societies.* 16 *Indeed, it was civilised dialogue in extremely difficult conditions that was the foundation of our peaceful constitutional revolution. The Constitution that emerged therefore presupposes that public power will be exercised in a manner that is not arbitrary and not unduly disrespectful of the dignity of those adversely affected by the exercise.* ». John Rawls est alors cité pour la vertu de coopération comme *basic institution* d'une société démocratique stable, J. RAWLS, *Justice as Fairness : A Restatement*, Harvard University Press, 2001, p. 116.

<sup>1319</sup> CCAS, 17 novembre 2012, *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd* (Zakeria Yacoob), §23.

été utilisé en matière d'autonomie<sup>1320</sup>. Ces approches doctrinales s'appuient sur la propension de la Cour à lier l'interprétation des dispositions constitutionnelles pour l'appeler à aller plus loin en considérant ensemble la dignité, l'égalité et la liberté dans l'interprétation des droits sociaux<sup>1321</sup>, « une jurisprudence vibrante » qui serait véritablement « transformatrice »<sup>1322</sup> en ce qu'elle ne prendrait pas les droits sociaux ou l'égalité ou l'autonomie séparément. Cette approche constructive n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Colombie qui elle-même raisonnait de manière similaire à l'Inde<sup>1323</sup>, plus souvent prise pour exemple dans le contexte anglophone sud-africain<sup>1324</sup>. La transformation constitutionnelle n'est alors pas seulement comprise comme une protection contre la grande misère mais dans une approche « substantielle » et « structurelle »<sup>1325</sup>, comme « l'éradication des formes systémiques de domination » et « l'ouverture des opportunités qui permettent aux personnes de réaliser leur potentiel humain », dans le sens d'une « reconstruction complète de l'État et de la société, incluant la redistribution du pouvoir et des ressources, selon une approche égalitaire »<sup>1326</sup>. C'est là un sens riche de la dignité qui se rapproche des théorisations les plus audacieuses en matière de capacité, telle que Sandra Liebenberg y appelle en Afrique du Sud<sup>1327</sup>.

Albie Sachs lui-même n'était pas fermé à une telle approche lorsqu'il évoquait en 1998, à l'occasion de l'examen de plusieurs dispositions législatives condamnant l'homosexualité, les femmes noires et pauvres dont « la situation donne lieu des violations des droits constitutionnels qui

---

<sup>1320</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 9 : « (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth ».

<sup>1321</sup> Comme la Cour annonçait le faire elle-même en définissant la dignité, mais au seul stade des valeurs, s'en faire de l'égalité un droit opposable lorsqu'est constatée une violation des droits sociaux, voir *supra*.

<sup>1322</sup> S. LIEBENBERG, B. GOLDBLATT, « The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative constitution », *South African Journal of Human Rights*, vol. 23, n° 2, 2007, p. 335-361, p. 337 : « a vibrant jurisprudence ».

<sup>1323</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B.

<sup>1324</sup> La doctrine sud-africaine appelle souvent en effet la Cour constitutionnelle à s'inspirer plus de l'Inde, voir S. LIEBENBERG, B. GOLDBLATT, « The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative constitution », *op. cit.* note 203, p. 339.

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 342 : « Substantive equality thus requires a dismantling of structural inequality and necessarily focuses on patterns of group-based disadvantage, rather than seeing discrimination as an individual infraction in an otherwise equal social order ». Pour la lecture vis-à-vis des droits sociaux de Nancy Fraser en particulier par Sandra Liebenberg, voir *supra*, chapitre 2, section 1.

<sup>1326</sup> C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT, « Facing the Challenge of Transformation : Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 249 : « We understand transformation to require a complete reconstruction of the state and society, including redistribution of power and resources along egalitarian lines. The challenge of achieving equality within this transformation project involves the eradication of systemic forms of domination and material disadvantages based on race, gender, class and other grounds of inequality. It also entails the development of opportunities which allow people to realize their full potential within positive social relations. »

<sup>1327</sup> Voir *supra*, §1.

sont multiples, se chevauchent et se renforcent les unes les autres<sup>1328</sup> ». C'est bien une vision extensive des discriminations que la Cour développe lorsqu'elle considère le moindre respect exprimé par la société à l'égard des personnes lesbiennes<sup>1329</sup>. La Cour n'a pas toujours fait usage d'une vision si large de l'égalité, telle que celle qui pourrait, notamment, l'adosser à la dignité voire à un sens relationnel de celle-ci, au-delà du seul sens kantien<sup>1330</sup>.

On retrouve une lecture similaire lorsque la Cour affirme l'importance du principe d'égalité en le reliant à la dignité humaine, contre les discriminations de genre à propos du principe de primogéniture dans l'héritage en droit coutumier<sup>1331</sup>. Le lien n'est toutefois pas tissé de manière plus explicite qu'une énonciation parallèle des deux fondements. La Cour donne tout de même une appréciation factuelle en évoquant le « patriarcat profondément inscrit » dans et par le droit coutumier<sup>1332</sup>. D'une particulière importance pour le changement social sont les développements qui, à l'aide de références doctrinales, montrent que le droit coutumier sud-africain est resté « figé » face aux changements sociaux du fait qu'il était resté inappliqué sous l'Apartheid<sup>1333</sup>. La Cour ne

---

<sup>1328</sup> CCAS, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, *op. cit.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §113-114 : « *black foreigners in South Africa might be subject to discrimination in a way that foreigners generally, and blacks as a rule, are not; it could in certain circumstances be a fatal combination. The same might possibly apply to unmarried mothers, or homosexual parents, where nuanced rather than categorical approaches would be appropriate. Alternatively, a context rather than category-based approach might suggest that overlapping vulnerability is capable of producing overlapping discrimination. A notorious example would be African widows, who historically have suffered discrimination as blacks, as Africans, as women, as African women, as widows and usually, as older people, intensified by the fact that they are frequently amongst the lowest paid workers. (...) Conversely, a single situation can give rise to multiple, overlapping and mutually reinforcing violations of constitutional rights.* ». Kate O'Regan évoquait la même idée lorsqu'elle écrivait que « *these patterns of discrimination are particularly acute in the case of black women, as race and gender discrimination overlap* », CCAS, 15 mai 1996, *Brink v. Kitshoff NO* (Arthur Chaskalson), opinion concordante de Kate O'Regan, §44.

<sup>1329</sup> CCAS, 2 décembre 1999, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* (Lourens Ackermann), §42 : « *Society at large has, generally, accorded far less respect to lesbians and their intimate relationships with one another than to heterosexuals and their relationships. The sting of past and continuing discrimination against both gays and lesbians is the clear message that it conveys, namely, that they, whether viewed as individuals or in their same-sex relationships, do not have the inherent dignity and are not worthy of the human respect possessed by and accorded to heterosexuals and their relationships. This discrimination occurs at a deeply intimate level of human existence and relationality. It denies to gays and lesbians that which is foundational to our Constitution and the concepts of equality and dignity, which at this point are closely intertwined, namely that all persons have the same inherent worth and dignity as human beings, whatever their other differences may be. The denial of equal dignity and worth all too quickly and insidiously degenerates into a denial of humanity and leads to inhuman treatment by the rest of society in many other ways. This is deeply demeaning and frequently has the cruel effect of undermining the confidence and sense of self-worth and self-respect of lesbians and gays.* »

<sup>1330</sup> Dans une décision très discutée qui refusait de qualifier de discriminatoire le refus par la police nationale de promouvoir une femme, le juge Johann van der Westhuizen a rendu une opinion concordante intéressante qui met en vis-à-vis la position privilégiée de la requérante en tant que blanche et la discrimination qu'elle aurait pu subir en tant que femme, en adossant le principe d'égalité à la dignité. Cette dernière doit alors se comprendre dans l'approche individuelle associée à Emmanuel Kant (« *Every person should be treated as an end in herself and not as a mean to an end only. This is what blunt utilitarianism would allow. The concept of dignity also concerns an individual's sense of self-esteem, and encompasses the idea that one is permitted to develop one's talents optimally* ») autant qu'à l'approche plus collective associée à John Rawls, car « *the way in which individuals interact with social groups and society generally has a direct bearing on their dignity* » (CCAS, 2 septembre 2014, *South African Police Service v. Solidarity Obo Barnard* (Dikgang Moseneke), §172 et 175). Cette seconde approche relèverait en particulier de l'uBuntu sud-africain : « *An atomistic approach to individuals, self-worth and identity is not appropriate. This Court has recognised that we are not islands unto ourselves. The individual, as the bearer of the right to dignity, should not be understood as an isolated and unencumbered being* » (*Ibid.*, §174, citant la décision *Port Elizabeth*, voir *infra*, section 2, §1, A.).

<sup>1331</sup> CCAS, 15 octobre 2004, *Bhe and others v. Khayelitsha Magistrate and others* (Pius Langa), §48-51.

<sup>1332</sup> *Ibid.*, §78.

<sup>1333</sup> *Ibid.*, §83-89.

développe toutefois pas l'interprétation constitutionnelle qui serait nécessaire pour comprendre les valeurs à opposer à ce droit coutumier ; elle s'en tient à noter que ce dernier ne remplit plus sa finalité initiale qui était de protéger l'unité et la cohésion de la famille<sup>1334</sup>. Ce silence se comprend peut-être à l'aune d'une opinion concordante du juge Ngcobo qui estime que la dignité humaine, ici reliée à l'égalité, joue contre l'appartenance communautaire représentée par l'uBuntu<sup>1335</sup>. Il est vrai que la Cour s'en tient elle-même à une vision particulièrement conservatrice de la structure sociale en la réduisant souvent à la famille<sup>1336</sup>. Le concept est alors lu dans un sens communautaire et conservateur tel qu'il a prévalu après l'Apartheid<sup>1337</sup> mais, selon Drucila Cornell, qui s'appuie sur l'opinion partiellement concordante et sur des critiques féministes de l'opinion majoritaire, il aurait mieux valu revaloriser le sens social de l'uBuntu afin de « transformer » le droit coutumier, plutôt que de l'écarter au profit des fondements écrits que son l'égalité et la dignité<sup>1338</sup>. L'uBuntu illustre alors un usage des droits selon lequel il n'y a pas d'idéologie claire à leur associer, mais une lutte à mener au sein de leur signification<sup>1339</sup>.

Quoi qu'il en soit, ces usages de l'égalité ne constituent pas une approche explicite que la référence à « l'interconnectivité » des droits dans la décision *Grootboom*<sup>1340</sup> laissait augurer, et n'ont pas permis d'enrichir le sens de ce que serait une égalité substantielle. Il a pourtant pu être avancé que la justiciabilité inscrite dans le texte et mise en œuvre par la Cour sud-africaine permettait une telle lecture plus aisément que dans les démocraties constitutionnelles plus libérales comme le Canada ou les États-Unis<sup>1341</sup>. La Cour a ainsi développé une lecture exigeante de l'égalité, mais restreinte aux discriminations à l'exclusion des questions socio-économiques structurelles et, surtout, en lui associant des obligations négatives à l'exclusion d'obligations positives<sup>1342</sup>. La Cour permet alors des mesures de discrimination positive sur le fondement du deuxième paragraphe de l'article 9<sup>1343</sup>. Il a pu être dit, à juste titre, qu'elle considérait alors les discriminations des non-blancs vis-à-vis des blancs, qui justifie une protection évidente dans le contexte sud-africain, et non entre

---

<sup>1334</sup> *Ibid.*, §84-85.

<sup>1335</sup> *Ibid.*, §163, opinion concordante du juge Sandile Ngcobo.

<sup>1336</sup> Voir *supra*.

<sup>1337</sup> D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, *op. cit.* note 190, p. 164.

<sup>1338</sup> *Ibid.*, p. 129-134.

<sup>1339</sup> D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », *op. cit.* note 190, p. 36.

<sup>1340</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §23-24.

<sup>1341</sup> S. FREDMAN, « Providing Equality: Substantive Equality and the Positive duty to Provide », *South African Journal of Human Rights*, vol. 63, n° 2, 2005, p. 163-190

<sup>1342</sup> L'approche de la Cour en termes d'« *unfair discrimination* » a été posée dans la décision CCAS, 7 octobre 1997, *Harksen v Lane NO* (Richard Goldstone), et consiste à contrôler l'atteinte à l'égalité inscrite à l'article 9 en fonction du principe de justification prévu par l'article 36, qui lui n'est pas utilisé par la Cour en matière d'obligations positives, voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B.

<sup>1343</sup> CCAS, 29 Juillet 2004, *Minister of Finance and Other v Van Heerden* (Dikgang Moseneke).



des groupes discriminés entre eux<sup>1344</sup>. Sandra Liebenberg et Beth Goldblatt avancent ainsi des exemples de discriminations entre des personnes noires pauvres qui ont le VIH et bénéficieraient d'aides et d'autres personnes noires pauvres, ou des femmes enceintes ayant le VIH de manière analogue à l'affaire *TAC*, ou celui des femmes pauvres qui, souffrant de violences conjugales, ont besoin d'un toit mais aussi de quoi élever leurs enfants : selon les autrices, ces situations ne pourraient être résolues qu'en considérant les articles 26 et 27 sur les droits sociaux à la lumière du droit à l'égalité<sup>1345</sup>. Une telle approche rappelle à l'observateur français le service public tel qu'il a été théorisé au début du XX<sup>ème</sup> siècle, mais le contexte sud-africain à partir de la fin du XX<sup>ème</sup> d'une part n'a pas connu d'État social, et d'autre part s'inscrit dans un paradigme des droits qui doit aussi beaucoup à la *Common law*, mais la justice administrative du pays, sous l'impulsion notable des High courts provinciales et de la Supreme court of appeal, a ouvert des voies de droit en matière d'accès aux aides sociales<sup>1346</sup>.

Sandra Liebenberg et Beth Goldblatt jugent alors prometteuse la décision *Khosa* dans laquelle la Cour a estimé qu'il n'était pas raisonnable d'exclure des aides sociales les résidents permanents de nationalité étrangère, en l'occurrence des nationaux du Mozambique résidant dans le pays depuis les années 1980. La Cour relie le droit à la sécurité sociale au droit à l'égalité pour estimer que le sens du mot « pour tous » dans l'expression de ce droit dépasse les nationaux<sup>1347</sup>. Les deux autrices estiment néanmoins que le lien n'est pas assez explicite et que la Cour fait preuve de déférence vis-à-vis du gouvernement en s'en tenant à une appréciation distincte de l'égalité et des droits sociaux, contenus à leur fourniture « à tous », tout en se refusant considérer plus en détail les discriminations croisées et les effets systémiques des mesures et lois analysées<sup>1348</sup>. Pour la Cour, l'égalité est également une valeur fondamentale de la Constitution et fonde les décisions constitutionnelles de la même manière que la vie et la dignité. L'égalité en matière d'accès aux droits

---

<sup>1344</sup> *Ibid.*, §149, opinion concurrente d'Albie Sachs, et S. LIEBENBERG, B. GOLDBLATT, « The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative constitution », *op. cit.* note 203, p. 348-349.

<sup>1345</sup> *Ibid.*, p. 348-351. Dès lors, p. 351 : « *An understanding of the interconnections between poverty and other forms of group disadvantage is thus necessary to ensure that programmes which are designed to extend access to socio-economic rights benefit all groups equally. It also avoids the false impression that the poor are a homogenous group with uniform experiences of injustice and socio-economic needs.* »

<sup>1346</sup> Voir S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 41, p. 133.

<sup>1347</sup> CCAS, 4 mars 2004, *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others, Mabilaule and Another v Minister of Social Development* (Mokgoro), ci-après *Khosa*.

<sup>1348</sup> S. LIEBENBERG, B. GOLDBLATT, « The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative constitution », *op. cit.* note 203, p. 349.

socio-économiques est implicite dans la référence à ‘toute personne’ ayant le droit d’accéder à ces droits dans l’article 27.<sup>1349</sup>

Or la Cour semble réduire la substance de l’égalité à ce à quoi elle réduit déjà les droits sociaux, à savoir une question d’urgence et de survie, quand elle ajoute immédiatement à son interprétation de l’article 27 que

ceux qui sont incapables de survivre sans aide sociale sont tout aussi désespérés et ont tout autant besoin de cette aide<sup>1350</sup>

et, plus loin, déclare qu’

une société doit chercher à garantir que les besoins fondamentaux de la vie sont accessibles à tous si elle veut être une société dans laquelle la dignité humaine, la liberté et l’égalité sont fondamentales.<sup>1351</sup>

Il y a sans doute là une tautologie, très présente dans les raisonnements relatifs aux droits sociaux, qui fait de la défense du minimum une exigence fondamentale liée à des notions métajuridiques<sup>1352</sup>, qui sont des valeurs sans être toujours utilisées comme des droits invocables, que sont l’égalité, la dignité et la liberté. La définition est minimaliste et la Cour ne saisit pas l’occasion de discuter des structures sociales et discriminations.

Une position moins critique estime que le test du caractère raisonnable à l’aune duquel les obligations positives des droits sociaux sont contrôlées ressemble déjà suffisamment à un test de proportionnalité exercé sur le fondement du principe d’égalité, du fait qu’il envisage la justification du traitement des bénéficiaires et désigne un groupe exclu de l’accès à une prestation<sup>1353</sup>. L’approche de David Bilchitz est plus exigeante sans rejoindre l’attente de Sandra Liebenberg et Beth Goldblatt. À partir de sa critique plus générale de la Cour, qui ne va pas assez loin dans l’interprétation normative en matière de droits sociaux selon lui, l’auteur estime que le principe d’égalité ne peut recevoir de sens substantiel sans d’abord définir ce qui doit être réparti équitablement ; les défenseurs d’une approche robuste du principe d’égalité au sein du test du caractère raisonnable

---

<sup>1349</sup> CCAS, *Kbosa*, *op. cit.*, §42 : « Equality is also a foundational value of the Constitution and informs constitutional adjudication in the same way as life and dignity do. Equality in respect of access to socio-economic rights is implicit in the reference to “everyone” being entitled to have access to such rights in section 27. »

<sup>1350</sup> *Ibid.* : « Those who are unable to survive without social assistance are equally desperate and equally in need of such assistance. »

<sup>1351</sup> *Ibid.*, §52 : « A society must seek to ensure that the basic necessities of life are accessible to all if it is to be a society in which human dignity, freedom and equality are foundational. »

<sup>1352</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

<sup>1353</sup> P. DE VOS, « Grootboom, the right of access to housing and substantive equality as contextual fairness », *South African Journal of Human Rights*, vol. 17, n° 2, 2001, p. 258-276. T. ROUX, « Legitimizing transformation : Political resource allocation in the South-African Constitutional Court », *Democratization and the Judiciary : The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Routledge, 2004, p. 66-80. La Cour énonce en effet que « a programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable », CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §44.

confondent selon lui l'étendue des droits avec leur contenu, c'est-à-dire les obligations qui sont en jeu dans les affaires *Soobramoney*, *Grootboom* et *TAC*<sup>1354</sup>. Selon David Bilchitz, la Cour commet une erreur dans la décision *Kbosa* lorsqu'elle introduit une considération sur les bénéficiaires (des résidents non nationaux) dans un test du caractère raisonnable qui relève en réalité de la détermination des obligations étatiques, ce qui reviendrait à juger l'affaire en termes de discrimination sans répondre à la question fondamentale des bénéficiaires des droits sociaux, et ici de la situation des immigrants réguliers et irréguliers<sup>1355</sup>. Il n'en reste pas moins que la Cour est plus restrictive encore lorsqu'elle refuse d'invalider une loi qui exclut les étrangers non-résidents de l'exercice de la profession d'agent de sécurité pour les parkings des centres commerciaux, au motif de la « confiance » qu'ils doivent inspirer<sup>1356</sup> : le droit au travail et surtout le principe d'égalité, maintenus distincts<sup>1357</sup> et détachés de la dignité<sup>1358</sup>, semblent ne pas faire obstacle à une différence de traitement lorsqu'il ne s'agit plus d'un besoin aussi basique que la sécurité sociale. Cette approche n'intègre pas, toutefois, la construction politique du pouvoir du juge, pas plus que celle de Sandra Liebenberg et Berth Goldblatt qui admettent attendre simplement du juge qu'il intègre les groupes sociaux à son appréciation de la violation des droits<sup>1359</sup>. Il s'agirait alors seulement d'élargir le potentiel transformateur de la jurisprudence par l'extension de la justification et des contenus du constitutionnalisme.

---

<sup>1354</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.* note 44, p. 167-168. L'auteur parle de *content* et de *scope*.

<sup>1355</sup> *Ibid.*, p. 172-174.

<sup>1356</sup> CCAS, 12 décembre 2006, *Union of Refugee women v. Director : Private Security Regulatory Authority* (Kondile), §38, qui prend soin de détacher un tel raisonnement, sans tout à fait convaincre, de la xénophobie fréquente dans le pays : « *That is not to say that foreign nationals, including refugees, are inherently less trustworthy than South Africans. In a country where xenophobia is causing increasing suffering, it is important to stress this. It is not that the Authority does not trust refugees. Rather, it requires everyone to prove his/her trustworthiness. The reality is that citizens and permanent residents will be more easily able to prove their trustworthiness in terms of the Security Act* », s'appuyant sur la procédure de vérification prévue par la loi contrôlée (*Ibid.*, §61). Dans leur opinion dissidente, Mokgoro et O'Regan notent que la « *prémisse* » d'un tel raisonnement est que les étrangers non-résidents seraient moins dignes de confiance, et qu'il s'agit là d'une discrimination des autres étrangers, en particulier ceux disposant du statut de réfugié, au sens de l'article 9(3) de la Constitution sud-africaine (*Ibid.*, opinion dissidente, §118).

<sup>1357</sup> Après avoir étrangement rappelé que les articles du Bill of rights devaient être lus ensemble en citant *Grootboom*, la Cour rejette l'invocabilité de l'article 22 sur le droit au travail, et refuse d'appliquer la jurisprudence *Watchenuka* de la Supreme court of appeal qui protégeait au nom de la dignité humaine un plancher de droits pour les réfugiés, dont le droit au travail, au motif qu'il faut distinguer le droit au travail du droit à choisir son activité, ce second n'étant pas accordé pour les étrangers selon la Cour : « *The activity for which the applicants seek constitutional protection is the enjoyment of the right to choose a vocation. The activity does not, however, fall within a sphere of activity protected by a constitutional right available to refugees and other foreigners.* » (*Ibid.*, §54). Le raisonnement est circulaire et ne donne pas de justification à une telle exclusion. L'opinion dissidente de Dikgang Mokgoro et Kate O'Regan elle-même se fonde sur l'article 9(3) au lieu de l'article 22.

<sup>1358</sup> Mokgoro et O'Regan, dans leur opinion dissidente, insistent sur l'atteinte à la dignité que constitue la discrimination envers les réfugiés, qui ont eu à « *flee their homes, and leave their livelihoods and often their families and possessions* » et « *find themselves precariously in our country without family or friends, and without any resources to sustain themselves.* » (*Ibid.*, §101 et §113).

<sup>1359</sup> S. LIEBENBERG, B. GOLDBLATT, « *The interrelationship between equality and socio-economic rights under South Africa's transformative constitution* », *op. cit.* note 203, p. 357 : « *A jurisprudence on reasonableness which integrates a substantive equality perspective would incorporate the following inquiries: (a) the historical and current social context in which the claimant group is situated. (b) the impact of the denial of access to the relevant socio-economic resource or service on this group.* ». Quand bien même on peut estimer que le test du caractère raisonnable ne permet pas la discussion éthique, voir *supra*, chapitre 2, section 2.

### 3. Les prémisses d'une approche plus ambitieuse des inégalités vécues

L'appareil conceptuel mis en place par la Cour, c'est-à-dire les présupposés philosophiques et éthiques qui accompagnent la construction interprétative qu'elle propose, a connu des tensions à partir des années 2010. Dans une affaire qui concernait la punition infligée à une élève du fait qu'elle portait un *piercing* au nez, qu'elle présentait comme une pratique liée à son identité indienne, Pius Langa mobilise une idée sudafricaine de vivre-ensemble similaire, sans le nommer, à l'uBuntu, en la reliant au sens des « croyances ou pratiques culturelles » qui relieraient l'individu à la communauté<sup>1360</sup>. Il cite alors Albie Sachs sur l'île que nous ne formons pas à nous-mêmes, mais également le philosophe Kwame Gyekye, qui a relié la communauté de la pensée africaine à la personne<sup>1361</sup>. La Cour se fonde alors sur le droit à l'égalité, relu comme protecteur du choix fait d'une pratique culturelle, et en lien avec la jurisprudence de la Cour en matière d'orientation sexuelle, afin d'insiste sur l'identité et le choix de la personne. En effet,

La culture est faite de formations vivantes et contestées. La protection constitutionnelle s'étend à tous ceux pour qui la culture a un sens, et pas seulement à ceux qui parlent avec une voix assurée dans la conversation culturelle actuelle.<sup>1362</sup>

Or,

Ce qui importe n'est pas si une pratique est qualifiée de religieuse ou culturelle mais sa signification pour la personne. La prédétermination de cette signification en se basant sur ce qui est souvent une catégorisation imparfaite ou artificielle renforce les idées préconçues sur les rôles et l'importance de la religion dans la vie quotidienne et ne permet pas de comprendre ceux qui ne se conforment pas à ces stéréotypes.<sup>1363</sup>

---

<sup>1360</sup> CCAS, 5 octobre 2007, *MEC for Education: KwaZulu-Natal and Others v Pillay* (Pius Langa), ci-après *MEC*, §53 : « *Firstly, cultural convictions or practices may be as strongly held and as important to those who hold them as religious beliefs are to those more inclined to find meaning in a higher power than in a community of people. The notion that "we are not islands unto ourselves" is central to the understanding of the individual in African thought. It is often expressed in the phrase umuntu ngumuntu ngabantu which emphasises "commuality and the inter-dependence of the members of a community" and that every individual is an extension of others. According to Gyekye, "an individual human person cannot develop and achieve the fullness of his/her potential without the concrete act of relating to other individual persons". This thinking emphasises the importance of community to individual identity and hence to human dignity. Dignity and identity are inseparably linked as one's sense of self-worth is defined by one's identity. Cultural identity is one of the most important parts of a person's identity precisely because it flows from belonging to a community and not from personal choice or achievement. And belonging involves more than simple association; it includes participation and expression of the community's practices and traditions.* »

<sup>1361</sup> Voir K. GYEKYE, K. WIREDU, *Person and community: Ghanaian philosophical studies I*, Council for Research in Values and Philosophy, 1992.

<sup>1362</sup> CCAS, *MEC*, *op. cit.*, §54 : « *Cultures are living and contested formations. The protection of the Constitution extends to all those for whom culture gives meaning, not only to those who happen to speak with the most powerful voice in the present cultural conversation.* ». Pour le rôle du choix dans la construction de l'identité, voir §88-89.

<sup>1363</sup> *Ibid.*, §91 : « *What is relevant is not whether a practice is characterised as religious or cultural but its meaning to the person involved. Pre-determining that importance based on what will often be an imperfect or artificial categorisation reinforces ideas about the respective roles and importance of religion and culture in peoples' lives and fails to accommodate those who do not conform to that stereotype.* »

La Cour condamne alors l'école pour discrimination après avoir noté qu'il s'agissait d'un accommodement raisonnable et lui ordonne de modifier son règlement intérieur<sup>1364</sup>.

La Cour est beaucoup plus prudente lorsqu'elle admet la contestation de la constitutionnalité de la définition du viol dans la *Common law* sud-africaine en l'étendant à la pénétration anale mais refuse de l'étendre aux victimes masculines<sup>1365</sup>. Pius Langa rend une opinion dissidente qui présente le viol comme une « expression de pouvoir à travers la dégradation et la violation de la dignité de la victime, son intégrité physique et son intimité<sup>1366</sup> », qui concerne la personne au-delà de son genre, tandis que les hommes peuvent aussi être victimes de violence de genre, par exemple lorsqu'ils sont homosexuels<sup>1367</sup>. La Cour n'évoque pas non plus l'interprétation constitutionnelle lorsqu'elle est saisie d'une affaire relative à la publication jugée intentionnelle de la séropositivité de trois femmes dans un livre, et se borne à appliquer les principes de *Common law* sans les élaborer au titre de l'article 39(2) de la Constitution<sup>1368</sup>. De même, la Cour a jugé constitutionnelle la restriction de la gestation pour autrui au don de gamète des deux parents donateurs de gamètes, en refusant d'étendre le droit à ne pas subir de discrimination et le droit à l'autonomie personnelle à une personne infertile qui vivait seule et ne pouvait donc faire ce don, au motif qu'elle avait fait le choix d'être seule et que la législation ne l'empêchait pas d'entrer dans une relation avec une personne fertile<sup>1369</sup>, quand l'opinion minoritaire, signée par quatre juges, estimait la disposition inconstitutionnelle du fait du principe d'égalité et de l'intégrité psychologique de la requérante<sup>1370</sup>.

Si la jurisprudence sur l'éthique personnelle reste prise dans les mêmes contradictions depuis les débuts de la jurisprudence, celle relative à la question socioéconomique évolue plus aisément. La Cour semble marquer un tournant dans son discours sur la transformation sociale à partir de 2020. Annulant la décision d'appel d'une juridiction spécialisée en matière de concurrence autorisant la fusion de deux hôpitaux privés, une question sur laquelle la compétence de la juridiction constitutionnelle faisait débat, dans une décision de 2021, la Cour fait appel à l'égalité au sein du droit à la santé pour estimer que la décision n'avait pas considéré l'effet sur les plus démunis de la

---

<sup>1364</sup> Dans un contrôle de constitutionnalité de la loi, et sept ans auparavant, la Cour estimait que l'interdiction législative des sévices corporels constituait en revanche une atteinte à la liberté religieuse alors qu'ils étaient invoqués par des associations chrétiennes, mais que cette atteinte était justifiée dans une société démocratique, CCAS, 18 août 2000, *Christian Education South Africa v. Minister of education* (Albie Sachs).

<sup>1365</sup> CCAS, 10 mai 2017, *Masiya v Director of Public Prosecutions Pretoria (The State) and Another* (Baaitse Nkabinde).

<sup>1366</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Pius Langa, §78.

<sup>1367</sup> *Ibid.*, §82-87.

<sup>1368</sup> CCAS, 4 avril 2007, *NM and others v. Smith and others* (Tholie Madala). Dans une opinion dissidente, là encore, Pius Langa estime qu'il faut soumettre la presse à une obligation constitutionnelle du fait du rôle qu'elle joue dans les sociétés contemporaines.

<sup>1369</sup> CCAS, 29 novembre 2016, *AB and Another v Minister of Social Development* (Biaatse Nkabinde), notamment §302.

<sup>1370</sup> *Ibid.*, opinion minoritaire de Khampepe, §1 à 236.

hausse même faible des tarifs engendrée par la fusion<sup>1371</sup>. La Cour insiste notamment sur le fait que « les postes de direction du secteur privé semblent être le terrain exclusif de nos compatriotes blancs », voit dans le colonialisme et le néocolonialisme la poursuite d'une « concentration institutionnalisée de la propriété » après l'Apartheid<sup>1372</sup>, et juge qu'il « ne devrait être acceptable pour aucun d'entre nous (...) d'être indulgent envers la recherche du plus grand profit à n'importe quel prix et au détriment du reste de l'humanité » tout comme la « normalisation » des inégalités dans l'économie<sup>1373</sup>. Il n'en reste pas moins que l'approche peut être jugée misérabiliste puisque la Cour condamne surtout la non-prise en compte des plus démunis en renvoyant à ce que les prix signifient sur eux tout en admettant ne pas savoir elle-même<sup>1374</sup>. Surtout, l'approche d'une « une économie consciente des enjeux de la justice sociale », renvoie surtout à un marché éthique et à des opportunités libres<sup>1375</sup>, soit le discours néolibéral qui domine l'Afrique du Sud.

La Cour relit sa jurisprudence en matière d'égalité dans des affaires qui ne concernent pas spécifiquement les droits sociaux. La Cour estime ainsi qu'« à ceux qui sont discriminés, la source de la discrimination (qu'elle soit publique ou privée) ne compte pas », au fondement de l'article 9 de la Constitution qui ne précise pas de destinataire et de l'Equality Act, relié explicitement à la démocratie en tant qu'elle exigerait « l'éradication des inégalités systémiques »<sup>1376</sup>. Une opinion de Margie Victor donne ainsi une lecture historique de la situation des femmes noires et pauvres employées comme domestiques par les blancs et qualifiées d'« héroïnes méconnues », en usant

---

<sup>1371</sup> CCAS, 15 octobre 2021, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa (Pty) Ltd and Another* (Mogoeng Mogoeng).

<sup>1372</sup> *Ibid.*, §4.

<sup>1373</sup> *Ibid.*, §3 : « *It ought never to be acceptable for any of us, including the corporate citizens of this land, to indulge, talk less of over-indulge, in the unconscionable practice of seeking to record the highest profit margin possible by any means necessary, in wanton disregard for what that would do to the rest of humanity. Neither should the historic exclusion of some from meaningful participation, particularly in the mainstream economy, be normalised.* »

<sup>1374</sup> *Ibid.*, §61.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, §2 et 7 : « *It does not require an award-winning and world-acclaimed economic scientist to be persuaded that almost everything of consequence turns on the economy, here and across the nations of the earth. The ability of government and a nation to function in keeping with and for the advancement of shared constitutional aspirations, in circumstances where integrity and meritocracy are necessarily allowed to occupy their rightful place, depends largely on the state of the economy. After all, poverty alleviation, the provision of high-quality education, the best health enhancing facilities or necessities, and the enablement of the best business environment and job opportunities, would all be a pipe dream in the absence of an inclusive, ethical, truly human rights-oriented and vibrant or prosperous economy. This is what the notion or philosophy of business with a conscience or a social justice-sensitive economy is about. (...) The equalisation and enhancement of opportunities to enter the mainstream economic space, to stay there and operate in an environment that permits the previously excluded as well as small and medium-sized enterprises to survive, succeed and compete freely or favourably must always be allowed to enjoy their pre ordained and necessary pre-eminence. The legitimisation through legal sophistry or some right-sounding and yet effectively inhibitive jurisprudential innovations must be vigilantly guarded against and deliberately flushed out of our justice and economic system.* »

<sup>1376</sup> CCAS, 19 février 2021, *King N.O and others v. De Jager and others* (Nonkosi Mhlantla), §201 : « *to those on the receiving end of discrimination, the source of the discrimination (be it public or private) matters not.* ». La Cour estime néanmoins qu'il n'est pas nécessaire d'opposer Constitution à la Common law qui imposait en l'espèce la liberté testamentaire puisque la loi, interprétée à l'aune des valeurs constitutionnelles, est suffisante.

explicitement du concept d'intersectionnalité<sup>1377</sup>, repris par ailleurs au même moment<sup>1378</sup>. Une décision de 2021 offre une conceptualisation de la transformation sociale rare dans la jurisprudence de la Cour. La juge Nonkosi Mhlantla relie de manière inédite colonialisme, Apartheid et patriarcat concernant l'exécution d'un testament vieux de cent ans qui excluait les descendantes féminines<sup>1379</sup>. La Cour annule alors la décision de première instance qui associait la liberté testamentaire à la dignité humaine et à l'autonomie, via la protection de la sphère privée, la Cour observe une surévaluation de l'usage de définitions individualistes, libertaires et néolibérales de la liberté testamentaires qui s'oppose à une définition fondée sur les principes contraires d'égalités et d'uBuntu. Il y a une erreur à ne pas considérer le contexte et les conséquences distributives de la liberté testamentaires.<sup>1380</sup>

De telles conséquences ne sont pas seulement économiques et relèvent, d'après les mots de la Cour, « du maintien de privilèges immérités comme le privilège masculin » soit « d'un système de privilège qui piège des groupes vulnérables comme les femmes dans un cycle de pauvreté dans le même temps qu'il inscrit un désavantage systémique »<sup>1381</sup>. Aussi pour la Cour il est nécessaire de considérer les conséquences idéologiques du fait d'un engagement envers le constitutionnalisme transformateur<sup>1382</sup>. L'opinion majoritaire cite Karl Klare et Dennis Davis ainsi que Thomas Piketty afin de mettre en avant une approche « contextuelle » qui considère les effets sur le marché et la

---

<sup>1377</sup> CCAS, 19 novembre 2020, *Mablangu and Another v. Minister of Labour and Others* (Margie Victor), §1 : « *Domestic workers are the unsung heroines in this country and globally. They are a powerful group of women whose profession enables all economically active members of society to prosper and pursue their careers.* », et §73-107 sur l'usage du concept d'intersectionnalité (« *intersectionality framework* ») à partir de Kimberlé Crenshaw, en notant de manière intéressante que l'idée est en réalité bien connue des juristes lorsqu'ils parlent de discriminations. Voir §185s pour une longue présentation du contexte historique en lien avec la notion de colonisation.

<sup>1378</sup> À propos du droit des enfants, CCAS, 4 décembre 2019, *Centre for Child Law and Others v Media 24 Limited and Others* (Nonkosi Mthlantla), §86. La Cour invoque également le concept lorsqu'elle s'associe à la condamnation civile d'un journaliste qui a proféré un discours de haine à l'encontre de l'homosexualité, tout en jugeant inconstitutionnel une partie du fondement ayant mené à sa condamnation, en ce que la loi était trop vague en prévoyant que les propos devaient être « *hurtful* » (blessant) - mais elle reconnaît qu'il est suffisamment clair d'attendre qu'ils soient « *harmful* » (nuisible) ce qu'ils étaient en l'espèce selon la Cour suprême et la Cour constitutionnelle, CCAS, 31 juillet 2021, *Qwelane v South African Human Rights Commission and Another* (Steven Majiedt), §59-60.

<sup>1379</sup> CCAS, 19 février 2021, *King N.O and others v. De Jager and others* (Nonkosi Mhlantla), §199 : « *The consolidation of democracy requires the eradication of inequalities especially those that are systemic in nature and which were generated in South Africa's history by colonialism, apartheid and patriarchy.* » Voir également §207 : « *In a society with stark inequalities based on gender, an unfettered approach to freedom of testation sustains class hierarchies inherited from the colonial and apartheid legacy and frustrates the establishment of a society based on equality and in particular gender equality.* »

<sup>1380</sup> *Ibid.*, §203 : « *an overemphasis on the use of individualist, libertarian and neo-liberal definitions of freedom of testation as opposed to a definition founded on the countervailing principles of equality and ubuntu. There is a failure to consider the appropriate context and the distributive consequences of freedom of testation.* ». Voir *Ibid.*, §67-70 sur la soumission de la liberté testamentaire à un principe constitutionnel de non-discrimination quand bien même le testament relève d'une sphère privée protégée par la Constitution et la dignité humaine.

<sup>1381</sup> *Ibid.*, §208 : « *It is incumbent upon this Court to acknowledge that the importance the law has accorded to freedom of testation in the past is precisely what sustains the unearned privileges in society such as male privilege. By maintaining systems of privilege, it simultaneously traps vulnerable groups such as women in a cycle of poverty and entrenches systemic disadvantage.* »

<sup>1382</sup> *Ibid.*, §202 : « *A commitment to transformative constitutionalism and enabling substantive equality requires this Court to consider the "distributional and ideological consequences" of common law principles such as freedom of testation.* »

redistribution des richesses d'une catégorie juridique comme la liberté testamentaire<sup>1383</sup>. La Cour reprend ainsi une longue tradition jurisprudentielle qui tend à intégrer le contexte social mais lui donne une dimension « transformatrice » qui porte sur les « relations sociales » et leur « effet sur les expériences vécues »<sup>1384</sup>. Dans la perspective ainsi reconstruite par la Cour, la transformation

exige que les structures sociales et leurs normes considérées comme acquises soient déracinées et abolies si nécessaire. Elle exige que les conditions, les structures, les processus et les institutions politiques, sociales et économiques soient radicalement transformés dans la société. L'égalité réelle doit donc accorder une attention particulière aux structures, normes, etc. qui reproduisent les hiérarchies et la marginalisation et doit chercher à les défaire si nécessaire.<sup>1385</sup>

La Cour peut alors s'appuyer sur les opinions d'Edwin Cameron<sup>1386</sup> et d'Albie Sachs<sup>1387</sup> pour les prolonger avec de nouveaux référentiels, c'est-à-dire un discours actualisé, mais une telle approche constitue un tournant à deux égards. D'une part, la Cour donne alors une lecture de la Constitution qui relève du changement radical, de l'idéologie et d'une approche systémique de la société, soit une reprise conforme aux vues initiales de Karl Klare. D'autre part, la Cour associe à l'idéologie ainsi constitutionnalisée une visée explicitement contraire au libéralisme classique et qui se réfère plutôt à la décolonisation et au féminisme, tout en citant abondamment, et d'une manière rare dans la jurisprudence, la notion d'uBuntu relue à l'aune de ces références globales<sup>1388</sup>.

La Cour a également pu, avec une opinion majoritaire de Margie Victor, annuler une disposition qui empêchait les pères non mariés de donner leur nom à leur enfant en l'absence de la mère, au motif de l'égalité entre les personnes mariées ou non mariées et de l'intérêt de l'enfant, en particulier du fait des discriminations de sexualité et de genre qu'une approche par le mariage peut

---

<sup>1383</sup> *Ibid.*, §205 et 206. La Cour choisit néanmoins de ne pas opposer la Constitution à la *Common law* en l'espèce au motif que la loi suffit à faire obstacle au testament concerné, telle qu'elle équilibre les principes et valeurs de liberté et d'égalité. La Cour cite également §213 un article fondateur de l'approche de l'égalité telle qu'elle est défendue par la doctrine critique de la jurisprudence de la cour en matière de droits sociaux, C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT, « Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality », *op. cit.* note 207. La Cour cite notamment ce passage de l'article, p. 459 : l'héritage de l'Apartheid « is contested by those who seek to centre ideas of disadvantage, structural inequalities, unequal power relations and more radical ideas of difference and systemic justice. »

<sup>1384</sup> *Ibid.*, §218 : « Context sensitive legal reasoning can advance transformative constitutionalism. However, contextual legal reasoning will only be truly transformative if a court explains what they hope the reformulated norm will accomplish in relation to the social relationships attached to the problem and the impact this will have on the lived experiences of the constituencies which are affected by it. »

<sup>1385</sup> *Ibid.*, §213 : « This requires social structures and their taken-for-granted norms to be uprooted and abolished if necessary. It requires political, social and economic conditions, structures, processes and institutions to be radically transformed in society. So substantive equality should pay close attention to the structures, norms and so on which reproduce hierarchies and marginalisation and should seek to dismantle them if necessary. »

<sup>1386</sup> *Ibid.*, §47.

<sup>1387</sup> CCAS, *Mahlangu*, *op. cit.*, §77.

<sup>1388</sup> *Ibid.*, §237s, reprenant les opinions concordantes de *Makwanyane* en les reliant, via Klare et Davis, à l'égalité réelle. La jurisprudence pouvait également s'appuyer sur une décision rédigée par Dikgang Moseneke qui jugeait que des règles coutumières réglant la répartition de la propriété après le divorce reproduisaient le patriarcat « qui a toujours été une caractéristique du droit autochtone », CCAS, 8 décembre 2008, *Gumede (born Shange) v President of the Republic of South Africa and Others* (Dikgang Moseneke), §17.



engendrer<sup>1389</sup> et du rôle même du mariage dans la société sud-africaine<sup>1390</sup> ; au motif également de la dignité des pères associée à l'uBuntu<sup>1391</sup>. La Cour rejette alors explicitement « la différenciation et la suprématie du couple marié » en lien avec la « terminologie datée<sup>1392</sup> » issue de l'histoire sud-africaine, dont l'aspect conservateur à rejeter au nom de la Constitution n'est alors pas réduit à l'Apartheid. Dès lors, pénaliser l'enfant pour être nié hors mariage est non seulement « injuste », mais constitue « une manière injuste de forcer les parents à se conformer aux normes stéréotypiques de la suprématie de la famille maritale<sup>1393</sup> ».

---

<sup>1389</sup> CCAS, 22 septembre 2021, *Centre For Child Law v Director-General Dept of Home Affairs and Others* (Margie Victor), notamment §54-55.

<sup>1390</sup> *Ibid.*, §69-70.

<sup>1391</sup> *Ibid.*, §65s : « *To this end, ubuntu conveys our fundamentally interconnected nature as human beings and how, when we diminish the worth of even one segment of society, all of us lose a portion of our humanity. (...) In this case, if an unmarried father cannot even carry out the obligation to register his child and obtain a birth certificate in his surname, then that is a form of intolerable humiliation.* »

<sup>1392</sup> *Ibid.*, §70-71 : « *This reference is a stark reminder that we, as a nation, are still grappling with outmoded legal terminology which goes to the core of dignity and equality, not only for the child but also the unmarried father, and indeed the unmarried mother as well. (...) The differentiation and supremacy of a married couple in comparison to unmarried couples continues to be problematic.* »

<sup>1393</sup> *Ibid.*, §72 : « *Whilst society may express its condemnation of irresponsible liaisons outside the bonds of marriage, visiting this condemnation on an infant, through the application of the law, is illogical and unjust. (...) Obviously, no child is responsible for her birth and penalising the child is an ineffectual, as well as an unjust way of forcing parents to comply with stereotypical norms of the supremacy of the marital family.* »

## SECTION 2 : LES DROITS SOCIAUX ET LES ESPACES DE VIE

Alors que le discours des droits est marqué par la dignité humaine et l'autonomie dans la plupart des espaces globaux, en Afrique du Sud comme en Colombie, la transformation sociale renvoie inévitablement à la question des terres et de l'espace, où les inégalités sont ancrées depuis la colonisation. La terre renvoie à la double dimension d'un lieu de vie et d'un lieu de vie sociale, si bien que l'on y retrouve les discours les plus proches d'une lecture relationnelle des droits dans les deux pays. Chaque juridiction a esquissé une voie audacieuse au sein de sa propre approche de la transformation sociale mais donné aussi à voir les limites de celle-ci. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a ainsi rendu une grande partie de ses jugements en matière de transformation sociale à propos du logement et des expulsions, en suivant une voie plutôt procédurale en évitant de répondre aux questions normatives qui se posaient à elle (§1), tandis que la Cour constitutionnelle de Colombie a parfois développé une vision de la société comme un ensemble organique, lié à la nature, quitte à produire un discours peu cohérent au sein de sa propre jurisprudence (§2).

### §1. L'habitat et la transformation sociale en Afrique du Sud

La question de l'habitat en Afrique du Sud a donné lieu à une jurisprudence importante de la Cour, mais limitée à un aspect procédural ou substantiellement limité (A). Son refus d'aborder plus largement l'espace de vie a illustré une réticence à élaborer une approche relationnelle des droits sociaux ou une conception des communs qu'ils soient spatiaux ou environnementaux (B).

#### A. La limitation de l'espace de vie

Les expulsions des logements occupés, dans le contexte ségrégatif sud-africain, ont donné lieu aux interprétations constitutionnelles les plus relationnelles en imposant aux autorités une part d'humanité (1). La Cour a néanmoins limité son approche de l'espace de vie et donné alors une illustration de la dimension procédurale de son contrôle (2).

##### *1. La part d'humanité dans l'obligation de relogement*

L'Afrique du Sud s'est construite sur une ségrégation spatiale, à laquelle les lois de l'Apartheid à partir des années 1950 n'ont fait que donner un cadre juridique et une rationalité ouvertement raciale, en cantonnant les non-blancs dans les bantoustans à l'échelle nationale et les townships au sein des provinces blanches<sup>1394</sup>. La difficulté à la fois juridique et politique qui s'est posée au moment de la transition était celle de la répartition des terres, en particulier celles occupées

---

<sup>1394</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §1.

de manière informelle. Les constitutions de 1993 et 1996 ancrent un compromis entre les voix radicales qui, à l'ANC, prônaient depuis des décennies la confiscation, et le pouvoir en place qui n'entendait pas laisser les blancs se faire déposséder de la propriété privée acquise jusque-là. L'article 25 qui protège le droit de propriété prévoit en neuf alinéas les conditions s'appliquant aux expulsions, les intérêts à prendre en compte et une obligation du législateur d'adopter des mesures raisonnables<sup>1395</sup> qui rappelle la formulation du droit à l'accès au logement<sup>1396</sup>. Ces dispositions ont été vues comme le passage d'une propriété conçue comme un bien privé à une approche « de droit public » qui en fait « un instrument de changement et de transformation de la société sous l'égide des valeurs constitutionnelles<sup>1397</sup> ».

Or, l'interprétation qu'en a fait la Cour constitutionnelle a poussé une telle transformation dans une direction inattendue, qui déçoit du point de vue de ses fondements normatifs. La célèbre décision *Grootboom* demeure assez pauvre en ce qu'elle réduit à l'urgence la question d'accès au logement qui lui était soumise par des familles qui attendaient l'attribution d'un logement social et occupaient illégalement un terrain dans cette attente, refusant de définir le droit à l'accès au logement et ne visant pas le principe d'égalité. La Cour a néanmoins élaboré une conception plus exigeante du logement dans sa jurisprudence ultérieure, en lien avec les inégalités socioéconomiques,

---

<sup>1395</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 25, §1 à 5 :

« 1. *No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.*

2. *Property may be expropriated only in terms of law of general application a. for a public purpose or in the public interest; and b. subject to compensation, the amount of which and the time and manner of payment of which have either been agreed to by those affected or decided or approved by a court.*

3. *The amount of the compensation and the time and manner of payment must be just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including a. the current use of the property; b. the history of the acquisition and use of the property; c. the market value of the property; d. the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; and e. the purpose of the expropriation.*

4. *For the purposes of this section a. the public interest includes the nation's commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa's natural resources; and b. property is not limited to land.*

5. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis. »*

<sup>1396</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 26 :

« 1. *Everyone has the right to have access to adequate housing.*

2. *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.*

3. *No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions. »*

<sup>1397</sup> A. VAN DER WALT, *The Constitutional Property Clause*, Juta, 1997, p. 15-16 : « *to move away from a static, typically private-law conceptualist view of the constitution as a guarantee of the status quo to a dynamic, typically public-law view of the constitution as an instrument for social change and transformation under the auspices of entrenched constitutional values.* », cité par CCAS, 16 mai 2002, *First National Bank of SA Limited t/a Westbank v Commissioner for the South African Revenue Services and Another; First National Bank of SA Limited t/a Westbank v Minister of Finance* (Lourens Ackermann), §50, cité également par CCAS, 1er octobre 2004, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* (Albie Sachs), ci-après *Port Elizabeth*, §16.

en tant qu'il lie « les aspects multiples de la vie sociale<sup>1398</sup> » et constitue « le seul endroit d'intimité et de tranquillité relative dans ce qui est (pour les plus pauvres en particulier) un monde turbulent et hostile<sup>1399</sup> ». Dans la décision *Port Elizabeth Municipality*, la Cour répondait à la demande des soixante-huit occupants irréguliers d'un terrain privé qu'un promoteur immobilier demandait à la ville d'expulser, ce qu'elle avait accepté de faire. La Cour estime que la loi relative aux expulsions des terres illégalement occupées, qui pose comme critère à une telle intervention publique la présence d'un intérêt public<sup>1400</sup>, n'appelle pas seulement une « philanthropie judiciaire à l'égard des plus pauvres<sup>1401</sup> ». À partir d'une lecture systématique de la Constitution, Albie Sachs estime, dans son opinion majoritaire, que la loi

exige explicitement que la Cour fasse passer des éléments de grâce et de compassion dans les structures formelles du droit. Elle appelle à pondérer des intérêts en concurrence d'une manière qui respecte les principes et promeuvent la vision constitutionnelle d'une société fondée sur le vivre-ensemble et l'attention commune. La Constitution et (la loi) confirment que nous ne sommes pas des îles en nous-mêmes. L'esprit de l'uBuntu, qui fait partie de l'héritage ancien d'une majorité de la population, sous-tend l'ensemble de l'ordre constitutionnel. Il associe les droits individuels à une philosophie communautarienne. Il est un thème commun à la Déclaration des droits, qui n'est rien si ce n'est une déclaration structurée, institutionnalisée et opérationnelle dans notre société nouvelle, évolutive, du besoin humain pour l'interdépendance, le respect et l'attention.<sup>1402</sup>

Il s'agit de l'un des passages les plus explicites sur l'esprit de la Constitution que l'on trouve dans la jurisprudence. La tonalité relationnelle ou « communautarienne » semble défaire une philanthropie minimaliste. Il n'est pas anodin de voir apparaître l'une des rares références à l'uBuntu de même que la formulation d'une approche du droit constitutionnel en termes de principes, là où les opinions plus réticentes à l'approche relationnelle font plus souvent appel à des arguments

---

<sup>1398</sup> CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke), ci-après *Joe Slovo*, §98 : citant un auteur sur l'Apartheid, « (T)rauma, frustration, grief, dull dragging apathy and (the) surrender of the will to live' are indeed some of the effects of forcible evictions on the human condition. And, the consequences span over multiples areas of social life : frequently it is the case that families are left homeless, their social support structures severed and their welfare services, jobs and educational institutions, rendered inaccessible ».

<sup>1399</sup> « It is a zone of personal intimacy and family security. Often it will be the only relatively secure space of privacy and tranquility in what (for the poor in particular) is a turbulent and hostile world », CCAS, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §17.

<sup>1400</sup> Prevention of illegal eviction from and unlawful occupation of land act 19, 1999, article 6. Cette loi remplace le Prevention of illegal squatting act 52 de 1951 qui a fondé les expulsions forcées qui accompagnaient l'application du Black land act 27 de 1913 et du Group areas act de 36 de 1966 qui fondaient le régime de l'Apartheid.

<sup>1401</sup> CCAS, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §14.

<sup>1402</sup> *Ibid.*, §37, citant la juge Yvonne Mokgoro dans *Makwanyane* : la loi « expressly requires the court to infuse elements of grace and compassion into the formal structures of the law. It is called upon to balance competing interests in a principled way and to promote the constitutional vision of a caring society based on good neighbourliness and shared concern. The Constitution and (the law) confirm that we are not islands unto ourselves. The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order. It combines individual rights with a communitarian philosophy. It is a unifying motif of the Bill of Rights, which is nothing if not a structured, institutionalised and operational declaration in our evolving new society of the need for human interdependence, respect and concern. »

littéralistes ou au rôle du juge. Dans cette décision, le logement est soumis à une « matrice constitutionnelle<sup>1403</sup> » qui se retrouve notamment dans l'interdépendance des dispositions sur la propriété à l'article 25 et du droit à l'accès au logement à l'article 26, qui fait que l'État ne doit pas seulement respecter la dignité des plus pauvres mais agir contre la marginalisation sociale<sup>1404</sup>, quand bien même l'article 26 à lui seul est plus « défensif qu'affirmatif<sup>1405</sup> ». Une explication à la jurisprudence innovante de la Cour en matière de logement tient alors non seulement à l'importance historique de la ségrégation spatiale mais aussi à l'aspect négatif des obligations qui tempère les interprétations ambitieuses du juge, puisqu'il s'agit avant tout d'encadrer les expulsions menées par des personnes privées, comme l'a fait la Cour en déduisant des obligations négatives de l'article 26 avant la décision *Port Elizabeth*<sup>1406</sup>. L'absence de coût particulier pour la fourniture d'un bien ici peut expliquer l'audace dont le juge fait preuve.

La Cour impose en outre une *part* d'humanité. Les élans interprétatifs particulièrement généreux de la décision *Port Elizabeth* eux-mêmes sont compensés *in fine* par ce qui apparaît comme un tempérament lorsqu'Albie Sachs ramène le juge à la résolution de litiges individuels par le juge ordinaire<sup>1407</sup>. Le jugement place en réalité la majeure partie des obligations qu'il fait découler de son interprétation systématique des articles 25 et 26 dans la procédure d'expulsion et l'obligation de relogement prévue par la loi, que la Cour éloigne de la seule fourniture d'un logement aux personnes expulsées. Une telle fourniture ne satisferait en effet la Constitution « qu'en théorie<sup>1408</sup> », de même qu'une approche « théorique » plus générale, que l'on imagine être une approche systématique de la politique de logement, car elle s'appuierait « le concept de squatters anonymes et sans visages<sup>1409</sup> ». Est-ce à dire qu'une approche principielle, même relationnelle, serait forcément décevante du point de vue de la réalisation des droits ? La Cour élabore ici une obligation exigeante pour les pouvoirs publics qui doivent élaborer des alternatives respectueuses des personnes et de leurs droits. Elle condamne alors la ville pour ne pas avoir rempli ses obligations vis-à-vis des personnes mal logées

---

<sup>1403</sup> *Ibid.*, §14.

<sup>1404</sup> CCAS, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §18 : « *It is not only the dignity of the poor that is assailed when homeless people are driven from pillar to post in a desperate quest for a place where they and their families can rest their heads. Our society as a whole is demeaned when state action intensifies rather than mitigates their marginalisation.* »

<sup>1405</sup> *Ibid.*, §20.

<sup>1406</sup> La Cour a ainsi mis en avant les obligations négatives en matière de droits sociaux en censurant une disposition qui permettait d'expulser sans juge les occupants de logements financés par l'État en cas d'impayés, CCAS, 8 octobre 2004, *Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* (Yvonne Mokgoro). La Cour insistait également sur ce point dans la décision *Grootboom*, §34, s'appuyant sur le (3) de l'article 26 : « *No one may be evicted from their home, or have their demolished, without an order of court made after all relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions* ». La décision *Gison*

<sup>1407</sup> Voir *infra*, chapitre 7, section 2, §1, B., 2.

<sup>1408</sup> CCAS, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §29.

<sup>1409</sup> *Ibid.*, §23. Mais la Cour associe également une telle approche théorique, c'est-à-dire détachée du contexte socioéconomique sud-africain, aux litiges de droit privé entre un propriétaire et un occupant, *Ibid.*, §32.

avec « le sens de l'humanité » que la Constitution lui imposait<sup>1410</sup>. La Cour propose ici avec une rare clarté une lecture combinée de la dignité et de l'égalité, ajoutée aux dispositions suscitées ; il est intéressant qu'elle fasse de cette lecture le corrélat d'une approche casuistique du juge en fonction des circonstances de chaque espèce afin d'éviter que le bien soit l'ennemi du mieux « au coût de difficultés intolérables pour les plus démunis »<sup>1411</sup>. C'est une explicitation rare de la part de la Cour des fondements théoriques et d'une justice sociale minimaliste du genre de celle conceptualisée par Amartya Sen. Aussi, la référence à « une société fondée sur la dignité humaine » renvoie aussi bien à la norme constitutionnelle qu'à une lecture de la société à laquelle elle s'applique et d'où elle provient<sup>1412</sup>. L'opinion majoritaire d'Albie Sachs fournit plus loin une justification théorique supplémentaire en estimant qu'une telle approche permet de réconcilier les dimensions « procédurales et substantielles de la justice » ainsi que « l'équité »<sup>1413</sup>.

L'approche est ici bien différente de celle qui, en s'appuyant sur une conception du juge et des ressources publiques, réduisait l'ampleur des obligations positives à la charge des pouvoirs publics<sup>1414</sup>. La différence ne tient pas seulement à la casuistique mais également à la nature des obligations en matière de logement, dont une spécificité est qu'un grand nombre d'affaires portent sur des expulsions menées par des personnes privées. L'affaire *Modderklip* l'illustre. Un propriétaire réclamait l'expulsion de près de 40.000 personnes d'un terrain qu'il possédait. La High Court avait rejeté l'invocabilité du droit au logement de l'article 26 et retenu au contraire une violation du droit de propriété garanti par l'article 25 à l'encontre de l'État qui n'avait pas exécuté une ordonnance d'expulsion, même si celle-ci devait se dérouler dans les conditions prévues par la décision *Grootboom*. La Cour constitutionnelle juge enfin qu'aucun des deux articles n'est invocable. Elle se fonde sur le principe de la *rule of law* de l'article premier et sur le droit au juge de l'article 34 pour

---

<sup>1410</sup> *Ibid.*, §56. La ville se voit reprocher non seulement de ne pas avoir discuté avec les personnes visées par un ordre d'expulsion mais également d'avoir lancé la procédure sans jamais avoir pris contact avec elles pendant les années de leur occupation illégale. La High Court avait autorisé l'expulsion mais avait été contredite par la Supreme Court of Appeal qui jugeait qu'il n'y avait pas de preuve claire de la propriété par la ville ou par un acteur privé des terres sur lesquelles la ville offrait de reloger les occupants en les plaçant en priorité dans la liste d'accession à la propriété (la loi sur les expulsions impose un relogement). Le fondement est donc différent de celui de la Cour constitutionnelle.

<sup>1411</sup> *Ibid.*, §29 : « *The availability of suitable alternative accommodation will vary from municipality to municipality and be affected by the number of people facing eviction in each case. The problem will always be to find something suitable for the unlawful occupiers without prejudicing the claims of lawful occupiers and those in line for formal housing. In this respect it is important that the actual situation of the persons concerned be taken account of. It is not enough to have a programme that works in theory. The Constitution requires that everyone must be treated with care and concern; if the measures though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test. In a society founded on human dignity, equality and freedom it cannot be presupposed that the greatest good for the many can be achieved at the cost of intolerable hardship for the few, particularly if by a reasonable application of judicial and administrative statecraft such human distress could be avoided* »

<sup>1412</sup> Sur cette distinction, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>1413</sup> *Ibid.*, §39.

<sup>1414</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

faire peser sur l'État une obligation de régler les litiges entre les citoyens<sup>1415</sup>. La Cour empêche alors les expulsions de masse au profit d'un encadrement au cas par cas des procédures. En effet, « les principes de justice et d'équité doivent s'appliquer au sein d'une matrice constitutionnelle définie et calibrée avec précaution<sup>1416</sup> ». Il s'agit alors d'empêcher des « perturbations à grande échelle dans le tissu social<sup>1417</sup> » et d'adopter des solutions conformes aux droits de tous, y compris « quand la réalité sociale fait échouer les meilleurs plans<sup>1418</sup> ».

La finalité est similaire, mais la méthode inverse, à l'état de fait inconstitutionnel colombien. Il s'agit de faire cesser les atteintes à la dignité. La Cour colombienne étendait cependant le constat au-delà de la casuistique qui aurait d'ailleurs dû prévaloir en *tutela*, dans des décisions qui visent à évaluer une politique publique dans son ensemble. Le souci exprimé par la Cour sud-africaine semble en outre moins noble que l'élaboration normative de l'État social de droit, lorsqu'elle affirme que le rôle de l'État est d'éviter que ne se produisent les « situations socialement inflammables », les « soulèvements » et « les facteurs d'anarchie »<sup>1419</sup>. La Cour sud-africaine adopte une approche encore plus restrictive lorsqu'elle juge constitutionnelle une formule de calcul des compensations lors des expropriations basée sur la valeur du marché<sup>1420</sup>. Dans une opinion dissidente, Pius Langa estime que la formule n'est pas compatible avec la Constitution qui certes prévoit une compensation juste et équitable, mais promeut également des valeurs de justice et d'équité qui priment sur toute autre considération et doivent être lues en lien avec l'histoire de l'Apartheid et de la colonisation, dont le coût devrait être pris en compte selon lui<sup>1421</sup>.

La double dimension casuistique et hybride du contentieux en matière de logement en Afrique du Sud a servi de base à la Cour pour élaborer sa nouvelle approche des droits sociaux. Elle a privilégié les négociations multipartites au lieu du schéma plus traditionnel du dispositif et de l'injonction, suivant une voie qui a été qualifiée de procédurale dans l'approche de la transformation sociale. À partir de la décision *Occupiers of 51 Olivia Road*, la Cour a fait peser sur les autorités une

---

<sup>1415</sup> CCAS, 15 mai 2005, *President of the Republic of South Africa and Another v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* (Pius Langa), §39-40.

<sup>1416</sup> *Ibid.*, §14 : « PIE has to be understood, and its governing concepts of justice and equity have to be applied, within a defined and carefully calibrated constitutional matrix ».

<sup>1417</sup> *Ibid.*, §43 : « large scale social disruptions in the social fabric »

<sup>1418</sup> *Ibid.*, §49 : « If social reality fails to conform to the best laid plans, reasonable and appropriate responses may be necessary. Such responses should advance the interests at stake and not be unduly disruptive towards other persons. Indeed, any planning which leaves no scope whatsoever for relatively marginal adjustments in the light of evolving reality, may often not be reasonable. »

<sup>1419</sup> *Ibid.*, §45-46.

<sup>1420</sup> CCAS, 8 septembre 2005, *Du toit v. Minister of transport* (Yvonne Mokgoro).

<sup>1421</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Pius Langa, §84 et 81 : « justice and equity paramount, not as a second level review test but as the test for the calculation of compensation. In my view, the approach advocated by Mokgoro J would continue to privilege market value at the expense of other considerations relevant to justice and equity which are expressly adovated by the Constitution », alors que « three and a bald centuries of colonial deprivation and apartheid together resulted in a deeply racist pattern of land ownership in our country, which our Constitution seeks to alter. »

obligation d'implication significative (*meaningful engagement*) consistant à mettre en œuvre une discussion entre les parties prenantes. Cette obligation a été étendue aux personnes privées par l'entremise de l'expulsion menée par l'autorité publique dans la décision *Blue Moonlight*<sup>1422</sup>. La procéduralité de l'approche – puisqu'elle ne définit pas le contenu substantiel du droit au logement ou le sens que doivent prendre les discussions et se refuse même à le faire<sup>1423</sup> – ne doit cependant pas occulter la conception de la société qui est donnée à voir. La Cour s'appuie alors sur la « première vague<sup>1424</sup> » de sa jurisprudence pour relier l'obligation de relogement déduite de l'article 26 sur le droit au logement par la jurisprudence antérieure, à la Déclaration des droits et « son esprit et sa finalité », et en particulier les dispositions relatives à la participation des communautés au gouvernement local, le droit à la dignité et le préambule qui évoque « l'amélioration de la qualité de vie de chaque citoyen et la libération du potentiel de chaque personne »<sup>1425</sup> ; la Cour étend la dimension procédurale de la décision *Port Elizabeth*, qui s'appuyait elle sur le troisième alinéa de l'article 26 et l'article 172 sur les responsabilités des autorités publiques, à la situation visée par la décision *Groobtoom* qui avait donné lieu à l'interprétation des alinéas premier et second de l'article 26.

La Cour insiste alors sur les conditions de logement dégradées des habitants du centre de Johannesburg et la violence occasionnée par le programme municipal<sup>1426</sup>. Elle fait de l'obligation de discuter une responsabilisation :

Les personnes dans le besoin ne sont pas, et ne doivent pas être vues comme une masse sans pouvoir (*disempowered*). Elles doivent être encouragées à être pro-actives et non seulement sur la défensive.<sup>1427</sup>

Une telle approche est plus riche du point de vue éthique que l'élaboration du test du caractère raisonnable, comme si la Cour avait donné raison directement aux discussions de fond lancées par

---

<sup>1422</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, §2, A, 1.

<sup>1423</sup> Dans la décision *Joe Slovo*, la Cour estime que sa jurisprudence n'implique pas un droit au relogement, mais seulement à ce qu'une discussion ait lieu dont le contenu n'est pas précisé, CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke).

<sup>1424</sup> Selon les termes de J. DUGARD, S. WILSON, « Constitutional jurisprudence: The first and second waves », in M. LANGFORD (dir.), *Socio-economic Rights in South Africa: Symbols or Substance ?*, 2014.

<sup>1425</sup> CCAS, 19 octobre 2008, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (Zakeria Yacoob), §16. La Cour cite en particulier ce passage de la décision CCAS, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §39 : « *the procedural and substantive aspects of justice and equity cannot always be separated. The managerial role of the courts may need to find expression in innovative ways. Thus, one potentially dignified and effective mode of achieving sustainable reconciliations of the different interests involved is to encourage and require the parties to engage with each other in a proactive and honest endeavour to find mutually acceptable solutions. Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arm's-length combat by intransigent opponents.* »

<sup>1426</sup> *Ibid.*, §19.

<sup>1427</sup> *Ibid.*, §20 : « *People in need of housing are not, and must not be regarded as a disempowered mass. They must be encouraged to be proactive and not purely defensive.* »



un David Bilchitz sans répondre aux arguments qui tenaient à la théorie du droit. Les défenseurs du test du caractère raisonnable trouvent néanmoins que le contrôle opéré par la Cour perd son peu de substance, et sa principale force, qui était un regard contextuel de l'effet des politiques publiques sur la situation des requérants, même s'il constituait encore un « standard de gouvernance trop flexible, abstrait et décontextualisé<sup>1428</sup> ».

## 2. Une réticence à donner sens à l'espace de vie

Dans ce nouveau tournant amorcé par l'affaire *Olivia Road*, le contenu éthique donné implicitement à voir par l'obligation de discussion n'est pas celui d'une justice sociale. La Cour n'est pas tout à fait aveugle aux difficultés qu'une telle norme procédurale peut représenter pour des personnes « pauvres, vulnérables ou illettrées » qui ne pourraient ou ne voudraient pas prendre part à une discussion : c'est pourquoi elle fait peser sur la ville l'obligation de la mettre en place quoi qu'il arrive<sup>1429</sup>. Une telle approche peut volontiers être qualifiée de paternaliste. Elle admet surtout l'inéluctabilité des expulsions décidées par la ville. En faisant appel à une vision « pro-active » plutôt qu'à la « masse » des démunis, la Cour s'éloigne alors autant d'une approche minimaliste fondée sur la dignité que celle d'un tissu social animé par les pouvoirs publics. Que la juridiction emprunte au langage de la responsabilité individuelle pour qualifier la pauvreté n'étonne pas, tant sa conception libertarienne apparaît tout au long de sa jurisprudence. Mais l'émergence d'un concept comme celui d'implication significative revient, au-delà des seules justifications et qualifications, à donner un sens normatif à cette vision, alors que la réalisation progressive et le caractère raisonnable sur lesquels elle s'appuyait dans la première vague de sa jurisprudence reposaient au moins sur des termes de l'énoncé constitutionnel. La norme ainsi construite s'applique aux pouvoirs publics et aux acteurs privés qui deviennent alors les médiateurs de la réalisation de la norme relative au logement. Ce sont eux qui produisent le résultat du conflit social sans même que la Cour n'insiste sur la finalité substantielle du processus de discussion, c'est-à-dire la conformité à une norme constitutionnelle.

L'évitement d'une théorisation du fondement relatif aux droits sociaux par la Cour renvoie à la casuistique lorsqu'il s'agit d'expulsions mais apparaît plus clairement comme un refus de décider lorsque sont en jeu des dimensions plus positives des obligations relatives à l'habitat. L'habitat en

---

<sup>1428</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 41, p. 470 : « an over-flexible, abstract and decontextualised standard of governance ». En 2014, Jackie Dugard, Stuart Wilson lient en réalité les décisions sur le logement à partir de 2008 à la décision *Mazibuko*, pour y voir un déni des demandes concrètes des requérants, voir J. DUGARD, S. WILSON, « Constitutional jurisprudence: The first and second waves », *op. cit.* note 305 p. 20 : sous le vocable de seconde vague, ils visent alors tout autant la notion de *meaningful engagement* que l'évolution du test du caractère raisonnable lui-même.

<sup>1429</sup> *Ibid.*, §15 : « People about to be evicted may be so vulnerable that they may not be able to understand the importance of engagement and may refuse to take part in the process. If this happens, a municipality cannot walk away without more. It must make reasonable efforts to engage and it is only if these reasonable efforts fail that a municipality may proceed without appropriate engagement. It is precisely to ensure that a city is able to engage meaningfully with poor, vulnerable or illiterate people that the engagement process should preferably be managed by careful and sensitive people on its side. »

effet ne renvoie pas seulement à la protection contre l'expulsion et son équilibre avec la propriété mais aussi aux prestations qui s'inscrivent dans l'espace de vie. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'est montrée réticente, si ce n'est hostile, à une conception aussi large de l'habitat en termes d'espace de vie, ce qui constitue en soi une vision de l'espace social. Aussi, l'élaboration de l'obligation d'implication significative répond au contexte propre à Johannesburg et n'interroge pas les politiques menées dans cet espace. Alors que le centre-ville (*inner city*) de la ville a donné lieu à l'éclosion de hautes tours dans les années 1930, où logeait et vivait une bourgeoisie d'affaire dans la ville de la ruée vers l'or, tandis que les populations non-blanches sont reléguées, à partir des années 1950 et de la mise en place de l'Apartheid, dans les *townships* situés en périphérie<sup>1430</sup>. Or, la violence urbaine fait fuir les occupants du centre-ville dans les années 1970, après les émeutes de Soweto plus au Sud. Les tours sont alors occupées informellement et donnent à voir une misère urbaine, lieu de trafics divers, qui contraste avec les quartiers résidentiels arborés du Nord, progressivement dotés de leurs propres quartiers d'affaires, centre commerciaux et lieux de loisirs et marqués par un phénomène de privatisation de l'espace public qu'illustrent les *gated communities*, ces rues closes et gardées. La municipalité lance en 2003 un programme de réhabilitation du centre-ville qui consiste à vider les tours et les vendre à des promoteurs qui en font des logements ou du commerce ou des bureaux en les transférant, donc, dans l'économie formelle, marquant le retour des classes moyennes dans le centre-ville.

Du point de vue des dispositions et de la jurisprudence élaborée depuis 1993, la question constitutionnelle est alors celle du relogement des personnes expulsées. Une difficulté sociale spécifique tient alors à l'éloignement du centre urbain où elles vivent et travaillent, si bien que la doctrine et les milieux militants ont eu recours au concept de droit à la ville, d'Henri Lefebvre, pour qualifier l'ensemble de droits dont les habitants seraient titulaires dans l'espace de vie urbain<sup>1431</sup>, en lien avec le concept de *livelihood* développé par la Cour suprême indienne<sup>1432</sup>. Le droit à la ville doit à une approche marxiste qui voit dans l'espace une concentration de pouvoir et de capital, et dans l'urbanisme une idéologie rationalisant les rapports sociaux : Henri Lefebvre n'appelle pas tant à la reconnaissance d'un droit fondamental qu'à une prise de conscience de la ville comme telle<sup>1433</sup>. Le

---

<sup>1430</sup> Pour une histoire de la ville, voir M.J. MURRAY, *City of extremes : the spatial politics of Johannesburg*, Duke University Press, 2014.

<sup>1431</sup> Voir HUCHZERMAYER, « Invoking Lefebvre's "right to the city" in South Africa. A response to Walsh », *City*, vol. 18, n° 1, 2014, p. 41-49. M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, *op. cit.* note 166.

<sup>1432</sup> M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, *op. cit.* note 166, p. 128-131.

<sup>1433</sup> H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville (1968)*, Anthropos, 3e éd., 2009. L'auteur relit en particulier l'histoire parisienne comme une conquête de l'aristocratie, puis autour du XVII<sup>ème</sup> siècle de la bourgeoisie, vers l'expulsion progressive des plus démunis, jusqu'à la constitution de grandes banlieues sans espace collectif, et structurées par la consommation, au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle.

terme « droit de l'homme » renvoie chez l'auteur indifféremment à « l'espace public », c'est-à-dire le sens politique, que la ville devrait occuper aux yeux de ses occupants et du pouvoir politique<sup>1434</sup>.

De manière significative, l'explication de la position de la Cour dans l'affaire *Mazibuko* relative au droit à l'eau s'explique tout autant par sa conception de la séparation des pouvoirs que par une lecture des droits sociaux qui coupe court à toute vision relationnelle ou constructiviste de l'espace social. La Cour suit le montant d'eau accordé par le gouvernement qui lui-même se conformait à une loi de 2001 parce qu'elle s'estime incompétente pour le fixer elle-même<sup>1435</sup> et renvoie explicitement au « choix démocratique populaire<sup>1436</sup> ». Il est particulièrement intéressant que la Cour juge que le montant d'eau fourni était « généreux<sup>1437</sup> » pour un foyer moyen et s'appuie pour cela sur les faits mis en avant dans la jurisprudence *Grootboom* et *TAC*<sup>1438</sup>. Dans le même temps, la Cour rejette les motivations de la High Court et de la Supreme court of appeal qui accordaient respectivement un montant d'eau gratuite de cinquante et quarante-deux litres par jour et par foyer, en se fondant sur de nombreuses expertises, contre les vingt-cinq accordés par les pouvoirs publics, soit le montant fixé par la loi<sup>1439</sup>. Il était loisible au juge sud-africain de juger inconstitutionnelle autant la décision des autorités publiques que la loi. La Cour rejette l'argumentation des parties au motif qu'elle revenait à imposer un contenu minimal que la Cour a toujours refusé d'associer aux dispositions des articles 26 et 27<sup>1440</sup>. Cet argument pouvait être déjoué par une approche plus substantielle du test du caractère raisonnable, comme l'ont fait la High court et la Supreme court of appeal pour donner droit aux demandes<sup>1441</sup>.

Or, ce contrôle tel qu'il a été mis en œuvre par la Cour n'aboutit jamais à exiger une autre politique publique mais plutôt à inclure des mesures nouvelles lorsque celles-ci n'entraînent pas un coût excessif pour les pouvoirs publics<sup>1442</sup>, ce qui rend tout à fait prévisible le rejet par la Cour de l'argumentation des juridictions inférieures au motif qu'elles ont fait une mauvaise application de la jurisprudence antérieure<sup>1443</sup>. Cela d'autant plus que la Cour estime la mesure de la municipalité

---

<sup>1434</sup> *Ibid.*, p. 16-18.

<sup>1435</sup> CCAS, 8 octobre 2009, *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others* (Kate O'Regan) ci-après *Mazibuko*, §51-68.

<sup>1436</sup> *Ibid.*, §64 : « *It is institutionally inappropriate for a court to determine precisely what the achievement of any particular social and economic right entails and what steps government should take to ensure the progressive realisation of the right. This is a matter, in the first place, for the legislature and executive, the institutions of government best placed to investigate social conditions in the light of available budgets and to determine what targets are achievable in relation to social and economic rights. Indeed, it is desirable as a matter of democratic accountability that they should do so for it is their programmes and promises that are subjected to democratic popular choice.* »

<sup>1437</sup> *Ibid.*, §89.

<sup>1438</sup> *Ibid.*, §61-62.

<sup>1439</sup> Pour l'analyse contextuelle complète de la fourniture d'eau dans la zone, voir Supreme court of appeal, 25 mars 2009, *City of Johannesburg and Others v Mazibuko and Others* 2009 (3) SA 592 (SCA), §151-179.

<sup>1440</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §52-56.

<sup>1441</sup> Voir par exemple S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 41, p. 466-480.

<sup>1442</sup> C'est le cas des décisions *Soobramoney*, *Grootboom* et *TAC*, *op. cit.*, voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1443</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §68.

raisonnable du fait qu'elle prévoit par ailleurs une quantité d'eau supplémentaire pour les plus démunis<sup>1444</sup>. Il n'est alors pas question d'une erreur de droit, contrairement à ce que la Cour induit laconiquement. La difficulté contentieuse ici est que le test du caractère raisonnable renvoie à une appréciation factuelle qui peut difficilement s'imposer aux juridictions du fond. La décision de la Cour ne s'appuie alors pas tant sur la nature du mode de contrôle utilisé que sur un usage prudent que trahit sa référence à la capacité et à la légitimité institutionnelle du juge, tandis que les juridictions inférieures avaient tenté d'en faire un outil plus normatif à l'égard des politiques publiques. Elles prenaient alors la jurisprudence antérieure au mot puisqu'il s'agissait d'examiner les besoins des résidents à l'aide des expertises qui avaient été fournies aux juridictions.

À l'inverse, la décision de la Cour constitutionnelle a pu être qualifiée de « formaliste et a-contextuelle », par exemple, en ce qu'elle n'évoque jamais la situation des femmes, qui gèrent pourtant les soins et l'alimentation des familles<sup>1445</sup> - la juge Tsoka de la High Court se fondait sur cet élément pour déclarer que le montant alloué était inconstitutionnel<sup>1446</sup>. D'ailleurs, le genre était également absent de la décision *Grootboom* qui évoquait pourtant des familles et des enfants et laissait les mères gérer la situation du groupe de mal-logés<sup>1447</sup>. La Cour n'est pas plus attentive dans *Mazibuko* à l'argument selon lequel plusieurs familles se branchaient aux mêmes compteurs et que chaque foyer comptait plus de membres que ce qu'envisageait la municipalité<sup>1448</sup>. Plus largement, le rappel des obligations pesant sur les pouvoirs publics dans la démonstration du caractère raisonnable des mesures prises vis-à-vis de l'accès à l'eau des requérants et des besoins des plus démunis<sup>1449</sup> sonne creux en l'absence d'une analyse plus approfondie du contexte par la Cour<sup>1450</sup>.

---

<sup>1444</sup> *Ibid.*, §93-95.

<sup>1445</sup> D.N. PERUMAL, « Women's socio-economic [in]equality and gender [in]justice: Feminist reflections on the right of access to water in Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others [2009] ZACC 28 », *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, vol. 25, n° 2, 2011, p. 17-26, spec. p. 19, qui montre avec de nombreux témoignages que l'accès à l'eau concernait notamment des femmes elles-mêmes malades ou prenant soin des malades et des enfants qui exigeaient une source d'approvisionnement en eau qui soit hygiénique.

<sup>1446</sup> South Gauteng High Court, 2008, *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, 2008 4 All SA 471 (W) (Ontshwanetse Tsoka), §159.

<sup>1447</sup> D.M. CHIRWA, S. KHOZA, « Towards Enhanced Citizenship and Poverty Eradication: A Critique of Grootboom from a Gender Perspective », in A. GOUWS (dir.), *(Un)thinking Citizenship*, Routledge, 2005, p. 137-156

<sup>1448</sup> South Gauteng High Court, 2008, *Mazibuko*, *op. cit.*, §25.

<sup>1449</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §68.

<sup>1450</sup> C'est ce qui fait dire à Sandra Liebenberg que la Cour fait une mauvaise application du test du caractère raisonnable, mais l'auteure renvoie alors à sa propre reconstruction doctrinale plus qu'à la réalité du contrôle exercé par le juge. En particulier, Sandra Liebenberg estime qu'un « context-sensitive standard » n'exclut pas « a substantive assessment of the right » (S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 41, p. 470), du genre de celui qu'appelle David Bilchitz hors de la concrétisation, mais elle ne discute pourtant pas de l'appréciation même du contexte qui semble ici être la raison pour laquelle la Cour s'en remet à l'appréciation des pouvoirs publics.

## B. La limitation des communs

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud relative au logement traduit une vision substantielle des services publics que l’on peut qualifier de néolibérale (1) et qui s’observe également dans l’approche très limitée de l’environnement donnée à voir par la Cour (2). À titre de comparaison, on trouve un fondement plus relationnel de l’espace de vie dans la jurisprudence colombienne, elle-même inspirée de la Cour suprême indienne (3).

### 1. Une approche néolibérale de l’espace public

La décision *Mazibuko* ne brille pas tant par l’évitement des problèmes posés par les politiques publiques contrôlées, qui caractérisait déjà la décision *Grootboom*, que par la vision qu’elle donne en creux de l’espace social. L’approche contextuelle révèle ici avec une particulière acuité les présupposés socioéconomiques des juges. À première vue, la Cour durcit l’approche proposée par une décision dans laquelle elle avait refusé la demande d’un blanc qui contestait le paiement à la consommation opéré par la municipalité du centre-ville majoritairement blanc et aisé de Prétoria, quand les quartiers plus éloignés, principalement noirs et pauvres, avaient un tarif plus faible et forfaitaire<sup>1451</sup>. Mais la question socioéconomique se doublait alors explicitement d’une question raciale. L’approche choisie par la Cour dans *Mazibuko* fait écho à l’opinion concordante d’Albie Sachs en 1998, qui citait Ronald Dworkin et la juge Kate O’Regan – qui a ensuite rédigé l’opinion majoritaire en 2009 – pour justifier qu’une inégalité puisse être engendrée par une politique sociale qui vise à lutter contre les « inégalités structurelles »<sup>1452</sup>. Sachs notait en particulier les difficultés de la ville à passer d’une culture du non-paiement, qui dérivait d’une lutte pour les droits et l’égalité, à une culture de « paiement dans de nouvelles circonstances de droit et de responsabilité démocratiques<sup>1453</sup> ».

Dans *Mazibuko*, la Cour ne s’en tient pas à rejeter la demande. Elle valide un système de prépaiement qui amène à la coupure de l’approvisionnement au-delà du montant gratuit et estime que l’absence d’un tel système dans d’autres anciens *townships* touchés par le même problème n’est pas une atteinte au principe d’égalité à partir du moment où le paiement est moins cher que sous l’Apartheid et que le système de prépaiement empêche la constitution d’une dette pour les foyers pauvres<sup>1454</sup>. La Cour considère alors l’eau comme un bien payant sans chercher à savoir quelle était

---

<sup>1451</sup> CCAS, 19 août 1997, *City Council of Pretoria v Walker* (Pius Langa).

<sup>1452</sup> *Ibid.*, opinion concordante d’Albie Sachs, §126-130.

<sup>1453</sup> *Ibid.*, opinion concordante d’Albie Sachs, §126 : « *The objective was to transform a culture of non-payment deeply rooted in a history of painful struggle for political rights and equal treatment, into one of payment in the new circumstances of democratic entitlement and responsibility.* »

<sup>1454</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §152-154.

la capacité de paiement des habitants au-delà du montant alloué et en rejetant l'argument selon lequel, sous l'Apartheid, les habitants des *townships* ne payaient tout simplement pas l'eau<sup>1455</sup>. Cela a pu faire dire que le test du caractère raisonnable s'accommodait des inégalités structurelles en s'en tenant à corriger à la marge les politiques publiques qui découlent d'une vision néolibérale<sup>1456</sup>. Le programme mis en place en 2003 par la municipalité dans le quartier de Phiri, l'un des quartiers de l'ancien *township* de Soweto, visait précisément à mettre fin à la culture du non-paiement ; les mouvements sociaux concernés s'étaient tournés vers le juge dans l'espoir de trouver une issue à un conflit social parfois violent<sup>1457</sup>. Le résultat de la lutte sociale n'est pas seulement le droit acquit au bien concerné mais également le paiement, si bien qu'il faut se satisfaire de la tarification différenciée pour les quartiers pauvres et noirs. L'approche de la Cour qui s'appuie de manière pragmatique sur les ressources publiques donne l'exemple typique ici d'un refus d'opposer la norme constitutionnelle à une régression du service public avec la mise en place d'un système payant là où il était gratuit.

La limite que la Cour choisit d'opposer aux autorités publiques reçoit elle-même un encadrement conceptuel et normatif : elle est restreinte aux politiques publiques qui ont pour effet de rendre l'espace public payant. Un peu avant cette décision, la Cour avait rendu un jugement similaire à propos de la fourniture d'électricité, de manière sans doute moins spectaculaire puisque l'eau était, elle, un bien visé explicitement par la Constitution sud-africaine. La Cour avait néanmoins suivi une autre voie en refusant le fondement de l'article 26 invoqué par les requérants mais en s'appuyant plutôt sur l'article 195 relatif à la qualité des services publics<sup>1458</sup>, particulièrement riche<sup>1459</sup>, pour estimer que les occupants devaient payer mais que la coupure sans préavis prévue par la réglementation municipale ne pouvait constituer un mécanisme de recouvrement, sans remettre en cause toutefois la coupure en elle-même. Là encore, ce droit au préavis poursuit alors la dimension procédurale de la jurisprudence de la Cour qui n'explique pas les obligations étatiques en matière de

---

<sup>1455</sup> *Ibid.*, §139 : "The high rate of non-payment however cannot be relevant to determining whether the supply of water under the new system is retrogressive or not. The systems must be compared on the assumption that people paid the charges levied for water."

<sup>1456</sup> D. ROITHMAYR, « Lessons from Mazibuko : persistent inequality and the commons », *Constitutional Court Review*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 317-346, spec. p. 326 : « But the far more important, and original, point to be made here is that courts now appear to be assessing what is reasonable, progressive or available against a neo-liberal baseline. » Pour l'auteur, la décision marque alors un coup d'arrêt à toute *strategic litigation* progressiste en Afrique du Sud, puisque le néolibéralisme défendu par la Cour rendrait toute demande inaudible.

<sup>1457</sup> Sur une telle approche du droit en Afrique du Sud et en Colombie, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1458</sup> CCAS 9 octobre 2009, *Joseph v. City of Johannesburg* (Thembile Skeweyiya).

<sup>1459</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 195(1) : « *Public administration must be governed by the democratic values and principles enshrined in the Constitution, including the following principles : a. A high standard of professional ethics must be promoted and maintained. b. Efficient, economic and effective use of resources must be promoted. c. Public administration must be development-oriented. d. Services must be provided impartially, fairly, equitably and without bias. e. People's needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policy-making. f. Public administration must be accountable. g. Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information. h. Good human-resource management and career-development practices, to maximise human potential, must be cultivated. i. Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness, and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation.* »

fourniture d'électricité<sup>1460</sup>. La Cour va plus loin encore en refusant de voir une atteinte à un droit constitutionnel dans la mise en place de péages autoroutiers, malgré les contestations importantes qui mettaient en avant l'atteinte à la mobilité sociale que cela représentait pour les plus pauvres<sup>1461</sup>. Un autre élément qui dévoile la vision socioéconomique de la Cour dans *Mazibuko* est son rejet du moyen qui tendait à contester l'inclusivité du programme spécifique pour les plus démunis, qui leur faisait bénéficier d'un montant supérieur d'eau gratuite : sans considérer l'usage réel de ce dispositif, la Cour estime que la création d'un programme dédié, hors de l'allocation universelle d'un montant d'eau gratuite, constitue « une méthodologie cruciale pour assurer que les gouvernements ciblent ceux qui en ont le plus besoin<sup>1462</sup> ». La Cour ne valide pas seulement l'existence d'un système payant qui inclut le recouvrement des dettes par la coupure de l'approvisionnement mais conçoit l'aide sociale comme un dispositif administratif étroitement relié au *mean-testing* qui caractérise la redéfinition néolibérale de l'État social<sup>1463</sup>.

Un autre exemple, en creux, de l'approche néolibérale de la Cour tient à une position audacieuse sur les inégalités spatiales lorsque les ressources économiques ne sont pas en jeu. Un exemple typique d'un virage discursif de la Cour<sup>1464</sup> est l'affaire de 2016 portant sur la décision de la municipalité de Pretoria, renommée Tshwane au niveau de l'agglomération, de changer les noms des rues liées à l'histoire Afrikaner de la ville pour les remplacer par des noms de dirigeants de l'Afrique du Sud post-Apartheid. Les requérants contestaient la décision en se fondant sur les droits culturels conférés par la Constitution à l'article 31 et sur le préambule, et avaient obtenu une décision favorable en première instance, jusqu'au recours de la municipalité auprès de la Cour. L'opinion majoritaire rédigée là encore par Mogoeng Mogoeng donne droit à la municipalité en élaborant une vision particulièrement riche du problème en cause. Abordant le contexte historique sud-africain par la manière dont il se reflète dans l'espace<sup>1465</sup>, reliant notamment l'idéal constitutionnel à la reconnaissance, par la « vénération » passée et la mémoire envers les « héros » de la lutte contre

---

<sup>1460</sup> D. BILCHITZ, « Citizenship and community : Exploring the right to receive basic municipal services in Joseph », *Constitutional Court review*, vol. 3, n° 1, 2010, p. 45-78

<sup>1461</sup> CCAS, 20 septembre 2012, *National treasury v. Opposition to urban tolling alliance* (Dikgang Moseneke).

<sup>1462</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §101 : « a key methodology for ensuring that governments services target those most in need ».

<sup>1463</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1.

<sup>1464</sup> Voir *supra*, section 1, §2, B., 3.

<sup>1465</sup> CCAS, 21 juillet 2016, *City of Tshwane Metropolitan Municipality v. Afriforum and Another* (Mogoeng Mogoeng), §4 : « colonialism or apartheid is a system so stubborn that its divisive and harmful effects continue to plague us and retard our progress as a nation more than two decades into our hard-earned constitutional democracy. Almost all cities, towns and street names continue to reverberate with great sounds of veneration for the architects of apartheid, heroes and heroines of our oppressive and shameful colonial past. »

l'Apartheid<sup>1466</sup>, renvoyant à l'appartenance collective en citant notamment la notion d'uBuntu<sup>1467</sup>, la Cour fait le constat que « l'Afrique du Sud ressemble beaucoup à l'Europe loin de l'Europe<sup>1468</sup> ». L'espace de vie est alors conçu du point de vue des inégalités ethniques mais ce n'est qu'en creux qu'apparaît la question économique de la répartition des richesses, via l'espace de vie, qui n'est pas qualifié en fonction des revenus ou de la couleur de peau alors que la ville de Pretoria est précisément connue pour être plus aisée et plus blanche que sa voisine Johannesburg. Surtout, l'opinion majoritaire inclut explicitement la croissance économique comme le « grand potentiel » de paix et de réconciliation du pays contre les « injustices du passé »<sup>1469</sup>.

## 2. Le refus d'une approche de l'espace de vie étendue à l'environnement

Avec les décisions vues plus haut, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud ne donne pas droit à une vision de l'espace public comme un commun, qui renverrait à « la propriété partagée et au partage des ressources naturelles<sup>1470</sup> ». Il s'agit pourtant d'un modèle ancien qui retrouve un certain intérêt dans les débats contemporains afin de dépasser l'approche étatique autant que la propriété privée, telle que celle-ci a été conçue depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle et qui, précisément, constitue le cœur de cette pensée libérale qu'une part importante du discours du constitutionnalisme transformateur appelle à changer. C'est également l'un des sens, communautaire, de l'uBuntu sud-africain. On peut toutefois attribuer deux sens aux communs, relativement au partage des ressources ou au mode de participation à ce partage, comme un mode de gouvernance entre État et marché, entre égalité et liberté, voire un ensemble de représentations et d'habitudes qui guident les acteurs

<sup>1466</sup> *Ibid.*, §7.

<sup>1467</sup> *Ibid.*, §11 : « *All peace and reconciliation-loving South Africans whose world-view is inspired by our constitutional vision must embrace the African philosophy of "ubuntu". (...) The African world-outlook that one only becomes complete when others are appreciated, accommodated and respected, must also enjoy prominence in our approach and attitudes to all matters of importance in this country, including name-changing. White South Africans must enjoy a sense of belonging. But unlike before, that cannot and should never again be allowed to override all other people's interests. South Africa no longer "belongs" to white people only. It belongs to all of us who live in it, united in our diversity. Any indirect or even inadvertent display of an attitude of racial intolerance, racial marginalisation and insensitivity, by white or black people, must be resoundingly rejected by all South Africans in line with the Preamble and our values, if our constitutional aspirations are to be realised.* »

<sup>1468</sup> *Ibid.*, §12 : « *South Africa still looks very much like Europe away from Europe.* »

<sup>1469</sup> *Ibid.*, §17 : « *Ours is a country with great potential for enduring peace, stability and sustainable economic growth. Much will however depend on how we manage our differences as individuals, groups and as a nation.* ». C'est paradoxalement l'opinion dissidente qui donne droit aux requérants blancs sur le fondement des droits culturels que la Cour exprime le mieux la réalité de la situation, *ibid.*, opinion dissidente de Froneman et Cameron, §121-122 : « *Pretoria was created as the capital of an Afrikaner Republic that expressly subordinated black people. It became the capital city of a South Africa that grossly magnified that discrimination by systematic segregation and exclusion. Until just decades ago, black people could not own and live in property along Pretoria's beautiful jacaranda-lined streets. The historical figures after which those streets were named benefited directly from the fact that they, unlike black people, could own and live on city properties. Those benefits have not dissipated. They still accrue primarily to white residents. Their historical advantage in acquiring property in the past dwells on, in deep systemic privilege and injustice. To deny these realities or avert one's eyes to them lays one open to a charge that what one seeks to protect is not culture, but a heritage rooted in racism. The Constitution protects culture, yes, but not racism.* »

<sup>1470</sup> D. ROITHMAYR, « Lessons from Mazibuko : persistent inequality and the commons », *op. cit.* note 337, p. 329.



sociaux<sup>1471</sup>. De la délibération à l'expérimentalisme<sup>1472</sup>, les travaux sur les communs empruntent à des références communes au constitutionnalisme transformateur.

La Cour sud-africaine a pu se rapprocher d'une définition des communs lorsqu'elle a élaboré un mode de négociation des parties en cause en matière de logement mais elle ne visait pas la gestion participative d'une ressource, et elle a rejeté on l'a vu une telle opportunité en matière d'eau dans les anciens *townships*<sup>1473</sup>. Le problème d'une telle approche est qu'en désubstantialisant ainsi la discussion entre les acteurs autour de ce qui pourrait constituer un commun, celle-ci peut n'être qu'une modalité d'attribution des biens sociaux disponibles sur le marché et perpétuer les inégalités structurelles ancrées dans celui-ci : dans une approche des communs qui lutte contre les inégalités au contraire, « les acteurs doivent s'impliquer dans des discussions politiques à propos de la communauté qu'ils entendent former<sup>1474</sup> ». C'est d'autant plus le cas lorsque la négociation est réduite au logement et donc à l'accession à la propriété individuelle sur le marché privé. De la même manière, la Cour ne considère que les vendeurs de rue titulaires d'une licence ou la prostitution comme un choix personnel d'activité économique<sup>1475</sup>.

Cette approche de l'espace de vie explique peut-être pourquoi la Cour n'a pas élaboré de jurisprudence en matière environnementale alors que l'article 24 de la Constitution de 1996 donnait pourtant un fondement solide à une telle approche en évoquant la santé, le bien-être, le lien entre les générations et « un usage des ressources naturelles qui (doit être) justifié par le développement socioéconomique<sup>1476</sup> ». Les juridictions supérieures d'Afrique du Sud n'ont que rarement saisi l'occasion d'interpréter l'article 24<sup>1477</sup>, alors qu'une approche systémique de l'interprétation pourrait

---

<sup>1471</sup> D. BOURCIER et al., *Dynamiques du commun. Entre État, marché et société*, Éditions de la Sorbonne, 2021, p. 6-9.

<sup>1472</sup> Voir *Ibid.*, p. 14.

<sup>1473</sup> C'est pourquoi Daria Roithmayr utilise l'exemple des *transition towns* pour montrer les lacunes de l'approche de la Cour dans *Mazibuko*, un mouvement social qui réunit des expériences locales d'organisation politique et économique visant à sortir du marché et réduire l'impact environnemental, D. ROITHMAYR, « Lessons from Mazibuko : persistent inequality and the commons », *op. cit.* note 337, p. 337s. Sur l'environnement, voir *infra*. Sur la fourniture d'eau dans les villes des pays du Sud et le modèle néolibéral, voir K. BAKKER, « The "Commons" Versus the "Commodity": Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South », *Antipode*, vol. 39, n° 3, 2007, p. 430-455.

<sup>1474</sup> D. ROITHMAYR, « Lessons from Mazibuko : persistent inequality and the commons », *op. cit.* note 337, p. 332 : « Stakeholders must engage in the difficult political conversations about what kind of community they want to create ». Daria Roithmayr analyse les inégalités raciales, dans le contexte américain, à partir de « *foundational networks* » qui sont des rapports ancrés dans la vie sociale, familiale et professionnelle, hors de l'État et du marché qu'elle associe à la propriété, publique ou privée, par opposition aux communs. Dès lors, en discutant la décision *Mazibuko*, l'auteure plaide pour une vision exigeante des communs qui parvienne à dépasser les inégalités socioéconomiques.

<sup>1475</sup> Voir *supra*, section 1, §2, B.

<sup>1476</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 24 : « Everyone has the right to: (a) an environment which is not harmful to their health or well-being; and (b) have the environment protected for the benefit of present and future generations through reasonable legislative and other measures that: (i) prevent pollution and ecological degradation, (ii) promote conservation, (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources, while promoting justifiable economic and social development. »

<sup>1477</sup> L.J. KOTZÉ, A. DU PLESSIS, « Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa », *Journal Of Court Innovation*, vol. 3, n° 1, 2010, p. 157-176.

aisément justifier un lien entre ces dispositions et celles relatives aux droits sociaux constitutionnels. Dans une de ses rares décisions relatives à l'article 24, la Cour discutait des intérêts que devait prendre en compte l'autorité publique dans la délivrance d'une autorisation pour l'installation d'une station de carburant. La demande alléguait que l'autorisation violait l'article 24 en ce que des rapports indiquaient une possible pollution souterraine. L'opinion majoritaire évoque la notion de développement durable en mettant en équilibre, comme y invite le texte constitutionnel, le développement économique et ses coûts sociaux et environnementaux<sup>1478</sup>, mais sans élaborer plus avant le sens des dispositions constitutionnelles<sup>1479</sup> ou leur lien avec les autres dispositions du texte de 1996, l'affaire étant renvoyée devant la High court pour une nouvelle appréciation des faits.

L'opinion dissidente d'Albie Sachs insiste plus fortement sur l'articulation entre environnement et développement socioéconomique<sup>1480</sup>, puis estime, de manière lapidaire, qu'il n'y a aucun coût visible en l'espèce<sup>1481</sup> : seule une approche plus vaste du phénomène peut amener à juger que « quand elles sont conçues de manière holistiques, (les stations d'essence) permettent l'usage d'énergie fossile, qui a été clairement reliée au changement climatique et à la pollution de

---

<sup>1478</sup> CCAS, 7 juin 2007, *Fuel Retailers Association of South Africa (Pty) Ltd v. Director- General Environmental Management Mpumalanga and Others* (Sandile Ngcobo), ci-après *Fuel Retailers*, §45-46.

<sup>1479</sup> De manière plus explicite, la High court du Witwatersrand a déclaré que le développement économique était limité par l'environnement, l'équité intergénérationnelle et les principes socioéconomiques. Elle alors confirmait la décision d'une autorité publique qui refusait de délivrer une autorisation d'exploitation à une compagnie pétrolière fondée sur l'article 24 : « *Pure economic principles will no longer determine, in an unbridled fashion, whether a development is acceptable. Development, which may be regarded as economically and financially sound, will, in future, be balanced by its environmental impact, taking coherent cognisance of the principle of intergenerational equity and sustainable use of resources in order to arrive at an integrated management of the environment, sustainable development and socio-economic concerns. By elevating the environment to a fundamental justiciable human right, South Africa has irreversibly embarked on a road, which will lead to the goal of attaining a protected environment by an integrated approach, which takes into consideration, inter alia, socio-economic concerns and principles* », High Court of Witwatersrand, 31 mars 2004, *BP Southern Africa (Pty) Limited v Mec for Agriculture, Conservation, Environment & Land Affair*, §144.

<sup>1480</sup> CCAS, *Fuel Retailers*, *op. cit.*, opinion dissidente d'Albie Sachs, §113, citant un ouvrage collectif sur les liens entre les droits sociaux et les droits environnementaux : « *Sustainable development presupposes accommodation, reconciliation and (in some instances) integration between economic development, social development and environmental protection. It does not envisage social, economic and environmental sustainability as proceeding along three separate tracks, each of which has to be weighed separately and then somehow all brought together in a global analysis. The essence of sustainable development is balanced integration of socio-economic development and environmental priorities and norms* ».

<sup>1481</sup> On notera, plus largement, qu'aucune des affaires suscitées devant la Cour ne présente de coût environnemental évident et que la question est toujours incidente.

l'air<sup>1482</sup> ». Les décisions sur l'exploitation minière ne l'évoquent pas non plus<sup>1483</sup>. La Cour parle bien d'une « justice environnementale » à l'occasion d'une demande de versement de frais de justice par une ONG qui avait obtenu des injonctions vis-à-vis de l'administration suite à des demandes d'information relatives aux organismes génétiquement modifiés<sup>1484</sup> ; la Cour admet également une demande visant à reconnaître le droit pour une ONG d'ester en justice au nom d'un animal en liant le bien-être animal, l'environnement et même la biodiversité ainsi que la *rule of law*<sup>1485</sup> ; mais aucune des deux décisions n'évoque outre mesure les dispositions environnementales de la Constitution.

Le laconisme de la Cour est là encore révélateur des présupposés de ses choix interprétatifs. La juridiction aurait pourtant pu relier les articles 26 et 27 relatifs aux droits sociaux à l'article 24 relatif à l'environnement, en s'appuyant sur les biens sociaux que sont la santé, l'alimentation et l'eau - comme la Cour l'admet elle-même dans la décision *Mazibuko* dans l'énoncé des faits sans rien en faire ensuite<sup>1486</sup>. Elle aurait pu viser encore le bien-être visé à l'article 24 et la vie ou la dignité. L'interprétation constitutionnelle pourrait également être guidée par une notion d'écosystèmes<sup>1487</sup> qui fait écho à l'approche en termes de commons vue plus haut, et plus largement à une approche relationnelle des droits constitutionnels qui trouverait à s'appliquer aux espaces de vie dans le contexte juridique, social et politique sud-africain. Que la Cour ne se soit pas engagée sur cette voie peut s'expliquer par la prudence conceptuelle plus générale de la juridiction. Le lien entre les droits sociaux et la nature exigerait il est vrai un saut théorique ambitieux. Rien n'empêche néanmoins de fonder une approche en termes d'écosystèmes ou de commons sur le texte de 1996, selon une

---

<sup>1482</sup> R. KRUGER, « The Silent Right: Environmental Rights in the Constitutional Court of South Africa », *Constitutional Court Review*, n° 9, 2019, p. 473-496, p. 480.

<sup>1483</sup> Dans la décision CCAS, 30 novembre 2010, *Bengwenyama Minerals (Pty) Ltd and Others v Genorah Resources (Pty) Ltd and Others* (Johan Froneman), pour juger que l'autorisation de prospection minière était illégale au motif qu'elle ne respectait pas les dispositions législatives relatives aux consultations, la Cour s'appuie sur l'article 25 relatif à l'accès aux ressources et au respect des communautés locales mais rejette l'applicabilité de l'article 24 au litige (§75-78). De même, dans CCAS, 12 avril 2012, *MaCCASnd (Pty) Ltd v City of Cape Town and Others* (Chris Jafta), la Cour contrôle une loi relative aux obligations environnementales de l'activité minière par rapport à l'article 24 mais le recours est rejeté pour un motif de procédure et la Cour ne donne aucune interprétation nouvelle ou spécifique. Pour une décision sur la propriété de droits d'exploitation minière qui n'évoque pas l'environnement ou les ressources du point de vue constitutionnelle alors même qu'étaient concernées les obligations environnementales fixées dans la loi, voir CCAS, 12 décembre 2013, *Minister of Mineral Resources and Others v Sishen Iron Ore Company* (Chris Jafta). Où l'on voit l'écart immense entre l'approche de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et celle de Colombie sur un problème similaire, voir *infra*, §2.

<sup>1484</sup> CCAS, 3 juin 2019, *Biomatch Trust v Registrar Genetic Resources and Others* (Albie Sachs), §9.

<sup>1485</sup> CCAS, 8 décembre 2016, *National Society for the Prevention of Cruelty to Animals v Minister of Justice and Constitutional Development* (Sisi Khampepe), mais sans jamais viser l'article 24, en insistant seulement sur la protection législative de l'environnement, y compris lorsque le lien est fait avec la biodiversité (voir §58).

<sup>1486</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §2 : « *Although rain falls everywhere, access to water has long been grossly unequal. This inequality is evident in South Africa. While piped water is plentifully available to mines, industries, some large farms and wealthy families, millions of people, especially women, spend hours laboriously collecting their daily supply of water from streams, pools and distant taps.* »

<sup>1487</sup> A. DU PLESSIS, « South Africa's Constitutional Environmental Right (Generously) Interpreted: What Is in It for Poverty », *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, n° 2, 2011, p. 279-307. Voir aussi O. NJUH FUO, « The transformative potential of the constitutional environmental right overlooked in Grootboom », *Obiter*, vol. 34, n° 1, 2013, p. 77-95. R. KRUGER, « The Silent Right: Environmental Rights in the Constitutional Court of South Africa », *op. cit.* note 363.

« interprétation créative<sup>1488</sup> » qui suivrait un raisonnement conséquentialiste ou contextualiste du genre de celui mobilisé par la juridiction en matière de droits sociaux<sup>1489</sup> et suivie par la Cour constitutionnelle de Colombie, précisément, pour tisser un lien entre les droits sociaux, les droits de la nature et les droits culturels, en l'occurrence ceux des peuples autochtones<sup>1490</sup>.

Cette divergence apparaît très clairement lorsque la Cour sud-africaine avait eu à résoudre une affaire du genre de celle qui s'est présentée à la Cour colombienne : alors qu'une communauté locale réclamait la propriété de terres à l'encontre d'une compagnie minière, la Cour a décidé qu'il fallait se référer au droit coutumier et non à la *Common law* pour définir la propriété, ce qui avait pour conséquence d'inclure le sous-sol, le minerai, et les dégâts causés par l'exploitation de ceux-ci<sup>1491</sup>. De même, les usages faits par une communauté locale, à partir d'un droit de *commonage* attribué au XIX<sup>ème</sup> siècle, ont pu faire obstacle à la réclamation de la propriété par une société qui souhaitait les utiliser pour un club de loisirs<sup>1492</sup>. Dans ces affaires, la Cour ne fait cependant aucune référence aux droits sociaux, à des principes généraux ou à l'environnement. Dans un autre cas, la Cour a ainsi examiné les critères législatifs d'attribution des allotements de pêche, qui comprenaient aussi bien le développement durable que la croissance économique et l'emploi, en estimant qu'ils devaient être contrôlés vis-à-vis de la Constitution et non de la *Common law*<sup>1493</sup>. Mais la Cour estime qu'il ne lui revient pas d'examiner ces critères du fait de la séparation des pouvoirs<sup>1494</sup>. Elle ne considère alors pas la question relative à la transformation sociale qui était soulevée par les requérants du fait du poids que la mesure administrative faisait peser sur une petite entreprise employant des noirs. L'opinion majoritaire ne conteste pas, par exemple, l'objectif de la loi en cause qui vise à « transformer l'économie » afin de « restructurer l'industrie de la pêche »<sup>1495</sup>, alors que cet usage du terme de transformation est pour le moins confusant. Apportant un complément de sens sur la transformation, une opinion concordante l'associe indubitablement à la lutte contre les inégalités raciales en estimant qu'il ne faut pas lire trop étroitement ou « grammaticalement » la mention

---

<sup>1488</sup> A. DU PLESSIS, « South Africa's Constitutional Environmental Right (Generously) Interpreted: What Is in It for Poverty », *op. cit.* note 368, p. 291.

<sup>1489</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

<sup>1490</sup> Voir *infra*, §2.

<sup>1491</sup> CCAS, 14 octobre 2003, *Alexkor Ltd and Another v. Richtersveld community and Others*.

<sup>1492</sup> CCAS, 11 décembre 2017, *Salem Party Club and Others v Salem Community and Others* (Edwin Cameron).

<sup>1493</sup> CCAS, 12 mars 2004, *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* (Kate O'Regan), notamment §22.

<sup>1494</sup> *Ibid.*, §40-41 et, pour une application au contrôle du caractère raisonnable qui ne doit pas se substituer au pouvoir administratif, §45.

<sup>1495</sup> *Ibid.*, §40 : « There can be no doubt that the development objectives of the national government include transformation of the economy ». On remarquera par exemple cette analyse économique de la transformation comme *management* capitalistique, §52 : « The respondents' answer is that the 2002 allocation, albeit for a four-year period, is near the start of a process of transformation in a complex, capital- and labour-intensive sector of the fishing industry in which instability would be detrimental to the overall management of the fishery. »

renvoyant aux différents critères environnementaux ou sociaux<sup>1496</sup>. Dans plusieurs décisions, la Cour a refusé d'examiner des critères législatifs qui invoquaient la transformation sans en discuter le sens<sup>1497</sup>.

### 3. Une conception plus riche de l'espace urbain en Colombie (et en Inde)

L'approche des services publics à laquelle la Cour sud-africaine donne droit renvoie à sa conception du formel et de l'informel, qui elle-même renvoie à une vision du monde social. Un espace de croisement normatif des différentes jurisprudences relatives aux pays du Sud se trouve dans une expérience particulière de l'espace public qui tient à la présence importante du commerce de rue. Dès lors, une divergence claire apparaît avec la Cour constitutionnelle de Colombie, dont l'une des décisions les plus célèbres sur le droit à la subsistance concerne le commerce informel de rue<sup>1498</sup>. La jurisprudence fait alors écho à la jurisprudence *Olga Tellis* de la Cour suprême indienne de 1986 consacrant un droit à la subsistance (*livelihood*) à partir d'une description précise de la situation des habitants des bidonvilles<sup>1499</sup>. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a rendu une décision similaire à bien des égards mais différente vis-à-vis du fondement et de son étendue à la suite des expulsions menées dans le cadre de l'opération « *Clean sweep* » menée par la municipalité de Johannesburg en 2013<sup>1500</sup>. Le fondement est la dignité relue du point de vue de « la capacité à

---

<sup>1496</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Sandile Ngcobo, §92. On trouvera alors une analyse économique également dans l'opinion concordante, §104 : « *Much was made of the need to stabilize the industry. Transformation initiatives had caused instability, it was said, which manifested itself in decreased investment* ». Le juge admet néanmoins, sans en tirer de conséquence particulière, §107 : « *It is difficult to see the connection between transformation, investor confidence and the aging of the deep-sea trawl fishing fleet. No facts have been put forward to support this argument. It is highly speculative.* »

<sup>1497</sup> La Cour a pu juger un ministre incompétent pour ajouter à la loi des critères permettant d'orienter les marchés publics vers les entreprises et personnes souffrant ou ayant souffert de discriminations dans l'histoire du pays, CCAS, 25 mai 2021, *Minister of Finance v. Afribusines NPC* (Mbuyiseli Madlanga). La loi prévoyait déjà la prise en compte de la place donnée aux personnes discriminées dans l'attribution des marchés, mais le ministre, répondant aux demandes d'organisations favorables à la transformation sociale de l'économie, a ajouté une procédure permettant de renforcer l'examen de ces critères. La Cour estime alors que le ministre ne détient pas un tel pouvoir, sans confronter ce pouvoir à l'objectif constitutionnel de transformation sociale, comme l'estime au contraire l'opinion minoritaire, opinion dissidente de Nonkosi Mhlantla, §60-67, par exemple afin d'exclure des entreprises employant trop de personnes blanches, §60 : « *This exclusion constitutes an effective tool in the hands of the state to redress the injustices of the past regime and to heal the hurt and suffering visited by that order on the Black majority in this country* ». Pour un usage dans une affaire concernant la transformation comme critère de recrutement dans l'industrie pétrolière, l'opinion insistant particulièrement sur la réduction des inégalités, voir CCAS, 9 février 2017, *Business Zone 1010 CC t/a Emmarentia Convenience Centre v Engen Petroleum Ltd* (Nonkosi Mthlantla), reliant le critère à la transformation constitutionnelle, §56. CCAS, 1<sup>er</sup> février 2023, *Rissik Street One Stop CC t/a Rissik Street Engen and Another v Engen Petroleum Ltd* (Kollapen), sans discuter du sens de la transformation. Pour un autre usage du terme transformation à partir d'un usage comme critère par un employeur pour des recrutements, contesté par un syndicat, sans néanmoins que la Cour en discute du sens, voir CCAS, 6 mai 2022, *Solidarity obo Members v. Barloworld Equipment Southern Africa and Others* (Tshiqi).

<sup>1498</sup> Voir *supra*, section 1, §1, A.

<sup>1499</sup> CSI, 10 juillet 1985, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, *op. cit.* Néanmoins, la Cour refuse alors d'accorder le bénéfice du droit à des occupants installés sans autorisation sur l'espace public, et elle a pu ultérieurement estimer que les pouvoirs publics n'avaient aucune obligation de reloger les personnes expulsées de l'espace public, CSI 1989, *Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur*.

<sup>1500</sup> CCAS, 4 avril 2014, *South African Informal Traders Forum and Others v City of Johannesburg and Others; South African National Traders Retail Association v City of Johannesburg and Others* (Dikgang Moseneke).

gagner sa vie<sup>1501</sup> » mais aussi d'une « *livelihood* » qui rappelle la jurisprudence indienne, qui en a fait un droit en soi<sup>1502</sup>. Or, la décision sud-africaine concernait en réalité des commerçants qui ont obtenu une licence, la Cour se contentant de dénoncer les conditions brutales de l'expulsion sans discuter du programme mis en place par la municipalité, dans une décision particulièrement brève selon les standards sud-africains. Cette approche limitée de l'espace de vie rappelle le refus de prendre en compte les pratiques informelles dans la concrétisation du droit à l'eau mais aussi l'approche libertarienne choisie par la Cour concernant la prostitution, réduite à un choix et à une activité économique<sup>1503</sup>. La Cour colombienne choisissait plutôt de la relier aux conditions matérielles d'existence et à l'espace public<sup>1504</sup>. Dans une autre affaire, la Cour colombienne a déduit un effet direct du droit à la non-discrimination vis-à-vis du propriétaire privé d'un centre commercial dont la sécurité, elle-même sous-traitée, avait demandé à deux personnes de même sexe d'arrêter de s'embrasser : la Cour justifie une telle application des droits fondamentaux en évoquant la privatisation de l'espace public et l'impossibilité de considérer qu'un centre commercial puisse être un lieu tout à fait privé du fait de l'importance qu'il a pour les personnes<sup>1505</sup>. Dès 1993, la jurisprudence colombienne avait déjà établi un tel effet direct invocable en *tutela* en se fondant sur les déséquilibres des rapports de pouvoir entre personnes privées<sup>1506</sup>.

En outre, la Cour colombienne se distingue explicitement de la Cour sud-africaine sur le droit à l'eau lorsqu'elle cite la décision *Mazibuko* pour choisir au contraire d'attribuer un montant de 50 litres d'eau gratuite<sup>1507</sup>. Elle s'appuyait d'ailleurs sur des données factuelles similaires à celles qui avaient été présentées aux juridictions sud-africaines<sup>1508</sup>. L'eau est susceptible d'une *tutela* selon la méthode éprouvée de la connexité, en l'occurrence avec le droit à la vie et l'article 366 qui dispose que la finalité de l'État qui est d'assurer les besoins en matière de santé, d'environnement et d'eau potable de la population, ainsi qu'une analyse détaillée du droit international et comparé<sup>1509</sup>. En particulier, la Cour estime que le non-paiement doit être couvert par les entreprises prestataires, qui peuvent obtenir compensation de l'État, lorsque le défaut de paiement est dû à des conditions de vie précaires<sup>1510</sup>. Il n'empêche que le contexte colombien diffère et ramène la Cour à une position

---

<sup>1501</sup> *Ibid.*, §31.

<sup>1502</sup> *Ibid.*, §25-27.

<sup>1503</sup> Voir *supra*, section 1, §2, B, 2.

<sup>1504</sup> Voir *supra*, note 1219.

<sup>1505</sup> CCC, T-909/2011 (Juan Carlos Henao Pérez), notamment §8 et 41-42.

<sup>1506</sup> CCC, T-251/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>1507</sup> CCC, T-740/11 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>1508</sup> La Cour s'appuie en particulier sur un rapport de l'Organisation mondiale de la santé de 2003 en reproduisant ses résultats dans un tableau qui classe les besoins (*Ibid.*, §6), cité par la Cour sud-africaine qui ne reprend toutefois pas les montants donnés en s'estimant « mal-placée » pour en juger (CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §61).

<sup>1509</sup> CCC, T-740/11, *op. cit.*, §4 et 5.

<sup>1510</sup> *Ibid.*, §8.

plus proche de la juridiction sud-africaine lorsqu'elle est saisie de demandes qui portent non sur un montant d'eau mais sur le raccordement au réseau qui fait défaut dans beaucoup de régions<sup>1511</sup>. Montrant qu'elle est plus audacieuse lorsque les requêtes concernent des obligations négatives, la Cour sud-africaine n'avait pas hésité à rejeter les demandes de personnes blanches qui contestaient les politiques municipales visant à proposer des prix plus bas aux zones urbaines correspondant aux anciens *townships* au moyen du principe d'égalité<sup>1512</sup>. La Cour colombienne reste néanmoins plus protectrice y compris lorsqu'elle se prononce sur l'accès à l'eau, en interdisant, pour les groupes vulnérables, la coupure de la distribution en cas de non-paiement, et ce malgré la constitution d'une dette<sup>1513</sup>. On voit alors une divergence non seulement de fondement, mais dans l'approche même du social, les personnes vulnérables disposant d'un accès privilégié aux services publics dans la construction constitutionnelle colombienne.

La Cour constitutionnelle de Colombie a donné une illustration de la plasticité du concept d'autonomie dans le domaine de l'espace de vie dans sa jurisprudence relative aux usagers de la drogue habitant la rue. Dans une décision marquante de 1994, la Cour se fonde sur l'autonomie pour dépénaliser l'usage personnel de drogues, et condamne les outils répressifs prévus par la loi, en particulier les peines d'emprisonnement ou les placements en centre de désintoxication<sup>1514</sup>. La Cour invoque alors John Rawls et son principe de différence pour estimer, à propos de la pénalisation de la consommation de cannabis, qu'il s'agit de préserver la liberté individuelle la plus

---

<sup>1511</sup> Voir, entre autres, CCC, T-381/09 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) (exigeant des autorités publiques qu'elles prennent les mesures adéquates et nécessaires pour rétablir l'accès à l'eau coupé par des travaux publics), CCC, T-418/10 (Maria Victoria Calle Correa) (condamnant une municipalité qui refusait de raccorder un hameau au réseau de distribution d'eau et ordonnant la réalisation d'études, de groupes de travail et la réalisation du raccordement). La Cour distingue notamment l'accès de la qualité en s'appuyant sur le droit à la santé, voir CCC, T-092/95 (Hernando Herrera Vergara). Voir également, sur le droit à l'eau potable, T-577/19 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>1512</sup> CCAS, *City Council of Pretoria v Walker*, *op. cit.*

<sup>1513</sup> Voir CCC, T-740/11, *op. cit.*, §8 : « *De tal suerte, que ante el incumplimiento en el pago de más de dos periodos consecutivos de facturación, la empresa del servicio público de acueducto deberá, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, informar la situación crediticia del usuario y el procedimiento a seguir para que éste pueda ponerse al día en sus obligaciones. Para tal fin, en caso de que la persona a la que se le preste el servicio no pueda cancelar de manera inmediata la deuda, dicha entidad debe mantener la prestación del servicio y con la aquiescencia de éste, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta la capacidad económica del usuario, con el objetivo de que la pueda ponerse al día con el pago de las obligaciones causadas por el consumo del referido servicio público.* ». La Cour insiste notamment sur les conséquences d'une telle coupure pour les groupes protégés (en l'espèce, une personne âgée) en insistant sur le fait que « *la privación del servicio de agua potable conlleva una grave vulneración de las obligaciones que emanan del derecho fundamental al agua* », nécessaire à la « *satisfacción de las necesidades personales y domésticas, como la preparación de alimentos, la higiene personal y del hogar.* ». Selon la Cour, le fournisseur privé ou public peut alors mettre en place une limitation de la distribution aux 50 litres gratuit après seulement avoir conclu un accord avec l'utilisateur et constater son incapacité effective à payer.

<sup>1514</sup> CCC, C-221/94 (Carlos Gaviria Díaz). La décision a suscité une controverse politique importante et une tentative de référendum constitutionnel du Président Samper, puis un référendum appelé par le président Uribe et annulé par la Cour, CCC, C-551/03 (Eduardo Montealegre Lynett), et enfin une révision effective elle-même annulée par la Cour dans CCC, C-574/11 (Juan Carlos Henao Perez), la Cour considérant alors la possession de drogue comme une question médicale appelant donc des soins, plutôt qu'une répression, ou plutôt qu'une approche par la diversité culturelle comme la Cour a pu le décider en rejetant une requête qui les traditions des peuples autochtones vis-à-vis de la production et de la consommation de stupéfiants, CCC, C-882/11 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

grande tant qu'elle n'affecte pas celle des autres, tant que le consommateur ne cause pas de trouble à autrui<sup>1515</sup>. Avec un certain anachronisme, la Cour relie Rawls à la dignité proclamée à l'article premier de la Constitution colombienne et à l'autonomie individuelle, comme le nom de cette liberté maximale mais bornée au respect de l'autre – mais Frank Michelman ne trouvait-il pas que le meilleur fondement à des droits sociaux, chez Rawls, résidait dans le bien social constitué du *self-respect*, comme une préfiguration, dans les années 1970, du primat donné à la dignité humaine ?<sup>1516</sup> Les autres références mobilisées dans la décision, John Locke et Emmanuel Kant, qui fait dire au juge que la finalité de l'être humain est toujours conditionnée par la rationalité d'autres êtres<sup>1517</sup>, montrent bien que l'imaginaire de référence de la dignité est plutôt celle de la théorie libérale et « occidentale » qu'une critique postcoloniale du sujet rationnel, sans reposer toutefois sur les mêmes bases que la pensée néolibérale et son sujet responsable<sup>1518</sup>. Il s'agit bien plutôt de la considération relationnelle de l'espace public et des individus qui l'habitent. Le biais individuel du jugement produit ne semble d'ailleurs pas tout à fait relié à ses prémisses rawlsiennes en considérant d'abord la liberté, ni même à la dignité kantienne puisqu'il ne s'agit pas ici de mobiliser une protection du genre de celle que la Cour a mobilisé sur ce fondement en matière sociale.

La Cour poursuit cette lecture en 2006 lorsqu'elle voit dans les dispositifs législatifs qui encadrent la mendicité et le sans-abrisme des « politiques perfectionnistes » qui établissent « un modèle de vertu ou d'excellence humaine » : au contraire, « un État qui reconnaît l'autonomie de la personne et le pluralisme », protège « la faculté de chaque personne à se doter de ses propres normes »<sup>1519</sup>. Dans ces deux décisions, la Cour conçoit l'autonomie comme le libre développement de la personnalité, qui laisse chacun libre de choisir son mode de vie tant que cela n'affecte pas les droits des tiers. La Cour semble alors céder à une approche libertarienne détachée des conditions sociales et économiques en supposant qu'un toxicomane, *a fortiori* vivant dans la rue, a choisi son

---

<sup>1515</sup> *Ibid.*, §6.2.4.

<sup>1516</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2.

<sup>1517</sup> *Ibid.*, §1.

<sup>1518</sup> Dans une autre décision chargée en philosophie, à propos de la liberté de conscience, la Cour opposé les « théories libertariennes » de Hayek et Nozick aux « théories contractualistes », libérales mais qui envisagent les limites de la liberté individuelle, de « *Thomas Hobbes, John Locke et John Rawls* », T-507/16 (Alberto Rojas Ríos), §6.1. La Cour estime alors que l'incinération d'un membre amputé pour des raisons de santé publique violait de manière disproportionnée la liberté de conscience du requérant qui souhaitait le conserver pour être enterré avec, conformément à sa croyance catholique : sans être une liberté absolue, la liberté de conscience pouvait ici être respectée d'une manière qui ne portait pas atteinte à la santé publique.

<sup>1519</sup> CCC, C-040/06 (Jaime Araújo Rentería), II-a : « *En Colombia, las políticas perfeccionistas no son de recibo, por cuanto no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan a través de sanciones un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. Este tipo de políticas hacen que el Estado admite exclusivamente una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que es la facultad de cada persona de darse sus propias normas.* »



mode de vie de manière libre et éclairée<sup>1520</sup>. Il est vrai que la position du gouvernement et du législateur, à l'opposé, concevait le sans-abrisme et la toxicomanie sous le seul angle répressif, éventuellement par l'hospitalisation forcée, tandis que la pénalisation effective de la possession visait surtout les populations les plus fragiles<sup>1521</sup>.

La Cour infléchit son approche en 2011 lorsqu'elle considère cette fois-ci la drogue comme un sujet médical au lieu d'une seule question de liberté<sup>1522</sup>. Mais elle enrichit alors sa conception de l'autonomie, par exemple en étendant les obligations de l'État aux personnes qui ont sciemment choisi de rester de la vie et doivent pouvoir le faire dans des conditions dignes<sup>1523</sup>. La Cour met alors en vis-à-vis le développement individuel et l'exigence de solidarité traduite dans la Constitution par l'État social de droit, doutant que le fait de vivre dans « les rues obscures de la ville, le froid et la faim puissent être une décision strictement personnelle et volontaire<sup>1524</sup> ». En 2015, la Cour rejette la « une logique de marginalisation et d'exclusion » des personnes habitant dans les rues du fait qu'elles sont jugées être « dysfonctionnelles » et avoir « des modes de vie inappropriés » par l'usage de stupéfiant et d'alcool. Aussi,

Il est clair que cette idée repose sur une vision profondément individualiste de la société, qui fait peser toute la responsabilité de l'exclusion sur les marginaux et exonère l'État et/ou les modèles économiques et sociaux privés de tout engagement à cet égard<sup>1525</sup>.

La Cour a également pu estimer que les femmes vivant dans la rue avaient droit à des protections hygiéniques sur le fondement du droit à la dignité humaine, des droits attachés au genre et à la reproduction et du droit à la santé<sup>1526</sup>. La juridiction estime alors qu'en dépit d'un « tabou »,

---

<sup>1520</sup> Voir J.A. MAGALDI SERNA, P.E. RODRIGUEZ PINEDA, « La evolución del tratamiento jurídico de la habitanza de la calle en Colombia », in Ó.A. ALFONSO R. (dir.), *La calle para siempre! Los habitantes de las calles bogotanas, entre el síndrome de Diógenes y la seguridad social en salud*, Universidad Externado de Colombia, Economía institucional urbana n° 15, 2021, p. 287-330, spec. p. 298.

<sup>1521</sup> J. LEMAITRE, M. ALBARRACIN, « Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia », in D. MEJIA LONDOÑO, A. GAVIRIA URIBE (dir.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Universidad de Los Andes, 2011, p. 237-270.

<sup>1522</sup> CCC, C-882/11, *op. cit.* La Cour avait déjà eu l'occasion d'inclure le traitement de l'addiction dans le POS, CCC, T-684/02 (Marco Gerardo Monroy Cabra). Reprenant la terminologie de 2011, voir CCC, T-497/12 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>1523</sup> CCC, T-043/15 (Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>1524</sup> *Ibid.*, §3.2.2 : « los oscuros callejones de la ciudad, el frío y el hambre fuesen una decisión estrictamente personal y voluntaria ».

<sup>1525</sup> CCC, T-092/15 (María Victoria Calle Correa), §8 : « esa idea parte de una visión profundamente individualista de la sociedad, que entrega toda la responsabilidad de la exclusión, a los marginados, y absuelve al Estado y/o a los modelos económicos y sociales privados de asumir cualquier compromiso al respecto. »

<sup>1526</sup> CCC, T-398/19 (Alberto Rojas Ríos).

la menstruation constitue un facteur conditionnant dans la réalisation du projet de vie d'une femme, surtout si elle se trouve dans des situations de vulnérabilité, comme c'est le cas des femmes qui vivent dans la rue.<sup>1527</sup>

Aussi, du fait des droits relatifs au genre et à l'égalité,

les femmes ne peuvent être considérées comme des agents d'impureté ou de fertilité et, de ce fait, être soumises à des processus d'exclusion ou à des assignations stigmatisantes de rôles de genre. Ce droit implique l'obligation pour l'État de déployer toutes les actions possibles - notamment éducatives - visant à sensibiliser les citoyens au processus biologique de la menstruation, afin que les tabous qui l'entourent soient abandonnés et que les femmes puissent participer activement à la société, conformément au projet de vie qu'elles ont choisi.<sup>1528</sup>

Le choix dont il est question ici interroge – est-ce celui de vivre dans la rue comme c'était le cas de la requérante en l'espèce ? Ou un choix abstrait laissé à l'agent en tout état de cause ? Quoi qu'il en soit, la Cour produit alors un discours inclusif et attentif aux conditions matérielles et sociales d'un phénomène.

Une décision de 2009 illustre la plasticité des raisonnements conceptuels du constitutionnalisme construit par la Cour lorsqu'elle estime, en se fondant sur le principe d'égalité, que les pouvoirs publics avaient manqué à leurs obligations constitutionnelles en ne prenant pas en compte la situation des recycleurs informels dans la fermeture d'une décharge ouverte, dont la Cour reconnaît qu'elle était nécessaire et visait l'objectif de protection de l'environnement<sup>1529</sup>. La juridiction estime que leur exclusion du système de traitement des déchets n'est pas proportionnée à cet objectif. Il est particulièrement intéressant que la Cour qualifie pour cela les recycleurs comme « un groupe social, doté de son identité propre », dont les conditions de vie des membres dépendent

---

<sup>1527</sup> *Ibid.*, §301 : « la menstruación es un proceso biológico, propio del ciclo de la vida de las mujeres, que ha sido utilizado para excluir, entre otros, de los espacios educativos, laborales y sociales –familiares, educativas, entre otros–, por considerarlo un tabú de lo femenino; igualmente, la menstruación constituye un condicionante en la realización del proyecto de vida de la mujer, en especial si ésta se encuentra en situaciones de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres en situación de habitación de calle. »

<sup>1528</sup> *Ibid.*, §303 : « la mujer no puede ser considerada como un agente de impureza o de fertilidad y, en virtud de ello, ser sometida a procesos de exclusión o a asignaciones de roles de género estigmatizante. Este derecho implica la obligación estatal de desplegar todas las acciones posibles –especialmente educativas– tendientes a concientizar a la ciudadanía sobre el proceso biológico de la menstruación, para que se abandonen los tabús en torno a éste y se le permita una participación activa a la mujer en la sociedad, de acuerdo al proyecto de vida que haya elegido. »

<sup>1529</sup> CCC, T-291/09 (Clara Elena Reales Gutiérrez).

de celles « qu'il peuvent générer comme groupe<sup>1530</sup> ». La Cour a alors évolué d'une considération kantienne du besoin minimal des habitants de la rue, à l'instar du commerçant qui ne peut être dépossédé ou de l'usager de la drogue qui doit être libre de choisir son mode de vie, à une vision constructiviste qui envisage les groupes sociaux et les conditions sociales de leur existence.

## §2. La nature et la transformation sociale en Colombie

Certaines des innovations les plus récentes de la Cour constitutionnelle de Colombie en matière de transformation sociale sont survenues dans le domaine des droits de la nature, notamment dans une décision de 2016. Si celle-ci acte un tournant normatif majeur en faveur d'une relation entre le lieu de vie et la diversité culturelle qui n'est pas tout à fait nouveau dans la jurisprudence de la Cour (A), la relecture de celle-ci montre plutôt une décision isolée en 2016, qui fait un usage rhétorique des droits de la nature (B).

### A. Une approche ambitieuse du lieu de vie

Le lien entre la nature et le social (1) est théorisé par la Cour avec le concept de droits bioculturels (2).

#### 1. Le lien théorique et normatif entre la nature et le social

En Colombie comme en Afrique du Sud, la production de masse de produits faiblement manufacturés ou de ressources extractives pour l'export a maintenu une grande partie de la population à l'état d'une main d'œuvre peu qualifiée, tout en déséquilibrant la balance commerciale pour importer les produits manufacturés que le développement du pays et l'essor d'une classe moyenne exigeaient<sup>1531</sup>. Les deux pays ont basculé dans une longue crise économique à partir des années 1970 du fait des fluctuations des prix des ressources et du glissement de la valeur vers les produits financiers, dont ils sont devenus friands pour financer leur appareil productif. L'austérité budgétaire a favorisé ce recours aux capitaux étrangers qui aggravait les déséquilibres de l'économie nationale. Or, une autre difficulté apparaît dans les externalités négatives produites vis-à-vis de la

---

<sup>1530</sup> *Ibid.*, §5 : « Los actores de esta acción de tutela se identifican a sí mismos como “recicladores de Navarro”. Si se hiciera una pregunta desprevenida a una persona del común, sobre qué entiende por “recicladores”, no es aventurado anticipar, que contestaría que son aquellas personas que realizan una actividad en función de las basuras. No sería necesario especificar los nombres de quienes realizan dicha actividad, para tener una idea clara de quiénes quedan comprendidos bajo el término: aquellas mujeres, hombres, niños, ancianos, que encuentran en las basuras una forma de sobrevivir. Y si se preguntara a los caleños, quiénes son los recicladores de Navarro, con seguridad contestarían que son quienes viven de las basuras del botadero de Navarro. Porque es indudable que los recicladores son un grupo social, con identidad propia, que como lo refiere Fiss, permite hablar de él, sin necesidad de hacer referencia a cada uno de los miembros que lo componen. Es indudable, además, que dada la larga existencia del botadero de Navarro, y la presencia por décadas de personas que escarbaban entre sus basuras para proveerse una fuente de ingreso, se ha configurado un grupo con identidad propia, cuyos miembros comprenden que sus condiciones de vida, dependen en buena parte de las condiciones que pueden generar como colectividad. »

<sup>1531</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2.

nature par l'industrie polluante et l'extraction minière ou forestière, que les faibles marges ne permettent pas de prendre en compte et que l'austérité empêche de reporter sur l'action publique.

La Colombie, avec l'une des plus grandes diversités biologique et bioclimatique du monde, est particulièrement exposée aux risques du changement climatique, avec les inondations qui touchent la plaine caribéenne et les précipitations sur les zones andines du Sud, l'eau potable devient plus rare, tandis que la déforestation et la pollution des sols dans les zones de l'Est mettent en danger aussi bien la nature que les populations qui y vivent<sup>1532</sup>. L'Afrique du Sud a un climat méditerranéen au sud-ouest, sec et tempéré dans le reste du pays, et souffre depuis toujours d'un manque d'eau, indisponible dans la majeure partie de son territoire, ce que le réchauffement climatique aggrave alors que la demande de l'agriculture et la population augmentent, population qui fait face à une eau de plus en plus chère, car extraite de plus en plus difficilement<sup>1533</sup>. La variation climatique entraîne des incendies massifs et des inondations, difficiles à gérer dans les zones urbaines très denses et à l'habitat peu résistant. En 2020, l'Afrique du Sud était, par personne, le 4<sup>ème</sup> pays et la Colombie le 43<sup>ème</sup> en termes d'émission de gaz carbonique dans l'atmosphère par habitant<sup>1534</sup>, la Colombie se positionnant dans une moyenne qui ne doit pas faire oublier que la déforestation dans sa partie amazonienne détruit un réservoir à carbone majeur, du fait de l'exploitation et l'extraction de minéraux, et des constructions ou l'accaparement de terres agricoles de manière clandestine<sup>1535</sup>, qui se font souvent dans l'illégalité, puisque ces zones sont contrôlées par les guérilléros.

La Cour avait déjà théorisé une Constitution écologique (réunissant les articles 8, 49, 79 et 80), à côté de ce qu'elle a qualifié de Constitutions sociale, culturelle et politique<sup>1536</sup>, et il arrive également que la jurisprudence évoque une Constitution verte (*constitución verde*)<sup>1537</sup>. Un tournant survient toutefois dans les années 2010 lorsque la Cour relie les aspects sociaux, écologiques et politiques du constitutionnalisme colombien. Une décision emblématique à cet égard est celle qui a consacré la personnalité juridique du fleuve Atrato en 2016<sup>1538</sup>, poursuivant dans un mouvement

---

<sup>1532</sup> Rapport de la Banque mondiale, « Climate risk country profile : Colombia », 2021, URL : [https://climateknowledgeportal.worldbank.org/sites/default/files/2021-07/15520-WB\\_Colombia%20Country%20Profile-WEB%20%283%29.pdf](https://climateknowledgeportal.worldbank.org/sites/default/files/2021-07/15520-WB_Colombia%20Country%20Profile-WEB%20%283%29.pdf)

<sup>1533</sup> Rapport de la Banque mondiale, « Climate risk country profile : South Africa », 2021, URL : [https://climateknowledgeportal.worldbank.org/sites/default/files/2021-08/15932-WB\\_South%20Africa%20Country%20Profile-WEB\\_0.pdf](https://climateknowledgeportal.worldbank.org/sites/default/files/2021-08/15932-WB_South%20Africa%20Country%20Profile-WEB_0.pdf)

<sup>1534</sup> Avec respectivement 479 et 102 millions de tonnes de CO<sub>2</sub>. P. FRIEDLINGSTEIN et al., « Global Carbon Budget 2020 », *Earth System Science Data*, vol. 12, n° 4, 2020, p. 3269-3340, DOI:10.5194/essd-12-3269-2020

<sup>1535</sup> L. GILBERTO MURILLO, « “Por primera vez la deforestación ocupa un lugar protagónico en la agenda institucional”, entrevista con Luis Gilberto Murillo », *La Semana*, 6 avril 2018 (entretien avec le ministre de l'environnement colombien).

<sup>1536</sup> Voir *supra*, section 1, §2, A.

<sup>1537</sup> Par exemple, voir CCC, C-595/10 (Jorge Iván Palacio Palacio), §4.2

<sup>1538</sup> CCC, T-622/16 (Jorge Iván Palacio Palacio).

contemporain ce qu'ont pu faire les juges en Équateur ou en Inde et le législateur en Nouvelle-Zélande<sup>1539</sup>. L'argument de la *tutela* était classique : la pollution du fleuve par les mines d'or et la déforestation, dans des installations illégales, avec l'absence de réaction de l'État, portent atteinte aux droits à la vie, à la santé, à l'eau, à la sécurité alimentaire, à un environnement sain et des communautés pour les populations locales. La région du Chocó, largement recouverte de forêt tropicale et qui n'est pas reliée au reste du pays par la route, est marquée autant par une biodiversité immense que par la pauvreté des populations afrodescendantes et autochtones qui y vivent. Ces populations sont organisées en conseils communautaires – qui intentent ici l'action de *tutela*<sup>1540</sup> avec l'aide d'organisations non-gouvernementales – et localisées dans 120 réserves (*resguardos*) ; elles sont livrées depuis les années 1990 aux trafics et au conflit armé. La lecture de la décision de 2016 produit un certain effet de souffle tant la théorie qu'elle propose est ambitieuse : en quatre-cents pages, la Cour invoque trente-quatre dispositions constitutionnelles et proclame une conception « écocentrique » du constitutionnalisme<sup>1541</sup>, relie l'État social de droit à la nature et à la diversité culturelle et à la dignité humaine et propose une critique de la modernité occidentale. C'est bien ce dernier point qui marque une rupture majeure qu'il faut relier au récit post-libéral qu'entretient un segment non négligeable de la jurisprudence de la Cour<sup>1542</sup>, en cela similaire, non tant à la Cour d'Afrique du Sud, mais à la doctrine qui a théorisé le constitutionnalisme transformateur.

La difficulté des approches théoriques discutées jusqu'ici est qu'elles ne permettent pas de penser le rapport de l'humain à la nature, puisqu'elles reposent sur une production économique dont on attend qu'elle permette, ensuite, une redistribution en termes mécaniques ou, chez les penseurs de l'autonomie, en termes relationnels et capacitaires. C'est ce qu'observe la Cour colombienne qui avait à décider de l'opportunité de reconnaître une personnalité juridique aux animaux, considérés comme biens meubles par le Code civil, alors que l'on est bien peu armé pour penser aux entités non-humaines si l'on s'en tient à « l'indifférence des plus grands philosophes et théoriciens politiques occidentaux, ainsi que dans la théorie contractualiste de John Rawls<sup>1543</sup> ». À cet égard, comme l'a bien exprimé Murray Bookchin, le marxisme comme le capitalisme reproduisent les mêmes postulats : dans une vision verticale et hiérarchique de la société, qui met

---

<sup>1539</sup> Pour une présentation des trois cas, voir P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of interdisciplinary history of ideas*, vol. 8, n° 15, 2019, p. 2-44. P. BRUNET, « L'écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie) », in M.-A. COHENDET (dir.), *Le droit constitutionnel de l'environnement*, Paris, Mare & Martin, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2021, p. 303-325.

<sup>1540</sup> La Cour a en effet admis que les conseils communautaires étaient compétents pour ester en justice au nom des membres de la communauté en supposant leur consentement à l'action, CCC, T-552/03 (Rodrigo Escobar Gil).

<sup>1541</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, voir l'incipit de la décision.

<sup>1542</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1, B.

<sup>1543</sup> CCC, T-467/16 (Luis Guillermo Guerrero Pérez).

en avant les structures par-delà les individus, la nature n'est pas conçue autrement que comme un moyen pour l'homme ; l'état de nature reste un mythe où celle-ci est dangereuse et doit être dépassée par la culture pour fonder la société<sup>1544</sup>. C'est un autre aspect de la pensée libérale qui n'est évoqué que par la doctrine en Afrique du Sud, où les droits environnementaux suscitent très peu de débats y compris lorsque les juges ont à décider de questions d'eau et d'exploitation minière<sup>1545</sup>. Cette pensée a au contraire été déconstruite de manière détaillée par la Cour constitutionnelle de Colombie avec des références théoriques qui n'étaient pas celles des droits sociaux jusqu'alors.

## 2. La proclamation de droits bioculturels

L'innovation théorique proposée par la Cour en 2016 réside dans le fondement postcolonial qu'elle donne à son approche de la nature. Elle cite en particulier l'anthropologue américano-colombien Arturo Escobar, célèbre pour son apport aux théories du post-développement qui s'opposent à la mondialisation, à la croissance économique et à une vision productiviste du progrès qui viserait à transformer des sociétés traditionnelles en sociétés modernes<sup>1546</sup>. Selon Escobar, il faut resituer la modernité occidentale en tant qu'une simple contingence historique et revaloriser à l'inverse les cosmogonies qui pensent une union entre la terre et la pensée<sup>1547</sup>. La nature renvoie alors selon la Cour, plutôt qu'à l'individu rationnel et titulaire de droits – elle cible alors directement le libéralisme d'Adam Smith et le néolibéralisme de Milton Friedman –, aux communautés autochtones et aux entités naturelles conçues comme personnes, par le truchement de la représentation faite par ces communautés<sup>1548</sup>. C'est une « vision holistique<sup>1549</sup> » par laquelle la Cour en vient à défendre une vision qu'elle qualifie d'« écocentrique » et qu'elle situe entre

---

<sup>1544</sup> M. BOOKCHIN, *Post-Scarcity Anarchism*, Black Rose Books, 2ème, 1971 1986. Son approche anarchiste, en termes de domination, a pu être réutilisée dans les travaux qui se réclament de l'intersectionnalité ou de l'écoféminisme.

Sans nécessairement de lien avec la nature mais pour une critique sociale similaire, rejetant dos à dos capitalisme et marxisme pour leur capacité à maintenir la même structure productive sans imaginer de nouveaux modes d'organisation sociale, y compris au sein du discours des droits, voir la discussion des idées de Roberto Unger, *infra*, chapitres 5 et 6.

<sup>1545</sup> Voir *supra*, section 1, B., 3.

<sup>1546</sup> A. ESCOBAR, *Encountering development : the making and unmaking of the third world*, Princeton University Press, 1995.

<sup>1547</sup> A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre : l'écologie au-delà de l'Occident*, Seuil, 2018, trad. C. Bourguignon, P. Colin.

<sup>1548</sup> Voir P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *op. cit.* note 420.

<sup>1549</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.13. La Cour s'appuie sur « la *premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana* » (§5.17), considération des « *experiencias concretas que las comunidades étnicas han vivido en el tiempo, con aciertos y errores* » (*Ibid.*). Dès lors, « *solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista. Dicho en otras palabras: la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales* ».

l'« anthropomorphisme » et le « biocentrisme »<sup>1550</sup>. Sur le plan juridique, le sens du dépassement de la modernité occidentale tiendrait à un déplacement des droits individuels vers la notion de droits bioculturels, et la Cour de citer l'auteur sud-africain Sanjay Kabir Bavikatte<sup>1551</sup>, qui n'avait jamais été consacrée par une juridiction auparavant ; il s'agissait d'une proposition doctrinale inspirée du droit international<sup>1552</sup>. Son influence est due au travail de plusieurs organisations non-gouvernementales qui ont défendu une interprétation systémique que l'on évoque souvent par le terme de « panier de droits » ou de *bundle of rights*<sup>1553</sup>.

La référence aux droits bioculturels sert avant tout à l'élaboration conceptuelle du sujet de droits, préalablement à la reconnaissance des droits du fleuve Atrato. La Cour affirme ainsi que l'on « ne doit plus concevoir la personne comme un individu abstrait mais comme un sujet porteur de caractéristiques particulières qui revendique pour lui sa propre éthique », ce qui a pu faire dire en France, avec emphase, que « si l'État de droit libéral avait besoin d'une ultime couche de terre conceptuelle pour être enseveli, nul doute que cette phrase mériterait d'être apposée sur sa pierre tombale<sup>1554</sup> » ; le renversement notionnel s'accompagnerait d'un rejet plus large de « la rationalité scientifique<sup>1555</sup> ». En 2017, c'était la Cour suprême de Colombie qui proposait une critique de l'individualisme qu'elle jugeait à l'origine de la domination animale, pour consacrer la personnalité juridique d'un ours et lui accorder la protection de l'*habeas corpus* qui confère des droits aux personnes en captivité<sup>1556</sup>. La Cour cible alors « l'idéologie, renforcée par la pensée des jusnaturalistes, ainsi que par la forte influence kantienne, selon laquelle la personne humaine est digne parce qu'elle possède la raison et la liberté », qui fait de l'homme un « sujet dominant » et un

---

<sup>1550</sup> *Ibid.*, §5.

<sup>1551</sup> La Cour cite notamment S.K. BAVIKATTE, T. BENNETT, « Community Stewardship : the Foundation of Biocultural Rights », *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 61, n° 1, 2015, p. 7-29 et C. CHEN, M. GILMORE, « Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities », *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 1-17. Voir aussi S.K. BAVIKATTE, *Stewarding The Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, Oxford University Press, 2014.

<sup>1552</sup> F. GIRARD, « Communs et droits fondamentaux : la catégorie naissante des droits bioculturels », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, §2. Plus qu'un concept de droit positif, il s'agit plutôt du « résultat d'un effort d'interprétation et de construction autour d'instruments internationaux contraignants et non contraignants, de décisions rendues par des juridictions ou quasi-juridictions internationales, de recommandations des organes conventionnels de protection des droits de l'homme, ainsi que de dispositions et jurisprudences régionales et nationales » (*Ibid.*, §2).

<sup>1553</sup> C'est la lecture que fait Fabien Girard des droits bioculturels, en lien notamment avec l'ONG Terra Digna, qui a produit l'affaire T-622/16, *op. cit.*, §2s et 41-46. Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1554</sup> F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et Etat social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 118, 2019, p. 333-355, p. 347, citant la décision T-622/16.

<sup>1555</sup> Comme le note Franck Laffaille, « la Cour fait le procès d'un système civilisationnel occidental qui, par un recours effréné à la science, s'avère incapable de raisonner autrement qu'en termes techniques et productivistes. Est critiquée la raison occidentale qui explique tout selon les canons de la rationalité scientifique ». *Ibid.*, spec. p. 251.

<sup>1556</sup> CSC, 26 juillet 2017, Sala de Casación Civil y Agraria, n°T-1700122130002017-00468-02, (Luis Armando Tolosa Villabona).

« colonisateur »<sup>1557</sup>. Aurait-on quitté la rhétorique de la dignité humaine, bien au-delà de sa seule extension à l'autonomie, pour une approche relationnelle ?

Les fondements mobilisés s'éloignent plus encore du texte de 1991, même lu de manière téléologique ou systématique, et se rapprochent de la théorie politique et sociale. Les juges reprennent une critique bien établie à l'égard de lien entre les droits et du néolibéralisme<sup>1558</sup> en y ajoutant une critique postcoloniale. La rupture est impressionnante vis-à-vis des discours constitutionnalistes et de la jurisprudence de la Cour elle-même. On peut supposer que la juridiction s'adresse ici à un espace global dans lequel les droits de la nature émergent de manière spectaculaire depuis les années 2010 en y ajoutant une dimension postcoloniale qui lui est propre<sup>1559</sup>. Ce tournant jurisprudentiel apparaît néanmoins sous un jour différent du point de vue interne. La rupture tient en grande partie à la hauteur de vue adoptée par l'opinion rédigée en 2016. Elle n'est alors pas une rupture majeure vis-à-vis des fondements mobilisés au soutien des droits ou même de l'approche générale des droits : que l'on pense à la théorisation de l'État social de droit dès 1992<sup>1560</sup>, qu'il s'agit ici de dépasser en prolongeant la même logique, mais en renversant la notion d'État de droit, à laquelle la Cour, dans ses premières années, ajoutait simplement un sens social.

Une telle rupture discursive reste difficile à percevoir. Face à une décision comme celle de 2016, la lecture purement conceptuelle et formelle des mots du juge manque la diversité des usages linguistiques qui fondent la normativité, spécifiquement dans la prolifération conceptuelle de la Cour colombienne mais à vrai dire pour une grande part des études comparées. Une approche purement formelle et normative s'en tient alors à reconstruire le discours produit par la Cour mais ne peut tout à fait le comprendre : le « constitutionnalisme andin » élaboré autour d'une approche écocentrique et reliée à l'État social de droit et aux dispositions constitutionnelles sur la nature<sup>1561</sup> n'explique pas la position de la Cour en 2016, dans le constitutionnalisme colombien dans lequel elle détonne autant que la décision cherche à s'écarter d'un constitutionnalisme « occidental ». À

---

<sup>1557</sup> *Ibid.*, §2.4.1 : « Hasta hoy, antropológica, sociológica, jurídica, política y filosóficamente, desde cuando se impuso el hombre sobre las demás seres vivientes y el capitalismo sobre el feudalismo, el hombre ha tenido un rol central en el universo azuzado por un individualismo enfermizo. Por ello se habla en todos los círculos de la mansión o visión antropocéntrica; de tal manera que el hombre es el descubridor y colonizador sin piedad, el pensante, el sujeto dominante. En ese contexto, la relación hombre naturaleza es vista bajo la dinámica de eficiencia y utilidad, donde el ser que se impuso en el eslabón evolutivo es centro y conquistador, y por tal razón tiene derecho legítimo a utilizar y explotar el entorno a su antojo. Esa visión es fruto del racionalismo ideado por el cartesianismo, la ilustración, el empirismo y en general por todas las corrientes filosóficas, políticas y éticas surgidas con el capitalismo, que elogia y propugna el individualismo. Por ello, “yo soy yo”, “je pans dans je sui”, o “yo conquistó las colonias”, “yo esclavizo”, etc.; ideología acrecentada por el pensamiento de insnaturalistas, así como el fuerte influjo kantiano, según el cual la persona humana tiene dignidad porque tiene razón y libertad como condición para la existencia humana y su respectiva dignidad. »

<sup>1558</sup> Pour cette critique, voir *supra*, chapitre 3, section 2.

<sup>1559</sup> Sur les enjeux de la circulation des discours constitutionnels et du rôle qu'y jouent les cours, voir *infra*, chapitres 5 et 6.

<sup>1560</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>1561</sup> C'est par exemple la constructive normative présentée par F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et Etat social de droit. A propos du constitutionnalisme andin », *op. cit.* note 260, voir aussi *supra*, notes 1555 et 1554.



l'inverse, aux yeux du juriste européen, « la matérialisation juridique de ce type de discours ne paraît pas évidente<sup>1562</sup> », ici plus encore que les décisions sur les droits sociaux qui mobilisaient pourtant de manière audacieuse la dignité humaine et le droit à la vie, et surtout en adoptant un niveau de discours propre aux systèmes constitutionnels du Sud où la rhétorique, l'émotion et la philosophie jouent un rôle particulier<sup>1563</sup>. C'est une construction conceptuelle qui imbrique le juridique, le politique et le social.

## B. Une approche rhétorique de la nature

La décision *Atrato* de 2016 tente une synthèse de la jurisprudence qui ne convainc pas tout à fait d'un tournant substantiel (1), tant la décision apparaît, en réalité, biocentrique plutôt qu'écocentrique (2).

### 1. La reconstruction d'une jurisprudence écologique

Les nombreux éléments agrégés par la Cour constitutionnelle dans sa décision de 2016 révèlent une série de contradictions qui montrent, plutôt qu'une rupture, une continuité avec la jurisprudence de la Cour. Un paradoxe traverse en effet toute son approche de la transformation sociale et se trouve ici porté à son équilibre le plus précaire entre le pôle individualiste et le pôle relationnel du raisonnement juridique en matière de transformation sociale. Les références post-coloniales – ou post-libérales, pour reprendre le terme de Karl Klare qui s'applique bien plus à la jurisprudence colombienne qu'à celle de la Cour sud-africaine – sont en effet reliées à l'État social de droit que la Cour propose, selon une position bien établie depuis 1992, comme le prolongement de l'État social de 1917 et 1919<sup>1564</sup>, en dépit de ce qu'il doit en réalité à la notion très occidentale de dignité humaine. Que celle-ci soit présentée comme un « principe fondateur<sup>1565</sup> » interroge, même si elle est placée en vis-à-vis de la justice distributive, de la solidarité, du bien-être qui exige de sortir de la pauvreté, de la diversité ethnique et du pluralisme<sup>1566</sup>, de la poursuite d'une « justice sociale »

---

<sup>1562</sup> A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », in V. CHIU, A. LE QUINIO (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, L'Harmattan, Droit comparé, 2021, p. 263-280, spec. p. 266.

<sup>1563</sup> Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1564</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §1.

<sup>1565</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §4.14.

<sup>1566</sup> *Ibid.*, §4.9 : la Cour relie l'État social de droit aux droits et principes « *en materia de igualdad -y justicia- material, justicia social, distributiva, autonomía de las entidades territoriales, pluralismo, diversidad étnica y cultural de la nación, dignidad humana, solidaridad, prevalencia del interés general y construcción del bienestar general.* ».

et de la protection des « personnes ou groupes en situation défavorisée<sup>1567</sup> » ; elle relie encore la dignité – entendue comme la « vie digne » – à l'égalité substantielle<sup>1568</sup>. C'est bien dans ce vis-à-vis que la Cour semble tracer une nette distinction entre l'État de droit « libéral » et l'État « social » de droit, quitte à utiliser les mots du premier pour leur donner le sens du second.

La difficulté qui se présente à tout observateur extérieur tient à ce que même les constructions les plus foisonnantes, la Cour manie une certaine forme de déductionnisme<sup>1569</sup>. Il n'y a pourtant aucune évidence, du point de vue même de la jurisprudence de la Cour colombienne, à dire que la protection de la nature découle de la protection de la dignité humaine, ni que les atteintes au fleuve Atrato doivent se voir qualifiées d'atteinte aux droits fondamentaux, ou que ces droits devraient être dissociés au nom de l'État social de droit de la protection attachée aux seuls individus pour être rattachés à la nature. La question normative que pose l'affaire présentée en ces termes, qui n'étaient pas tout à fait ceux de la demande, qui n'évoquait pas la personnalité juridique du fleuve, est alors celle-ci : savoir si les règles, droits et principes invoqués permettent réellement de qualifier la nature de sujet de droit, c'est-à-dire si la partie correspondante du raisonnement<sup>1570</sup> s'intègre aux longs développements de l'opinion relatifs aux normes plus attendues de la jurisprudence de la Cour en matière d'État social de droit.

Il est tout à fait significatif que la Cour relise à cette occasion les décisions des années 2010 les plus ambitieuses sur le plan environnemental qui n'évoquaient pourtant pas les droits bioculturels et qu'elle associe par ailleurs elle-même, en 2016, à un « biocentrisme<sup>1571</sup> ». Il n'y a à vrai dire pas une grande nouveauté dans le fait de protéger la nature pour protéger l'humain, ce que faisait déjà la Cour lorsqu'elle proclamait le caractère fondamental par connexité du droit à

---

<sup>1567</sup> *Ibid.*, §4.4 : « a diferencia del modelo de Estado de Derecho que, como se ha venido señalando, atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional ».

<sup>1568</sup> *Ibid.*, §4.6.

<sup>1569</sup> Sur la reproduction partielle du déductionnisme dans la pensée des principes et valeurs constitutionnels, voir *infra*, chapitre 5.

<sup>1570</sup> *Ibid.*, §5.6 à 5.10.

<sup>1571</sup> C'est le cas des décisions C-519/94 (Vladimiro Naranjo Mesa), C-595/10 (Jorge Iván Palacio Palacio), C-703/10 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-632/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) et C-449/15 (Jorge Iván Palacio Palacio), citées dans CCC, T622/16, *op. cit.*, §5.7. Par exemple, Franck Laffaille reprend la décision de 2016 lorsqu'il dit que « la Cour constitutionnelle a posé les jalons de ce modèle éco-centrique dans ses précédentes décisions », F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et Etat social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *op. cit.* note 435, p. 339-340.

l'environnement en lien avec le droit à la vie et le droit à la santé<sup>1572</sup> ; le droit à un environnement sain aux droits des peuples autochtones<sup>1573</sup>. La Cour suit en 2016 l'approche ouverte pour les droits sociaux en 1992, que l'opinion de la décision Atrato qualifierait sans doute d'anthropocentrique. Comme l'exprimait la Cour dès 1992,

Le problème écologique (...) est un problème de survie. (L)a protection de l'environnement n'est pas un 'amour platonique de Mère Nature', mais une réponse à un problème qui, s'il continue à s'aggraver au rythme actuel, deviendra une question de vie ou de mort : la pollution des rivières et des mers, la disparition progressive de la faune et de la flore, l'atmosphère irrespirable de nombreuses grandes villes à cause de la pollution, la disparition de la couche d'ozone, l'effet de serre, le bruit, la déforestation, l'augmentation de l'érosion, l'utilisation de produits chimiques, les déchets industriels, les pluies acides, les melons nucléaires, l'appauvrissement des banques génétiques de la planète, etc., sont des questions tellement vitales qu'elles méritent une décision ferme et unanime de la part de la population mondiale. Après tout, le patrimoine naturel d'un pays, ainsi que son patrimoine historique et artistique, appartient aux personnes qui y vivent, mais aussi aux générations à venir, puisque nous avons l'obligation et le défi de transmettre l'héritage que nous avons reçu à nos descendants dans des conditions optimales.<sup>1574</sup>

On voit alors comment la protection de l'homme glisse vers une protection de la nature en elle-même et pour elle-même. C'est flagrant lorsque la Cour estime que la Constitution écologique implique non seulement la nécessité de protéger l'environnement colombien mais un patrimoine de l'humanité du fait de l'immense réservoir de biodiversité qu'il représente pour la planète<sup>1575</sup>. Une approche « écocentrique » a pu être trouvée par la Cour en 2016 dans quelques timides paragraphes

---

<sup>1572</sup> CCC, T-092/93 (Simon Rodriguez Rodriguez) : « *El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental* ».

<sup>1573</sup> CCC, T-428/92 (Ciro Angarita Baron), reconnaissant un préjudice pour une communauté dont l'espace de vie est atteint par les dommages à l'environnement causés par la construction d'une route.

<sup>1574</sup> CCC, T-411/92 (Alejandro Martínez Caballero), §2.5 : « *El problema ecológico (...) es un problema de supervivencia. (L)a protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico-artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes* ».

<sup>1575</sup> CCC, C-750/08 (Clara Ines Vargas Hernandez) : « *En Colombia el tema ambiental constituyó una seria preocupación para la Asamblea Nacional Constituyente. En aquel momento, en el que se preparaba la Constitución de 1991, se consideró que ninguna Constitución moderna puede sustraer de su normatividad el manejo de un problema vital, no sólo para la comunidad nacional, sino para toda la humanidad* ». La Cour parle même de « mégabiodiversité » (« megabiodiverso ») à l'issue d'une analyse détaillée de l'environnement en Colombie dans CCC, C-519/94, *op. cit.*, un terme souvent repris par la jurisprudence.

des décisions antérieures<sup>1576</sup>. En réalité, la Cour semble jusqu'alors bien plutôt opposer l'approche anthropocentrique à l'approche biocentrique pour

sauvegarder les éléments de la nature, qu'il s'agisse des forêts, de l'atmosphère, des rivières, des montagnes, des écosystèmes, etc., non pas en raison du rôle qu'ils jouent dans la survie des êtres humains, mais principalement en tant que sujets de droits individualisables en tant qu'êtres vivants.<sup>1577</sup>

Dès lors, comme elle le proclamait dans une décision de 2011,

la nature n'est pas seulement conçue comme l'environnement et le cadre de vie des êtres humains, mais aussi comme un sujet ayant ses propres droits, qui, en tant que tel, doit être protégé et garanti.<sup>1578</sup>

Ce faisant, l'approche prend la nature pour elle-même, ce qui est tout à fait logique lorsque l'on considère qu'elle cherche à faire respecter aux pouvoirs publics des obligations en matière de protection de l'environnement<sup>1579</sup>. L'approche biocentrique se conjugue à l'approche anthropocentrique puisque l'homme dépend de son environnement, dans une dualité qu'exprimait bien la Cour en 2002 :

Sur le plan éthique, on construit un principe biocentrique qui considère l'homme comme une partie de la nature, leur donnant à tous deux une valeur. Du point de vue économique, le système productif

---

<sup>1576</sup> On peut alors s'étonner de ce que la Cour, en 2016, reconstruise une citation de la décision C-632/11, *op. cit.*, en reprenant ajoutant la référence aux « *savoirs ancestraux* » qui n'apparaît pas dans la version publiée de celle-ci et était un ajout de la décision C-449/15 (María Victoria Calle Correa), §4.2 : « *Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7o Superior)* » (CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.9).

<sup>1577</sup> CCC, C-449/15, *op. cit.*, §4.3 : « *La preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza fueran estos bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc., no por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino principalmente como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista.* ». La Cour jugeait constitutionnelle une disposition conférant au ministère de l'environnement la compétence pour fixer l'assiette d'une redevance en matière environnementale.

<sup>1578</sup> CCC, C-632/11 (Juan Carlos Henao Perez), §8.10 : « *la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados* ». La Cour jugeait alors de la constitutionnalité d'une disposition de la loi 1333 de 2009 portant sur la réparation du préjudice environnemental et s'appuie sur le préjudice porté aux intérêts individuels et aux intérêts de la nature en elle-même (§8.9). La Cour ajoute alors que « *la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza* » (§8.10), sans aucune mention d'ordre culturel.

<sup>1579</sup> Voir par exemple CCC, C-595/10, *op. cit.* : la Cour rejette une action populaire dirigée contre une disposition législative qui prévoyait une présomption de faute en faisant peser la charge de la preuve sur le contrevenant. La Cour s'appuie alors sur la jurisprudence antérieure pour reconnaître un devoir spécial de protection de l'environnement qui fait peser sur les pouvoirs publics de nombreuses obligations négatives et positives en reliant 33 dispositions constitutionnelles (§4.2 et 4.3)

ne peut plus extraire des ressources ou produire des déchets illimités, et doit être soumis à l'intérêt social, à l'environnement et au patrimoine culturel de la nation.<sup>1580</sup>

La biodiversité colombienne présente ainsi « une valeur économique incalculable » et « une valeur stratégique pour le développement présent et futur de la Colombie » qui fait peser sur les pouvoirs publics une obligation de protection<sup>1581</sup>. Les « innovations et pratiques culturelles » liées aux écosystèmes<sup>1582</sup> sont ainsi protégées comme une partie de ce patrimoine, de la même manière que l'homme est protégé par une approche biocentrique en tant qu'il dépend de son environnement. La décision de 2016 semble alors bien isolée lorsqu'elle invoque la Terre mère<sup>1583</sup> et les « cosmogonies<sup>1584</sup> » des peuples autochtones, mais la Cour jugeait alors la carence des autorités publiques dans les atteintes portées à l'environnement. À l'inverse, les autres affaires concernaient des mécanismes fiscaux et compensatoires adoptés par le législateur et que la Cour jugeait constitutionnels, dans le cadre d'un contrôle abstrait de la loi, au nom de la protection de l'environnement<sup>1585</sup>. Dans cette approche, « la plupart des activités humaines quotidiennes interfèrent avec l'environnement naturel<sup>1586</sup> » et l'enjeu juridique consiste seulement à fixer les conditions du préjudice<sup>1587</sup>. Il pourrait faire sens, dans cette perspective, d'accorder des droits à la nature contre les atteintes à l'environnement et c'est bien ce que fait la Cour en 2016, qui semble

---

<sup>1580</sup> C-339/02 (Marco Gerardo Monroy Cabra), §2 : « Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación. ». La décision permet l'invocabilité du principe de précaution pour justifier des restrictions législatives à l'activité minière. Elle l'a également permis pour limiter l'installation d'antennes-relais, CCC, T-1077/12 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Le principe lui-même, fixé dans une loi en 1993, ayant été érigé à la valeur constitutionnelle par la Cour au motif qu'il était corolaire à la protection d'un environnement sain dans la décision CCC, C-293/02 (Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>1581</sup> C-339/02, *op. cit.*, §3 : « La biodiversidad es patrimonio de la nación y tiene un valor estratégico para el desarrollo presente y futuro de Colombia » : dès lors, « Esta situación revela la conservación de la biodiversidad como un objetivo esencial para la sociedad en general, siendo responsabilidad prioritaria de todas las instituciones del Estado armonizar su protección con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo de la actividad minera. Por sí sola la diversidad biológica representa un valor económico incalculable, si se tiene en cuenta que en Colombia se encuentra el 10% de la biodiversidad mundial, a pesar de representar únicamente el 0.7% de la superficie continental mundial », la Cour s'appuyant sur les données du ministère de l'environnement.

<sup>1582</sup> *Ibid.*, §3 : « La diversidad biológica tiene componentes tangibles a nivel de moléculas, genes y poblaciones, especies y comunidades, ecosistemas y paisajes. Entre los componentes intangibles están los conocimientos, innovaciones y prácticas culturales asociadas. ». Un moyen tenait en effet à ce que les critères d'attribution des concessions minières ne prenaient pas suffisamment en compte les atteintes au patrimoine historique, archéologique et culturel protégé par la Constitution, ce que rejette la Cour (*Ibid.*, §6.2).

<sup>1583</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.3.

<sup>1584</sup> *Ibid.*, §5.39.

<sup>1585</sup> C'est le cas des décisions CCC, C-519/94, *op. cit.*, CCC, C-595/10, *op. cit.*, CCC, C-632/11, *op. cit.*, CCC, C-449/15, *op. cit.*

<sup>1586</sup> CCC, C-449/15, *op. cit.*, §5.4 : « Bajo este criterio, la mayoría de actividades cotidianas humanas interfieren con el entorno natural, desde las emisiones de CO2 que producen los vehículos hasta el uso de energía eléctrica promedio de un hogar. ».

<sup>1587</sup> CCC, T-080/15 (Jorge Iván Palacio Palacio), §6.3.3.

bien pencher par moments vers une conception biocentrique qui est précisément la position qui lui permet de critiquer les traditions libérales économique et juridique<sup>1588</sup>.

## *2. Les approches anthropocentriques et biocentriques de la Cour : un écocentrisme rhétorique ?*

On peut alors reprocher à la décision de 2016 d'aligner les références philosophiques sans discuter des contradictions entre les approches anthropocentriques et biocentriques qui persistent au sein même d'une approche qui se réclame d'un écocentrisme. La décision relève-t-elle alors plus de l'essai philosophique ou de la proposition normative que de la construction jurisprudentielle, même dans les standards pourtant flexibles du constitutionnalisme colombien ? La perspective relationnelle augurée par cette décision n'est pas un fondement solide, qui n'a d'ailleurs jamais été repris par la Cour depuis, mais plutôt un essai audacieux de rationaliser une jurisprudence par ailleurs éclatée entre protection de la dignité humaine, valorisation de la différence et de la solidarité, protection des peuples autochtones comme minorités ou comme entités culturelles, et protection de la nature contre l'homme. Le passage par les représentations autochtones non-occidentales et les droits bioculturels n'a rien de juridiquement nécessaire, comme le montre la jurisprudence de la Cour antérieure à 2016. La Cour colombienne se rapprochait alors plutôt de la position de la Cour suprême d'Inde qui a protégé l'environnement, en le reliant au droit à la santé et au droit à la vie<sup>1589</sup> qu'elle a rendus invocables et fondamentaux à partir d'une disposition qui en faisait un principe<sup>1590</sup> et en donnant, de même, le sens d'un droit fondamental invocable à un amendement constitutionnel

---

<sup>1588</sup> Franck Laffaille montre bien – sans l'interroger – ce flottement dans la décision de 2016 lorsqu'il écrit, citant la Cour : « *La définition de la nature retenue ne s'arrête pas seulement sur les éléments vivants stricto sensu et comprend également les représentations culturelles* » qui y sont associées. Cette précision est fondamentale : elle est la clé de compréhension du raisonnement de la Cour lorsqu'elle lie – de manière indissoluble – le destin de la nature et des sociétés indigènes. Ces dernières entretiennent avec la nature une communauté de destin quasi charnelle. Changer de vision du monde signifie l'émergence d'un « *nouvel impératif de protection intégral* » de la nature. Pour que cela adienne réellement, l'être humain doit renoncer à sa lecture anthropocentrique/biocentrique du monde. Seule une lecture éco-centrique signifie « *attitude de profond respect et humilité vis-à-vis de la nature* » (...). L'admonestation morale emporte dénonciation du modèle économique en vigueur : l'être humain doit renoncer à la vision « *utilitariste, économique, efficients-tiste* » qui est sienne depuis tant d'années. Les organismes composant la nature sont des « *entités vivantes méritant protection pour elles-mêmes* ». Il existe une « *interdépendance qui nous connecte à tous les êtres vivants de la terre* ». L'humain – partie intégrante de « *l'écosystème global – biosphère* » – ne peut/doit plus raisonner à partir « *des catégories normatives de domination, de seule exploitation ou d'utilité* », F. LAFFAILLE, « *Constitution éco-centrique et Etat social de droit. À propos du constitutionnalisme andin* », *op. cit.* note 435, p. 340.

<sup>1589</sup> Voir notamment CSI, 17 février 1986, *M.C. Metha and Anr v. Union of India & Ors.* CSI, 1990, *Cbbetriya Mukti Sangharsh Samiti v. State of UP*. Il est particulièrement intéressant que ces deux décisions sont parmi celles qui ont le plus clairement affirmé que l'accès à la Cour suprême ouvert par l'article 32 de la Constitution devait être maintenu le plus large possible, par simple lettre (une procédure qui a été qualifiée de *public interest litigation*), y compris au-delà de la liste de droits contenue par la Constitution mais pour toutes les obligations pesant sur l'État, au nom de la finalité poursuivie par les droits. Sur ce moyen d'accès, comparable à la *tutela* colombienne mais différent également à bien des égards, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1590</sup> Voir *supra*, section 1, §1, A.

de 1976 qui a imposé un objectif à l'État à l'article 48A<sup>1591</sup>. L'articulation normative indienne est similaire à celle des droits sociaux lorsqu'il s'agit de condamner l'État pour ne pas avoir protégé l'environnement, mais l'on a pu observer, en Inde comme en Colombie et au même moment, un phénomène de reconnaissance de la personnalité juridique aux entités naturelles afin de leur accorder des droits qui a, là aussi, amené le juge à formuler une vision holiste de la société<sup>1592</sup>.

Quel est le sens de l'usage de la notion de droits bioculturels en 2016 ? Une hypothèse est que la Cour colombienne cherche ici à adosser à la nature ses positions holistes et une critique du libéralisme en dressant un lien qui enjambe le caractère individualiste de la dignité humaine et d'une certaine lecture libertarienne de l'État social de droit. Quitte à ouvrir le flanc aux contradictions conceptuelles et jurisprudentielles. Aucune rationalisation de ce genre n'a été menée en Afrique du Sud malgré un texte constitutionnel plutôt ouvert sur la question environnementale<sup>1593</sup> : il faut dire que la Cour sud-africaine a donné plus généralement un rôle assez mineur aux valeurs relationnelles contrairement à sa comparse, mais l'imaginaire des peuples de la Corne de l'Afrique et de l'uBuntu ne présentent pas, comme en Amérique latine, de rapport particulier à la nature qui puisse être exploité sur le plan normatif<sup>1594</sup>. En Inde, une explication aux positions hétérodoxes de la Cour à l'occasion de la consécration des droits du Gange tenait à une approche identitaire favorable au nationalisme hindou, puisque la décision mobilisait le caractère sacré du fleuve pour les sikhs et contrait par la même occasion les usages du fleuve par les musulmans ou les tribus nomades<sup>1595</sup>, et une telle lecture peut expliquer avec d'autres paramètres la jurisprudence sur la transformation

---

<sup>1591</sup> Voir notamment CSI, 11 février 1987, *Sachinanda Pandey v. State of West Bengal & Ors*. La Cour condamne alors les effets de la « *uncontrolled growth* » sur l'environnement et déduit de cet argument philosophico-éthique que « *When the Court is called upon to give effect to the Directive Principle and the fundamental duty, the Court is not to shrug its shoulders and say that priorities are a matter of policy and so it is matter for the policy making authority. The least that the court may do is to examine whether appropriate considerations are borne in mind irrelevancies excluded.* »

<sup>1592</sup> Deux décisions de mars 2017 de la High Court de l'Uttarakhand confèrent en effet la personnalité juridique au Gange et à un affluent puis à deux glaciers, High Court of Uttarakhand, *Modh Salim v. State of Uttarakhand and others*, writ n°116 de 2015, 20 mars 2017. High Court of Uttarakhand, *Lalit Miglani v. State of Uttarakhand and others*, writ n°140 de 2015, 30 mars 2017. En guise d'approche écocentrique, la Cour mobilise à la différence de la Cour colombienne des références religieuses qui font du Gange un être vivant et, partant, une personne juridique protégée par le droit à la vie (voir la décision du 20 mars 2017, §11), ce qui, selon Pierre Brunet, ne relève plus tout à fait de la vision artificialiste de la personnalité juridique qui va généralement avec l'écocentrique et que mobilise plus aisément la Cour constitutionnelle colombienne en s'appuyant sur les droits de la nature, P. BRUNET, « L'écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie) », *op. cit.* note 420, p. 320.

<sup>1593</sup> Voir *supra*, §1, B., 2.

<sup>1594</sup> On ne trouve aucune référence à la référence dans les approches les plus relationnelles et autochtones, ni chez Drucilla Cornel, qui y voit plutôt une solidarité qui peut être rapprochée du féminisme, D. CORNELL, *Law and Revolution in South Africa. uBuntu, Dignity, and the Struggle for Constitutional Transformation*, *op. cit.* note 190, ni chez Sanele Sibanda, qui fait plutôt le lien avec les théories décoloniales, S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 482-500.

<sup>1595</sup> P. BRUNET, « L'écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie) », *op. cit.* note 420, p. 319-324.

sociale en Colombie et en Afrique du Sud<sup>1596</sup>. Sur le strict plan conceptuel, la Cour poursuit *via* les droits de la nature et des peuples autochtones l'approche relationnelle des droits sociaux qui occupe une partie de sa jurisprudence<sup>1597</sup> et produit la justification qui lui permet d'asseoir ce courant.

La rupture représentée par la décision de 2016 ne se comprend alors pas tant comme une nouvelle position normative qu'une justification particulièrement élaborée apportée aux positions holistes adoptée par un courant de sa jurisprudence<sup>1598</sup>. Or, si le raisonnement n'a rien d'évident du point de vue même de la jurisprudence de la Cour, il l'est encore moins lorsque les notions relationnelles aboutissent à défendre une conception écocentrique inspirées par des considérations décoloniales. Ici, la Cour rompt avec non seulement l'État social mais aussi sa propre conception de l'État social de droit, plutôt appuyée sur la dignité des personnes et l'égalité matérielle, même conçue, de manière à penser l'autonomie plus que la seule liberté, selon une « philosophie personnaliste<sup>1599</sup> ». On ne sait s'il s'agit véritablement d'une pensée personnaliste, qui a eu une certaine influence en Amérique latine<sup>1600</sup> ; mais il y a inévitablement un fait anthropomorphique dans l'attribution d'une personnalité juridique à un fleuve ou à l'invocation de droits culturels tel que la Cour a pu les élaborer pour les peuples et communautés autochtones et leur « patrimoine culturel »<sup>1601</sup>, soit une approche identitaire du social et de la nature. Si la Cour s'appuie sur le sens le plus solidaire de l'État social de droit avec la dignité ou les libertés et un pluralisme politique<sup>1602</sup>, c'est parce qu'elle tire l'interprétation vers le « principe de diversité ethnique et culturel de la nation » qu'elle associe à une « nouvelle vision de l'État », et qui permet de ne plus parler d'individu doté d'une conscience, mais de « personne humaine<sup>1603</sup> » ou encore de « divers groupes, collectifs,

---

<sup>1596</sup> Sur le rôle des identités dans les discours constitutionnalistes, voir *infra*, chapitres 5 et 6.

<sup>1597</sup> Voir *supra*, section 1, §2, A.

<sup>1598</sup> Et par le juge Palacio Palacio lui-même, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1599</sup> F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *op. cit.* note 435, p. 343.

<sup>1600</sup> Voir H. ALVIAR GARCÍA, « Leon Duguit's influence in Colombia: the lost opportunity of a potentially progressive reform », in G. FRANKENBERG (dir.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Elgar, 2013, p. 306-321, p. 319.

<sup>1601</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.14.

<sup>1602</sup> Il suffit de voir la liste présentée par la décision, au renfort d'une grande quantité de jurisprudence, qui évoque « *principio pluralista* » (§4.12) que l'on retrouve « *en el Preámbulo y en los artículos 1 (democracia participativa y pluralista), 5 (supremacía de los derechos inalienables de la persona), 13 (igualdad de derechos, libertades, oportunidades), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 26 (libertad para escoger profesión u oficio), 27 (libertad de enseñanza), 67 (derecho a la educación), 70 (acceso a la cultura), 71 (libertad en la búsqueda del conocimiento) y 72 (protección del patrimonio cultural)* » (*Ibid.*, §4.9).

<sup>1603</sup> *Ibid.*, §4.13 : « *una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por la diferencia, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular que puede hacer posible su proyecto de vida. En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente.* »



communautés, populations »<sup>1604</sup>. C'est une jurisprudence ancienne de la Cour qui protège les droits des autochtones non en tant qu'individus, mais comme communautés dotées d'une identité sociale, culturelle et spirituelle<sup>1605</sup>. Les décisions les plus importantes de la Cour sur les communautés autochtones mettent en avant dès 1993 l'environnement comme partie intégrante de la protection à laquelle elles ont droit<sup>1606</sup>, dans une approche collective, mais anthropocentrique, qui ne montre aucune prémisse d'une personnalité juridique accordée à une entité naturelle. La notion même de droits bioculturels a avant tout été élaborée par Sanjay Kabir Bavikatte pour faire entendre la voix des peuples et communautés autochtones lors du Sommet de la Terre de Rio de 1992.

Deux explications sont alors possibles aux contradictions que présente le raisonnement de la Cour. La première serait qu'elle cherche à fonder sa décision relative aux droits de la nature sur la jurisprudence dont elle dispose, conformément aux canons interprétatifs de la juridiction, quitte à invoquer les normes de l'État social de droit qui n'ont pas grand-chose à voir avec une approche écocentrique, et quitte à déformer la jurisprudence relative à l'environnement. La Cour utilise alors ce dont elle dispose, c'est-à-dire bien peu, pour fonder une rupture normative majeure sans tout à fait la présenter comme telle. Une autre explication pourrait être que la déclaration d'une personnalité juridique du fleuve *Atrato* n'est elle-même qu'un prétexte – pas nécessairement conscient – à un raisonnement plus classique relativement à la chose sociale. La Cour semble en effet plus préoccupée par l'aspect culturel et démocratique du problème que par la nature elle-

---

<sup>1604</sup> *Ibid.*, §4.9 : « *la evolución del concepto de justicia formal a material, lo que comporta el reconocimiento que el derecho -y por ende, las instituciones- hacen de la existencia de situaciones de desigualdad natural, histórica, social o económica de diversos grupos, colectivos, comunidades, poblaciones y, en consecuencia, de la necesaria exigencia de un trato favorable -traducido en acciones afirmativas y recursos- para quienes se encuentran en situación de discriminación.* »

<sup>1605</sup> Voir CCC, T-342/94 (Antonio Barrera Carbonell), §5 : « *La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger 'la diversidad étnica y cultural de su población' y las 'riquezas culturales y naturales de la nación'. (...) Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.* »

<sup>1606</sup> Voir par exemple, CCC, T-380/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz), qui estime que le département du Chocó est coupable d'un « ethnocide » en violation des droits à la vie, au travail, à la propriété, à l'intégrité ethnique, culturelle et territoriale et au droit à une protection spéciale pour avoir autorisé plusieurs exploitations forestières le long des fleuves Chajeradó, Tabará et Taparal, et ne pas avoir pris les mesures nécessaires à préserver la communauté des effets des pollutions occasionnées. La Cour insiste sur la propriété collective des ressources naturelles et consacre un droit collectif à la subsistance. Voir également CCC, SU-039/97 (Antonio Barrera Carbonell), à propos d'une exploitation pétrolière sur un lieu de vie autochtones, qui exigeait du juge qu'il préserve « *su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica* » (§2). CCC, C-139/96 (Carlos Gaviria Diaz) déclarant inconstitutionnelles des dispositions opposant la vie sauvage à la vie civilisée, pour reconnaître une large compétence aux juridictions autochtones y compris dans le champ des lois et des droits constitutionnels, et la Cour a estimé plus tard que ces juridictions ne pouvaient se voir opposer que les droits insusceptibles d'être suspendus, à savoir le principe de légalité des peines, le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et de la torture, CCC, T-349/96 (Carlos Gaviria Diaz), la Cour acceptant, en l'espèce, une punition physique du fait, donc, de l'autonomie dont disposent les communautés autochtones et de la protection de leur identité culturelle.

même<sup>1607</sup>. C'est bien en cela que la lecture écocentrique proposée en 2016 rompt avec la jurisprudence antérieure sur la nature, qui adoptait plutôt une approche biocentrique pour compenser les atteintes anthropocentriques à la nature.

La référence aux cosmogonies et savoirs ancestraux des peuples autochtones est alors trompeuse : la référence à des droits bioculturels semble plutôt s'engager sur une voie politique et démocratique que réellement une philosophie de la nature<sup>1608</sup>, même si celle-ci est bien présente dans la décision lorsqu'elle évoque, sans le détailler il est vrai, un « lien profond et intrinsèque qui existe entre la nature, ses ressources et la culture des communautés ethniques et autochtones qui les habitent, qui ne sont interdépendantes et ne peuvent être comprises isolément<sup>1609</sup> ». Arturo Escobar, invoqué au même titre que Sanjay Kabir Bavikatte, était un théoricien du post-développement plutôt qu'un théoricien de la nature : son point de départ était une critique de ce que les approches du développement visaient à réduire la pauvreté, en usant des outils des organisations financières mondiales et du « Nord », plutôt qu'à envisager les sociétés du Sud dans leur caractéristiques propres. L'approche est culturelle et volontiers anthropocentrique ; elle ne s'éloigne finalement pas tant de l'individualisme décrié à l'appui des références post-coloniales dans la décision de 2016, mais tend à privilégier l'approche relationnelle déjà mobilisée par la Cour depuis 1992 en écartant les droits sociaux du primat donné à la dignité humaine. Du point de vue philosophique, la référence à l'écologie sociale de Murray Bookchin<sup>1610</sup> conviendrait peut-être mieux à une réconciliation entre l'État social de droit et la pluralité démocratique du point de vue d'un respect des individus, des communautés et de la nature prises ensemble.

Mais le corpus idéologique constitué par la Cour elle-même suffit. Pour rejeter une décision de la Cour qui jugeait que l'exemption de l'infraction de maltraitance animale s'étendait, entre autres, à la Corrida, n'était inconstitutionnelle que du fait d'un renvoi par le législateur qui ne précisait pas le régime de ces pratiques<sup>1611</sup>, une opinion dissidente de 2017 reprenait la distinction de Jürgen Habermas entre raison technicienne et raison humaniste. L'opinion estimait que la première,

---

<sup>1607</sup> C'est ce que notait par exemple Alexis Le Quinio lorsqu'il écrivait que « si la jurisprudence relative aux peuples et communautés autochtones est la plus riche en matière environnementale devant la Cour constitutionnelle bolivienne, les fondements juridiques ne découlent pas nécessairement de la seule référence à la Pachamama ou au vivre bien, mais tiennent davantage au pluralisme juridique et à l'interprétation interculturelle », A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », *op. cit.* note 443, p. 275. Pour la Colombie, on est tenté d'ajouter que les fondements tiennent également à la vision de la transformation sociale développée par un courant de la jurisprudence de la Cour. De la même manière, on peut observer que les juges indiens consacrant la personnalité juridique au Gange, à son affluent et à deux glaciers s'intéressent plus à l'exercice de la religion Sikh qu'à la nature elle-même ou même à la santé des personnes, voir *supra* notes 1592 et 1595.

<sup>1608</sup> C'est l'opinion défendue par P. BRUNET, « L'écologie des juges. La personnalité juridique des entités naturelles (Nouvelle-Zélande, Inde et Colombie) », *op. cit.* note 420, p. 313-317.

<sup>1609</sup> CCC, T-622/16, cité et traduit par *Ibid.*, p. 316.

<sup>1610</sup> Voir *supra*, A, 1.

<sup>1611</sup> CCC, C-041/17 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo et Jorge Iván Palacio Palacio).

productiviste et utilitariste, voyant la culture comme la domination de la nature, mène à la maltraitance animale. À l'inverse, l'humanisme comprend l'homme dans son rapport à son milieu : c'est précisément la dignité humaine qui permet d'intégrer l'homme à son environnement parce qu'elle s'appuie, dans la rationalité d'un John Rawls – cité par l'opinion –, sur un jugement moral<sup>1612</sup>.

C'est ici que la montée en abstraction théorique recouvre un enjeu socio-économique plus concret. Le lien entre les droits de la nature et les droits des autochtones n'est pas absurde : un paradoxe colombien tient à ce que seuls 3,4% de la population se reconnaissent autochtones<sup>1613</sup>, nettement moins que dans les pays voisins, mais que ces 3,4% occupent un tiers des terres, et dans le Chocó en particulier, où se situait le fleuve Atrato, les exploitations minières souvent illégales associées aux trafics en tous genre se déroulent dans une zone largement couverte par des réserves autochtones. On peut dire que la situation est inverse à celle de l'Afrique du Sud, où une grande partie de la population est privée de la propriété des terres, d'où l'approche négative et protectrice du contentieux constitutionnel en matière d'expulsions. La Cour colombienne mobilise ainsi les droits des autochtones pour lutter contre une politique extractiviste qui voit l'État colombien favoriser les revenus miniers<sup>1614</sup>. Cela explique pourquoi la Cour déplace son regard de la nature en elle-même vers les peuples autochtones : il s'agit en effet d'une atteinte portée par l'État et non d'un regard plus général sur le préjudice porté par l'homme à la nature<sup>1615</sup>. La Constitution colombienne accorde en effet la propriété du sous-sol et ses ressources non renouvelables à l'État (art 332) tout en faisant peser sur le législateur une obligation d'utiliser les ressources naturelles en protégeant l'environnement et la biodiversité (articles 80 et 33) et en attribuant une « fonction écologique » à l'exercice du droit de propriété (article 58). L'explication là encore ne se situe pas tant dans les constructions normatives que les considérations politiques des juges, au double sens de la pensée politique et du rapport au pouvoir, et en particulier les ressources, qui ne sont pas ici les ressources publiques qui viendraient limiter la mise en œuvre des droits sociaux comme dans la jurisprudence sur le minimum de subsistance, mais les ressources naturelles dans lequel le gouvernement veut puiser pour assoir la croissance. Les décisions judiciaires sur les droits de la nature en Colombie

---

<sup>1612</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Alberto Rojas Ríos, §3. Ainsi, « la capacidad de sentir dolor de los animales es el criterio para que los seres humanos consideren a éstos moralmente, es decir, ese reconocimiento implica que la persona puede evaluar si su comportamiento frente a esos seres es bueno o malo. Para que un ser vivo merezca consideración moral basta que pueda sentir dolor, empero esa calidad no se relaciona con su inteligencia, su posibilidad comunicativa, su racionalidad o su utilidad. ». Outre Rawls, l'opinion cite également Martha Nussbaum et Peter Singer en ce qu'ils ont relié l'animal ou la nature à la dignité. La Cour s'appuie sur la décision C-666/10 (Humberto Antonion Sierra Porto) qui avait permis les pratiques telles que la corrida, au nom des droits culturels, à condition qu'elles aient lieu dans le cadre d'une tradition locale déterminée, tandis qu'elle faisait découler le bien-être animal de la dignité humaine elle-même, déduite de l'article premier de la Constitution.

<sup>1613</sup> D. MAMO, *The Indigenous World 2022*, International Work Group for Indigenous Affairs, 2022, p. 371-382.

<sup>1614</sup> Voir *infra*, chapitre 6, section 2.

<sup>1615</sup> Voir *supra*. Voir également CCC, C-339/02, *op. cit.*, dans laquelle on trouve d'ailleurs la définition la plus « culturelle » de la biodiversité, concernait également des concessions minières.

interviennent alors dans un moment particulier où la question de l'extractivisme et des fruits de la nature vis-à-vis de la croissance économique sont devenus centraux dans les débats politiques du pays.

La référence aux droits bioculturels, inédite, n'est donc pas nécessaire à cet égard. L'originalité de la proposition tenait au concept de *stewardship* par lequel ces peuples sont reconnus représentants et gardiens des entités naturelles en lien avec lesquelles ils se construisent (c'est la définition de l'écocentrisme, c'est-à-dire d'un écosystème entre l'humain et la nature<sup>1616</sup>). Fabien Girard insiste sur ce mécanisme de représentation pour défendre le sens environnemental et non seulement identitaire des droits bioculturels, c'est-à-dire les devoirs qu'il fait peser sur les peuples et communautés autochtones en matière de protection de l'environnement : celle-ci vise alors à le protéger pour l'humanité entière et l'auteur associe à une telle vision la Cour constitutionnelle de Colombie puisqu'elle consacre les autochtones comme gardiens de l'Atrato<sup>1617</sup>. Dès lors, « les droits bioculturels ont une prétention à l'universalité en montrant ce qui, chez les peuples autochtones et locales, peut servir de modèle global dans une approche contre-hégémonique<sup>1618</sup> ». Mais ces droits risquent, également, d'essentialiser une identité culturelle et de participer aux discours conservateurs sur la nation colombienne au lieu de permettre le progrès social auquel la Cour aspire<sup>1619</sup>. En l'espèce, la Cour vise surtout à condamner l'État et, ce faisant, ne s'intéresse qu'au fait que les droits des autochtones soient atteints via les atteintes portées au fleuve. Dès lors, l'invocation des droits bioculturels recouvre alors essentiellement une dimension justificatoire associée à la vision relationnelle de la transformation sociale - loin d'une approche plus pure de ceux-ci qui verraient reposer sur les peuples et communautés autochtones un devoir de protection au nom de la société dans son ensemble<sup>1620</sup>. Ce sont bien leurs droits en tant qu'ils impliquent des obligations positives et négatives *pour l'État* qui sont mobilisés et étendus au fleuve Atrato. La fonction de garde attribuée ici à l'*Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato* n'a alors rien d'un *stewardship* mais vise essentiellement à reconnaître la possibilité pour les communautés à exercer une *tutela* au nom du

---

<sup>1616</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.14, citant S.K. BAVIKATTE, T. BENNETT, « Community Stewardship : the Foundation of Biocultural Rights », *op. cit.* note 432, p. 8.

<sup>1617</sup> F. GIRARD, « Communs et droits fondamentaux : la catégorie naissante des droits bioculturels », *op. cit.* note 433, §14-15 et 47-48.

<sup>1618</sup> *Ibid.*, §44.

<sup>1619</sup> Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1620</sup> Il semble que Fabien Girard esquisse une justification de ce type lorsqu'il évoque en introduisant son texte – sans y revenir ensuite – que les droits bioculturels permettent de se défaire d'une lecture anthropocentrique des droits fondamentaux, F. GIRARD, « Communs et droits fondamentaux : la catégorie naissante des droits bioculturels », *op. cit.* note 433, §7. L'approche de Fabien Girard semble plus appropriée à celle adoptée par le législateur néozélandais, qu'il évoque, en ce qu'il repose réellement sur un système de représentation associé à des droits et devoirs, voir aussi P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *op. cit.* note 420.

fleuve, par différence d'avec l'action de groupe plus difficilement mobilisable<sup>1621</sup>, selon une jurisprudence ancienne qui accorde aux *resguardos* et aux conseils communautaires des pouvoirs de représentation vis-à-vis de leurs membres<sup>1622</sup>.

---

<sup>1621</sup> CCC, T-622/16, *op. cit.*, §5.11. Sur les enjeux et explications apportées par les modes de saisine des juridictions constitutionnelles à leur activisme, voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1622</sup> Voir CCC, T-342/94 (Antonio Barrera Carbonell), CCC, T-188/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz), CCC, T-973/99 (Mauricio González Cuervo).

## CONCLUSION DU CHAPITRE 4

Il est difficile de théoriser *un* concept de droits sociaux à partir des jurisprudences des cours constitutionnelles de Colombie et d’Afrique du Sud. Du point de vue méthodologique, une spécificité qui apparaît au premier regard du chercheur est que la réalité de la jurisprudence est plus mélangée que la pureté des théories. Il est ainsi difficile de réaliser une synthèse claire des constructions normatives des deux juridictions. Il n’y a rien de très étonnant à cela puisque la définition des droits sociaux ne peut, pas plus que pour n’importe quel autre objet juridique, faire l’objet d’un absolu naturel ou d’un consensus social, ni être réduite à un texte, à la séparation des pouvoirs ou à une école de pensée philosophique. D’où des conséquences épistémologiques importantes. D’une part, une étude de l’activité judiciaire en termes de discours vise à remonter les présupposés du raisonnement des juges, que les juristes ont l’habitude de qualifier de sources ou de fondements et peuvent aisément se prêter à une rationalisation *ex post* d’ensembles pourtant disparates. D’autre part, il faut noter la diversité des opinions rendues en Afrique du Sud comme en Colombie : diversité dans le temps, selon les décisions et au sein de chaque décision composée d’opinions plurielles<sup>1623</sup>.

Il est alors possible d’analyser non pas un concept de droits sociaux, mais des conceptions qui modèlent une vaste texture idéologique dans un champ de la transformation sociale avec des bornes posées comme autant de contraintes exprimées comme juridiques. En Colombie et en Afrique du Sud, dans deux cultures juridiques bien différentes, on observe une même tendance des cours constitutionnelles à produire une vision du social, accompagnée de références explicitement non-textuelles à l’instar d’auteurs ou d’études de sciences sociales ou de philosophie<sup>1624</sup>. Cette vision du social alors intégrée au droit par le discours judiciaire peut être située selon deux pôles en lien avec la notion de dignité. Un premier pôle minimaliste est appuyé sur une lecture libertarienne qui vise à protéger les individus de la grande pauvreté, en leur accordant un minimum plus ou moins fixé dans la norme constitutionnelle. La dignité humaine, typique d’une notion sans contenu utilisée à des fins justificatoires, a pu prendre ce sens détaché des structures sociales dans les discours

---

<sup>1623</sup> Voir *supra*, Introduction générale, section 2, §3. Une autre difficulté tient à la structure de la production jurisprudentielle, qui dépend des voies d’accès et du poids accordé au précédent, voir *infra*, chapitre 6. Pour le moment, on peut retenir que la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud rend peu de décisions, du fait d’un accès réduit, avec un poids normatif fort dans le système juridique du pays, tandis que la Cour constitutionnelle de Colombie rend un très grand nombre de décisions, notamment en *tutela*, sans que toutes n’aient la même importance aussi bien pour leurs destinataires que pour les juges et la Cour elle-même. L’analyse des décisions sud-africaines repose alors sur un corpus plus réduit dont le sens de chaque paragraphe est considéré comme produisant du droit, tandis que l’analyse des décisions colombienne est plus facilement ouverte à des biais visant à choisir certaines décisions plutôt que d’autres ou à construire *a posteriori* une ligne jurisprudentielle.

<sup>1624</sup> Sur le lien avec les cultures juridiques, voir *infra*, chapitre 5.

contemporains. Le second pôle du raisonnement correspond à une approche relationnelle de la matière sociale qui relie les individus et les groupes sociaux à des phénomènes structurels, voire qui conçoit la société entière comme une construction sur laquelle il est possible d'agir par le discours et les concepts, ce qui n'est pas sans conséquence sur le concept de droit mobilisé<sup>1625</sup>.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a principalement adhéré à la première vision, minimaliste, en utilisant marginalement des fondements comme l'uBuntu ou le principe d'égalité en matière de droits sociaux, tandis que l'autonomie personnelle recevait des attentions plus audacieuses hors des droits sociaux ou dans la mise en œuvre de seules obligations négatives. La conception du rôle du juge vis-à-vis des pouvoirs publics se mêle alors à des présupposés plus ou moins explicites du point de vue d'une conception du social. Le titulaire des droits est alors conçu comme un sujet responsable ou familial, sans considération spécifique pour les conditions socioéconomiques de la production du sujet au-delà de la seule urgence de la survie. La Cour a notamment donné une lecture néolibérale de l'espace de vie formé autour des droits au logement, à l'eau et de l'environnement, en étant favorable aux acteurs privés. C'est un discours responsabilisant voire paternaliste, quand il n'est pas misérabiliste, qui ressort vis-à-vis des personnes démunies ou discriminées, et ce malgré l'audace progressiste de certaines décisions sur le fond, notamment en matière de logement, lorsque les seules obligations négatives sont en jeu. La part d'humanité imposée aux procédures publiques est un peu plus qu'une seule charité minimaliste que celle envisagée par les critiques des droits : c'est là que le discours de la Cour se libère en approchant de l'idéal inspiré par la transition post-Apartheid. C'est même une approche relationnelle qui s'appuie sur des références philosophiques qui s'opposent explicitement au libéralisme qui apparaît à partir de 2020, avec un corpus intersectionnel et décolonial qui envisage la société comme une construction idéologique. L'audace là-encore se déploie hors des questions de droits sociaux et de ressources.

L'élaboration de la signification de l'État social de droit par la Cour constitutionnelle de Colombie a donné à voir des opinions plus ouvertes à des lectures relationnelles de la matière sociale, à partir d'une lecture systémique du texte constitutionnel qui lie l'ensemble des déjà riches dispositions du texte de 1991. L'autonomie est alors conçue dans un sens moral, kantien et absolu de la dignité en lien avec la santé, imposant une vision forte du sujet de droit aux acteurs, mais deux autres lectures coexistent dans la jurisprudence colombienne. Une seconde lecture considère le sujet dans un tout social, en lien avec la notion de groupe minoritaire sujet à protection spéciale, selon une position constructiviste, qui dessine une vision de la société où la collectivité protège la position

---

<sup>1625</sup> Voir *infra*, partie 2.

minoritaire et fragile. Une troisième lecture enfin semble concevoir la société elle-même comme un ensemble relationnel ou holiste, en lien avec la nature ou des cosmogonies autochtones ; voire un rejet du libéralisme et de la pensée occidentale que l'on trouvait déjà dans la lecture constructiviste en tant qu'elle compliquait l'idée du sujet rationnel et considérait l'ensemble des conditions de production du sujet. L'évocation de la nature comme sujet de droit renvoie alors surtout à la conception de la société élaborée par la Cour depuis 1992. La protection du sujet et rien d'autre a néanmoins subsisté : la Cour a pu refuser d'étendre sa jurisprudence à la politique économique au nom d'une approche minimaliste et du rôle du juge, semblable alors à la Cour sud-africaine. Ces différents sens ont pu s'articuler dans l'élaboration progressive d'une jurisprudence inclusive concernant l'espace public et les personnes qui y vivent dans l'ensemble des déterminismes socioéconomiques que les pouvoirs publics avaient eu peine à intégrer à leur dispositif.

Les deux cours ont produit des discours pluriels qui reprennent pour chacune des juridictions des caractéristiques propres et semblables : prudence philosophique mais ampleur historique pour la Cour sud-africaine, malgré un regard plutôt individualiste et libertaire derrière la procéduralité ; profondeur philosophique et lectures du monde audacieuses pour la Cour colombienne, quitte à contredire les approches morales typiquement kantiennes qui persistent néanmoins dans le constitutionnalisme du pays. Ce sont alors des manières de raisonner qui apparaissent, avec pour point commun, dans les deux pays, un détachement du seul texte constitutionnel, comme si l'interprétation n'était pas seulement celle de l'énoncé ou de l'énoncé augmenté du contexte, mais une interprétation de la société elle-même.



## CONCLUSION DE LA PARTIE 1

L'émergence de la justice constitutionnelle est un fait contemporain. En Afrique du Sud et en Colombie, la création de deux Cours constitutionnelles a constitué une centralisation inédite du contrôle de constitutionnalité malgré un régime parlementariste avec une souveraineté parlementaire et une culture juridique de *Common law*, le tout d'inspiration anglaise, pour l'une, un régime présidentiel avec une culture de droit écrit pour l'autre, mélangeant les influences nord-américaine et française. Cette création a accompagné l'adoption de constitutions aux contenus inédits dans les deux pays, créant une nouvelle normativité qui visait à rompre avec le passé de l'Apartheid ou de l'alternance au pouvoir des libéraux et des conservateurs : l'idée bien admise alors est que les inégalités provenaient de ces régimes, et non d'un contexte. Dès lors un récit a émergé dans les deux pays et dans l'espace comparatiste : les changements de la relation entre droit et politique en Afrique du Sud et en Colombie ont été perçus par les thèses normative et institutionnelle comme respectivement un progrès démocratique et social et la garantie d'un statu quo socioéconomique sous de nouveaux habits. Il s'agit dans les deux cas du transfert aux juges de questions qui peuvent être qualifiées de politiques et sociales mais deviennent du droit.

Les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud ont chacune produit une jurisprudence qui répondait au mandat qui leur était confié par le constituant après une transition constitutionnelle ambitieuse mais le juge n'a pas répondu à un mandat par son activisme de manière mécanique, et ce mandat n'a rien d'évident. D'une part, les intérêts en jeu dans les deux pays en 1991 et 1993 étaient plus divers qu'un seul progrès social ou démocratique et se comprennent mieux comme un compromis entre une vision sociale et une vision libérale du monde. D'autre part, les deux juridictions ont occupé un espace délimité autant par les enjeux sociopolitiques locaux que par les discussions globales qui, à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, mettaient en avant le raisonnement d'optimisation ou de proportionnalité et une réduction des droits sociaux à des garanties minimales opposables aux pouvoirs publics. Les deux Cours ont occupé mais aussi modelé cet espace, en suivant deux voies à la fois divergentes et convergentes.

La difficulté est d'interpréter le vouloir de la Constitution et ici la nature de la transformation sociale à l'aune des différents instruments que sont les droits sociaux, et environnementaux, l'égalité et la dignité. D'un point de vue théorique, tel qu'il est donné par les références des juristes de l'espace de la théorie constitutionnelle depuis les années 1990, deux modèles s'opposent : celui d'une justiciabilité devant les juges et celui de dispositions programmatiques ou de principes adressés aux seuls pouvoirs publics. Le constitutionnalisme colombien a suivi la première voie avec un contrôle élargi par la Cour constitutionnelle sur le fondement de droits fondamentaux subjectifs et

opposables par la *tutela*. Le constitutionnalisme sud-africain a choisi la justiciabilité mêlée à une approche programmatique lorsque la Cour a élaboré un mode de contrôle qui laissait une marge d'appréciation aux pouvoirs publics dans leur réalisation progressive. Ces modes de contrôle se sont appuyés sur des raisons juridiques apportées par les juges et les juristes, tandis qu'à l'inverse une approche réaliste ou critique a tendance à s'intéresser au choix du juge d'exercer un pouvoir vis-à-vis de l'exécutif ou du législatif.

Deux observations comparées peuvent être faites. D'une part, la Cour sud-africaine est plus prudente sur ses fondements que la Cour colombienne, ce qui s'observe notamment dans des interprétations qui, en Colombie, reposent explicitement sur des fondements moraux comme la dignité humaine au-delà de la question de la contrainte économique ou politique. D'autre part, s'ils sont souvent reliés aux théories distributives de la justice, les droits sociaux se rattachent bien souvent dans les deux pays à des présupposés libertariens ou minimalistes qui les ramènent à un droit à la subsistance, si bien que l'on voit se dessiner dans les deux pays une définition de la transformation sociale qui repose principalement sur l'individu. La voie principale de l'idéal social dans les deux pays tient alors à une transformation sociale plutôt qu'au changement social, c'est-à-dire à une conception du sujet, dans la société, plus ou moins relié aux conditions socioéconomiques subjectives et structurelles qui marquent celle-ci. Dès lors, du point de vue des présupposés des juges relativement à une vision du monde social, le constitutionnalisme nouveau ou transformateur de Colombie et d'Afrique du Sud n'est pas la continuation d'une vocation structurelle semblable à l'État social dont les discours se réclament dans les deux pays, sans tout à fait se confondre avec le néolibéralisme qui domine les politiques publiques des deux pays.

L'interrogation théorique rejoint le questionnement épistémologique. Un discours s'étudie comme un corpus, en dénotant les sens qu'il décèle, mais aussi dans sa fabrication. Les deux juridictions élaborent des constructions normatives, bien que d'intensité variable, qui explicitent leur lien à la philosophie, aux faits, à l'histoire, à la doctrine. Les références textuelles y sont liées de manière plus ou moins flexible à des valeurs sociales et des arguments ouvertement politiques, relatifs aux ressources publiques et au rôle des institutions. De cette manière, le juge n'est pas que le récepteur de présupposés : il produit un discours sur la société, laquelle est articulée à la norme, selon qu'il s'agit de s'inspirer de la société pour interpréter un texte ou qu'il s'agit d'interpréter cette société elle-même pour construire la norme. La spécificité d'un activisme des cours constitutionnelles du constitutionnalisme nouveau ou transformateur doit alors être évaluée à l'aune des formes de discours et d'argumentation des juges, lesquelles dépendent d'éléments structurants propres à la culture juridique, au contentieux et au pouvoir politique.

## PARTIE 2 : LA TRANSFORMATION SOCIALE PRISE PAR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

### INTRODUCTION DE LA PARTIE 2

Une tension interne à l'idée de justice constitutionnelle distingue l'idée d'un contrôle, liée à l'idée de démocratie, surtout dans des contextes post-autoritaires d'un côté<sup>1626</sup>, et d'un autre, une vision du monde renvoyant, lorsqu'il s'agit de droits sociaux, à la redistribution et aux choix politiques<sup>1627</sup>. Les conclusions d'une telle analyse sont néanmoins incomplètes. En particulier, la grille des discours dominants et critiques qui ont été confrontés jusqu'ici repose sur l'idée d'une transformation sociale qui saisit un processus juridique, renforçant une aporie. De ce point de vue, le constitutionnalisme et la transformation sociale, une fois remis dans les contextes sociopolitiques globaux et locaux et étudiés à l'aune des discours juridiques, montrent une réalité contrastée de l'activisme judiciaire des Cours constitutionnelles en Afrique du Sud comme en Colombie. Celui-ci n'est pas un gouvernement des juges ou un juge qui porte une révolution sociale, et cette révolution par le droit n'est pas sans ambiguïté vis-à-vis du modèle politico-économique néolibéral.

Or, les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie n'ont pas seulement été réceptrices d'un idéal de transformation avec ses formes multiples. Elles ont produit une certaine conception de la transformation sociale avec un volontarisme qu'il faut interroger. L'activisme dépasse en effet les apories d'une opposition entre droit et politique lorsqu'il est considéré, de manière radicale, comme l'intention portée par un juge dans une production discursive particulière. Une fois épuisées les explications classiques, aussi bien celles relevant d'un libéralisme juridique, même revisité, que les critiques qui leur sont apportées d'un point de vue matérialiste, d'autres explications doivent être apportées à l'activisme judiciaire. Elles appellent un décentrage de l'analyse au croisement de la théorie du droit, de la théorie politique et d'approches pluridisciplinaires qui s'inspirent de la psychologie, de la littérature, de l'économie et des sciences sociales. Ces explications tiennent notamment à l'instrumentalité du droit et de l'activité judiciaire, c'est-à-dire à son effet sur la société et la politique, par opposition à des explications plus classiques, qu'elles soient normativistes, réalistes ou matérialistes, c'est-à-dire des définitions du droit qui regardent sa source, et critiquent le rôle créateur de l'interprète, en cherchant une vérité normative autonome. Dit

---

<sup>1626</sup> Voir *supra*, titre 1 de la partie 1, chapitres 1 et 2.

<sup>1627</sup> Voir *supra*, titre 2 de la partie 1, chapitres 3 et 4.

autrement, il est insuffisant de chercher un sens au discours judiciaire et juridique sur la transformation sociale : il faut comprendre comment ce discours se forme.

Le raisonnement co-produit par les juges et leurs observateurs dans les sphères internes et comparatistes a marqué une continuité tout autant qu'une série de ruptures avec des influences globales et notamment la conception axiologique du néoconstitutionnalisme des droits, principes et valeurs. Le discours judiciaire des deux pays s'est formé au contact de contextes sociaux particuliers et recouvre une dimension affective particulière (Titre 3).

Cette fabrication particulière du droit constitutionnel par les Cours répond à des structures partisans et institutionnelles. Si le politique devient du droit par un processus que l'on a proposé d'appeler un activisme radical, c'est le politique lui-même qui a été redéfini radicalement dans l'espace constitutionnaliste. Les pratiques contentieuses des deux ont alors été qualifiées de dialogiques et délibératives dans les deux pays mais doivent être ramenées à des enjeux culturels et des effets politiques et sociaux situés (Titre 4).

## TITRE 3 : LA TRANSFORMATION DU DISCOURS JUDICIAIRE

### INTRODUCTION DU TITRE 3

La comparaison que l'on peut qualifier d'interne entre l'approche de la transformation sociale par les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud a donné à voir une pluralité de positions, mais une comparaison externe, non pas tant par rapport à l'espace global et comparé que du point de vue des références, au sein même des discours constitutionnalistes, à cet externe, qu'il renvoie à ce qui est dit ne pas être du droit ou à ce qui est dit être occidental, permet d'ajouter un niveau d'analyse à la formation d'un activisme judiciaire comme production d'un discours juridique sur la transformation sociale. C'est alors une conception de l'interprétation et du rôle même du juge qui se déploie aux interstices de l'analyse et rend insuffisante une simple lecture des paragraphes vis-à-vis du texte constitutionnel. C'est du sens même de l'activisme dont il s'agit ; comment qualifier un juge d'une manière qui signifie qu'il sortirait de son rôle de juge vers celui de militant<sup>1628</sup> s'il intègre à un raisonnement normatif des raisons ou des contraintes argumentatives que l'on pense souvent comme extra-juridiques<sup>1629</sup> ? Dans quelles conditions une Constitution ou un juge constitutionnel peuvent-ils être progressistes, et quelle est la part d'action de la part des acteurs juridiques afin de produire une telle conception de la norme constitutionnelle ?

Ces questions imposent de changer les catégories avec lesquelles nous pensons le phénomène de la justice constitutionnelle. Il est vrai, en toute rigueur, que le constitutionnalisme est un ensemble de discours plutôt qu'une doctrine homogène, qui a toujours toléré de grandes variations en son sein, de la lutte contre l'arbitraire par l'adoption de constitutions écrites à un ensemble de principes et valeurs, en passant par la légitimation du juge constitutionnel ou les approches des droits fondamentaux. Ses termes-concepts qui ont été contestés pour leur indétermination ou les problèmes structurels et substantiels qu'ils recouvraient d'un voile pudique : l'État, la souveraineté, la Nation, le peuple. Cet ensemble évolue au gré des contextes, plus qu'il ne passe d'un côté à l'autre d'une frontière qui le désignerait comme libéral ou illibéral, du Nord ou du Sud, occidental ou post-colonial. Il revient en revanche à la science du droit d'analyser les discours juridiques et politiques afin d'en extraire le plus fidèlement possible l'état contingent des concepts

---

<sup>1628</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>1629</sup> Sur une conception de ces contraintes qui maintient la distinction entre des contraintes juridiques et des contraintes non-juridiques, voir M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

et des conceptions mis en œuvre et mis en scène. La production discursive du juge se situe alors au confluent du social et du politique, si bien qu'il faut interroger, dans les contextes sud-africains et colombiens, comment ils se constitue à la marge du droit vis-à-vis notamment des pouvoirs.

La construction du discours constitutionnel se comprend du point de vue de la théorie du droit comme l'élaboration d'une culture juridique. En Colombie comme en Afrique du Sud, plusieurs influences ont été évoquées par les juges eux-mêmes afin d'élaborer leur approche de la norme (Chapitre 5).

Les explications tenant à la théorie du droit ne suffisant pas à expliquer les fonctions du discours judiciaire, qui se comprend également par des traces d'affects et un rôle particulier du style des juges qui rédigent les opinions (Chapitre 6).

## CHAPITRE 5 : LA RAISON DES JUGES

Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur a été construit par plusieurs niveaux de discours qui se sont croisés dans différents espaces avec des finalités diverses, qu'ils proviennent de la doctrine, des juges, ou des juges qui écrivent de la doctrine<sup>1630</sup>. Une reconstruction des discours juridiques entre les échelles locales et globales et les différents postulats vis-à-vis de la transformation sociale permet de mieux comprendre comment les cultures juridiques colombienne et sud-africaine se sont formées à partir des années 1990. Un point obscur demeure, souvent évoqué sans plus d'analyse : les cultures juridiques de ce constitutionnalisme sont généralement définies par rapport à un formalisme antérieur, dont le dépassement marquerait un avènement démocratique, une insertion globale, voire une spécificité du Sud qui dépasserait alors les pratiques du Nord. On parle ainsi de constitutionnalisme transformateur, nouveau ou andin comme s'il s'agissait d'un objet propre et délimité. Mais de quel formalisme parle-t-on et, surtout, par quoi aurait-il été remplacé dans le constitutionnalisme colombien et sud-africain depuis les années 1990 ? Le terme de constitutionnalisme transformateur créé par Karl Klare est devenu générique dans la littérature, souvent en citant l'auteur étatsunien, mais est-il pertinent pour qualifier le constitutionnalisme sud-africain ou colombien ?

Une culture juridique peut se comprendre de deux manières. D'une part, une approche sociologique ou de science politique s'intéresse aux acteurs au sein d'une communauté des juristes<sup>1631</sup>. Dans ce sillage, aux États-Unis, les théories du *judicial behavior* ont mis en évidence deux modèles, l'un attitudinal selon lequel les juges suivent leur préférences personnelles, comme l'estiment par ailleurs les juristes réalistes les plus critiques, l'autre stratégique, selon lequel ces préférences sont également contraintes par d'autres acteurs. Ces deux modèles s'opposent alors à une approche souvent qualifiée de légaliste, selon laquelle les juges sont contraints par des variables juridiques<sup>1632</sup>. D'autre part, la culture juridique peut s'entendre au sens des postulats admis dans une communauté relativement au concept de droit. Ces postulats forment alors les arguments admis, dans la dogmatique quotidienne, comme relevant d'un raisonnement juridique. Il faut alors distinguer les théories de l'interprétation, qui conçoivent celle-ci comme acte de connaissance (normativisme et jusnaturalisme) ou acte de volonté de l'interprète (réalisme juridique) voire un mélange des deux selon que le cas est facile ou difficile (théorie mixte) ; et les méthodes

---

<sup>1630</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1.

<sup>1631</sup> Voir *infra*, chapitre 6, et sur cette définition, voir R. COTTERELL, « The Concept of Legal Culture », in D. NELKEN (dir.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth Publishing, 1997, p. 55-88 et, insistant sur les conceptions du droit et un regard vers la *law in action*, D. NELKEN, « Using Legal Culture: Purposes and Problems », *Journal of Comparative Law*, vol. 5, n° 2, 2010, p. 1-39.

<sup>1632</sup> Voir M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

d'interprétation, comme le littéralisme (qui s'attache au sens interne au texte), la téléologie (qui vise l'intention ou la finalité du texte), l'originalisme (qui peut être littéral ou téléologique)<sup>1633</sup>. On évoque souvent encore l'interprétation dite systématique, qui lie plusieurs dispositions et plusieurs des approches précédentes, par exemple lors de la lecture littérale de plusieurs articles ou la lecture téléologique d'un article à la lumière de la finalité proposée par un autre article.

Les propositions de théories et de méthodes sont nombreuses dans la doctrine et les références se retrouvent dans la jurisprudence colombienne et sud-africaine, alors que la réalité est souvent mélangée. Ces différentes options relèvent néanmoins d'un choix de l'interprète, et non d'une exigence dictée par une norme, qu'il faudrait de toute manière elle-même interpréter ; la soumission à une règle qui ne serait que lue dans un texte est en elle-même un choix de l'interprète, même si l'on peut externaliser la contrainte pesant sur ce dernier en regardant les attentes de la communauté juridique ou du pouvoir politique et de la société. C'est donc aussi une contrainte collective. Dès lors, toute comparaison entre des juridictions revient à une comparaison des méthodes déployées<sup>1634</sup> et, au-delà, une comparaison des contraintes pesant sur les juges telles qu'elles apparaissent dans leur discours et celui des juristes. Les juges des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie ont répondu à des pratiques et discussions globales de leur temps en élaborant leur manière d'interpréter la Constitution (Section 1). Cette manière s'analyse comme un discours sur la société, laquelle est à la fois une finalité, un contexte et un objet de l'interprétation constitutionnelle des deux juridictions (Section 2).

---

<sup>1633</sup> Voir P. BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, n° 11, 2011, p. 9-37.

<sup>1634</sup> V.C. JACKSON, J. GREENE, « Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts ? », in T. GINSBURG, R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, E. Elgar, 2011, p. 599-623



## SECTION 1. LE CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR COMME SYNCRETISME

Les discussions qui permettent d'appréhender le constitutionnalisme nouveau ou transformateur se sont construites dans différents espaces à partir de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Or, les discussions sur la circulation des idées constitutionnelles, parce qu'elles atteignent souvent un certain niveau de généralité, donnent parfois l'impression qu'elles portent un regard similaire. Il ne pourrait en être autrement tant l'objet est défini largement. Les discours juridiques de l'activisme judiciaire en Colombie et en Afrique du Sud sont alors traversés par une opposition entre Nord et Sud et une opposition entre discours dogmatiques et discours critiques qui doivent être resituées (§1). Une analyse de ces discours montre la construction d'une justification nouvelle au rôle normatif du juge constitutionnel dans les deux pays à partir des années 1990 (§2).

### §1. Les divergences du constitutionnalisme transformateur

Les discours du constitutionnalisme transformateur se sont construits sur une double rupture, à la fois géographique (A) et théorique (B).

#### A. Un constitutionnalisme postcolonial ?

Un aspect rhétorique propre au constitutionnalisme apparaît dans l'opposition entre Nord et Sud (1) alors qu'un regard plus mesuré s'intéresse aux circulations des acteurs (2).

#### 1. Le constitutionnalisme transformateur comme rhétorique

Les discours sur le constitutionnalisme nouveau ou transformateur distinguent souvent un constitutionnalisme dit libéral au Nord d'un constitutionnalisme du Sud, volontiers présenté comme une alternative postcoloniale<sup>1635</sup>. Avec une grande variété de courants et d'approches disciplinaires, plusieurs voix appellent en effet depuis les années 1950 à « provincialiser l'Europe<sup>1636</sup> » en montrant la manière dont les objets issus de la rationalité scientifique moderne, utilisés pour l'analyse

---

<sup>1635</sup> Voir C.M. HERRERA, « Ce que le postcolonialisme ferait au constitutionnalisme. Pour une critique de la raison constitutionnelle », in A. GESLIN, C.M. HERRERA, M.-C. PONTHEUREAU (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2020, p. 133-158. Voir également A.V. BOGDANDY et al. (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University press, 2017, p. 27, 164 et 220. A. MEDICI, « El constitucionalismo transformador sudamericano como fundamentación de la teoría constitucional », in J.E. DOUGLAS PRICE, D.J. DUQUELSKY GÓMEZ (dir.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*, Ediciones Infojus, 2014, p. 293-323, p. 298-299. Voir également A. GIBBS, « Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism », *Law, Culture and the Humanities*, mai 2017, p. 1-20.

<sup>1636</sup> Voir D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press, 2000

historique, sociale, politique et économique, maintiendraient la domination du Nord sur le Sud<sup>1637</sup>. Cette rupture épistémologique touche la théorie constitutionnelle qui s'intéresse au droit de pays comme l'Afrique du Sud et la Colombie lorsqu'ils ont établi un nouveau régime constitutionnel, et déjà auparavant au droit de l'Inde décolonisée. C'est ainsi que Karl Klare inaugure une lecture post-libérale du constitutionnalisme sud-africain, comme Daniel Bonilla Maldonado ou de Roberto Gargarella en Amérique latine ou encore Uprenda Baxi en Inde<sup>1638</sup>. Comme le note Daniel Bonilla Maldonado, l'émergence d'un constitutionnalisme du Sud Global dans la littérature répond au fait que les discours juridiques du Sud ont souvent été jugés inférieurs à ceux du Nord, les phénomènes de circulation y voyant souvent une reproduction ou une imitation<sup>1639</sup>. La production académique en particulier est jugée comme d'une qualité médiocre, sauf lorsqu'elle est reprise dans les écoles de droit du Nord<sup>1640</sup>.

Les discours nationaux se construisent partiellement selon cette grille de lecture. La Cour constitutionnelle de Colombie a elle-même donné droit à cette rhétorique en opposant l'État social de droit au constitutionnalisme « occidental » associé à « la société capitaliste actuelle »<sup>1641</sup>, « aux crises du modèle libéral classique qui ont mené au constitutionnalisme social<sup>1642</sup> » ou encore au concept de souveraineté rattaché à la notion de peuple, qui s'opposerait au pluralisme constitutionnel<sup>1643</sup>. Contre le modèle nord-américain, on retrouverait les traces d'une tradition

---

<sup>1637</sup> Voir G. SPIVAK, « Can the subaltern speak ? », in C. NELSON, L. GROSSBERG (dir.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, 1988, p. 271-313. B. PARRY, *Postcolonial Studies. A Materialist Critique*, Routledge, 2004. G. HUGGAN (dir.), *The Oxford Handbook of Postcolonial Studies*, Oxford University Press, 2013.

<sup>1638</sup> Voir U. BAXI, « Preliminary notes on transformative constitutionalism », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VIJJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 19-47. D. BONILLA MALDONADO, « Toward a Constitutionalism of the Global South », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 1-39, en particulier l'introduction de Daniel Bonilla Maldonado, le chapitre de David Bilchitz, celui de Catherine Albertyn. Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1 et section 2, §1, A.

<sup>1639</sup> D. BONILLA MALDONADO, « Toward a Constitutionalism of the Global South », *op. cit.* note 9, spec. p. 5. Aussi, « *Latin America is a weak member of the civil tradition (French, German, Spanish, and Italian law, in particular); Africa is a young and naïve participant in the Anglo-American or civil law tradition; Eastern Europe uses a mixture of obsolete socialist law and recent imports from Anglo-American or Western European Law* » (*Ibid.*).

<sup>1640</sup> *Ibid.*, p. 11-14.

<sup>1641</sup> CCC, T-406/92, §6 et §9.

<sup>1642</sup> CCC, C-404/98, §5 (pour défendre que le développement de la personnalité pouvait aller au-delà de l'individualisme classique, ce qui n'est pas nécessairement une position anti-libérale, voir *infra*, chapitre 4, section 1).

<sup>1643</sup> CCC, C-141/10, §1.5 : « *La idea de pueblo soberano es un concepto constitucional límite estrechamente relacionado con las ideas de soberanía, democracia liberal y democracia constitucional. La visión histórica y conceptual típica del estado liberal de derecho que predominó desde el siglo XVIII, propugnó una noción de soberanía enmarcada dentro del concepto de nación como unidad homogénea. A partir de la Segunda Guerra Mundial esa noción decimonónica ha evolucionado hacia una visión pluralista, de acuerdo con la cual es menester garantizar tanto la posición de la mayoría como las voces de las minorías y ya no es posible que un único grupo de ciudadanos, por numeroso y respetable que sea, se atribuya la voz del pueblo soberano. En este orden de ideas, la noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad.* ». Dans cette décision controversée, la Cour invalide un référendum et donne à voir une conception de sa démocratie constitutionnelle, voir *infra*, chapitre 8.

révolutionnaire française dans la résurgence de droits sociaux et environnementaux dans l'Amérique latine contemporaine<sup>1644</sup>, une idée largement défendue par Roberto Gargarella<sup>1645</sup>. La Cour a pu mobiliser explicitement des références postcoloniales en dénonçant l'individualisme « anthropocentrique » de la « tradition anglo-américaine » et du « constitutionnalisme libéral » et plus largement d'une pensée rationaliste occidentale pour y opposer les droits collectifs et de la nature<sup>1646</sup>.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a produit un discours moins marqué en ce qu'elle n'évoque pas de références post-coloniales, mais elle évoque fréquemment le colonialisme pour décrire le passé<sup>1647</sup>. Plus rarement, Cour s'est aventurée à décrire l'état contemporain de la

---

<sup>1644</sup> Voir CCC, T-760/08, §1.1 et 1.2.

<sup>1645</sup> Voir R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University press, 2013, p. 132-147.

<sup>1646</sup> CCC, T-622/16, §5.7. Pour une étude de cette décision et de son argument postcolonial, voir *infra*, chapitre 4, section 2, §2.

<sup>1647</sup> Voir CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, §333, 384 et 385. CCAS, 6 septembre 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* (unanime), §5. CCAS, 25 février 2000, *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others* (Chaskalson). CCAS, 15 octobre 2004, *Bhe and others v. Khayelitsha Magistrate and others* (Pius Langa). CCAS, 15 octobre 2004, *Shibi v. Sithole and others* (Pius Langa). CCAS, 15 octobre 2004, *Zondi v MEC for Traditional and Local Government Affairs* (Ngcobo), §76 (comparant la « colonial dispossession » des terres au fermage du Moyen-Âge). CCAS, 6 octobre 2004, *Bissett and Others v Buffalo Municipality and Others* (Zakeria Yacoob), §81. CCAS, 8 septembre 2005, *Du toit v. Minister of transport* (Yvonne Mokgoro), opinion dissidente de Pius Langa, §84 et 81 (« *three and a half centuries of colonial deprivation and apartheid together resulted in a deeply racist pattern of land ownership in our country, which our Constitution seeks to alter.* »). CCAS, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Fourie v. Minister of Home Affairs* (Albie Sachs), §74. CCAS, 4 juin 2008, *Shilubana and Others v Nwamitwa* (Van der Werthuizen), §45 (qui évoque des « *pre-democratic colonial and apartheid regimes* »). CCAS, 10 juin 2009, *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others*. CCAS, 23 février 2010, *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation and Others* (Sandile Ngcobo). CCAS, 11 mai 2010, *Tongoane and Others v National Minister for Agriculture and Land Affairs and Others* (Sandile Ngcobo). CCAS, 17 novembre 2012, *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd* (Zakeria Yacoob), §23. CCAS 12 décembre 2013, *Minister of Mineral Resources and Others v Sishen Iron Ore Company (Pty) Ltd and Another* (Chris Jafta). CCAS 26 août 2014, *Florence v Government of the Republic of South Africa* (Van der Werthuizen). CCAS, 15 décembre 2014, *Bapedi Marota Mamone v Commission on Traditional Leadership Disputes and Claims and Others* (Khampepe). CCAS, 30 mai 2016, *Mayelane v Ngwenyama and Another* (Froneman, Khampepe, Skweyiya). CCAS, 28 juillet 2016, *Land Access Movement of South Africa and Others v Chairperson of the National Council of Provinces and Others* (Madlanga). CCAS, 8 novembre 2016, *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and Others* (Mogoeng Mogoeng). CCAS, 11 mai 2017, *Daniels v Scribante and Another* (Madlanga). CCAS, 9 octobre 2019, *Moodley v Kenmont School and Others* (Madlanga). CCAS, 22 juillet 2020, *Chisuse and Others v Director-General, Department of Home Affairs and Another* (Khampepe). CCAS, 27 novembre 2020, *Economic Freedom Fighters and Another v Minister of Justice and Correctional Services and Another* (Mogoeng Mogoeng). CCAS, 31 juillet 2021, *Qwelane v South African Human Rights Commission and Another*, §168. CCAS, 30 mai 2023, *Mogale and Others v Speaker of the National Assembly and Others* (Theron).

Évoquant la période britannique dans une perspective historique, voir CCAS, 14 octobre 2003, *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others*. CCAS, 15 décembre 2011, *F. v Minister of Safety and Security and Another* (Mogoeng Mogoeng). CCAS, 11 décembre 2017, *Salem Party Club and Others v Salem Community and Others* (Edwin Cameron).

société sud-africaine comme un colonialisme qui perdure<sup>1648</sup>, jusqu'à un tournant discursif marqué en 2020. Elle lie alors « colonialisme, néocolonialisme et apartheid » pour dénoncer la répartition des richesses dans le pays<sup>1649</sup>, « colonialisme, Apartheid et patriarcat<sup>1650</sup> » ou encore le colonialisme et le concept d'intersectionnalité<sup>1651</sup>. Que l'Afrique du Sud contemporaine souffre encore du fait que les noms des rues évoquent l'Apartheid ou l'Europe et non les personnalités non-blanches « locales » (*indigenou*s) a par exemple été reçu par les juges comme la marque d'un colonialisme qui perdure<sup>1652</sup>. La Cour adopte alors un type de discours qui se dissocie des références du libéralisme politique jusqu'ici mobilisé très majoritairement dans la jurisprudence. L'opposition Nord-Sud se retrouve également dans les écrits académiques sud-africains comme une démarcation locale<sup>1653</sup>, par exemple dans les discours relatifs à l'uBuntu, dont l'usage reste néanmoins rare<sup>1654</sup>. Sans référence à un corpus post-colonial<sup>1655</sup>, Albie Sachs, qui fut membre de la Cour mais surtout impliqué dans la transition constitutionnelle, exprime bien l'idée selon laquelle la Constitution sud-africaine a été élaborée en réponse à un problème local :

---

<sup>1648</sup> Voir CCAS, 14 octobre 1998, *Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* (Chaskalson, Goldstone, O'Regan), évoquant l'organisation de la « ville de l'Apartheid », §122. Ou encore, dès la décision Grootboom, CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, (Zakeria Yacoob) : « *The cause of the acute housing shortage lies in apartheid. A central feature of that policy was a system of influx control that sought to limit African occupation of urban areas. Influx control was rigorously enforced in the Western Cape, where government policy favoured the exclusion of African people in order to accord preference to the coloured community: a policy adopted in 1954 and referred to as the "coloured labour preference policy."* In consequence, the provision of family housing for African people in the Cape Peninsula was frozen in 1962. This freeze was extended to other urban areas in the Western Cape in 1968. Despite the harsh application of influx control in the Western Cape, African people continued to move to the area in search of jobs. Colonial dispossession and a rigidly enforced racial distribution of land in the rural areas had dislocated the rural economy and rendered sustainable and independent African farming increasingly precarious. »

<sup>1649</sup> CCAS, 15 octobre 2021, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa (Pty) Ltd and Another* (Mogoeng Mogoeng), §4 : « *Colonialism, neo-colonialism and apartheid orchestrated an institutionalised concentration of ownership and control of all things of consequence in our national economy along racial lines* ».

<sup>1650</sup> CCAS, 19 février 2021, *King N.O and others v. De Jager and others* (Nonkosi Mhlantla), §199 : « *The consolidation of democracy requires the eradication of inequalities especially those that are systemic in nature and which were generated in South Africa's history by colonialism, apartheid and patriarchy*. ».

<sup>1651</sup> CCAS, 19 novembre 2020, *Mablangu and Another v. Minister of Labour and Others* (Margie Victor), §73s. Aussi, §55 : « *when determining the scope of socio-economic rights, it is important to recall the transformative purpose of the Constitution which seeks to heal the injustices of the past and address the contemporary effects of apartheid and colonialism* ».

<sup>1652</sup> CCAS, 21 juillet 2016, *City of Tshwane Metropolitan Municipality v. Afriforum and Another* (Mogoeng Mogoeng), §13, citant la notion d'uBuntu, §11, et présentant cette lecture historique, §4 : « *colonialism or apartheid is a system so stubborn that its divisive and harmful effects continue to plague us and retard our progress as a nation more than two decades into our hard-earned constitutional democracy*. »

<sup>1653</sup> Voir par exemple D. BILCHITZ, « Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 41-94.

<sup>1654</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2.

<sup>1655</sup> Même s'il parle de « *domination coloniale* » dans CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke), opinion concordante d'Albie Sachs, §354.

Notre Constitution, dès lors, s'enracine dans les concepts qui nous ont guidé dans la lutte. Elle a été faite par nous-mêmes sur notre sol, après avoir patiemment attendu que le processus le plus inclusif soit possible.<sup>1656</sup>

Dans son contrôle de conformité de la *Common law* et des règles coutumières à la Constitution, la Cour met ainsi en avant une visée égalitaire nouvelle<sup>1657</sup>. Mais cette spécificité du cas sud-africain n'est pas qu'une différence rhétorique et renvoie aussi à une position différente du libéralisme dans la construction conceptuelle des discussions politiques et juridiques. La référence postcoloniale peut alors nourrir une critique du caractère libéral ou occidental du constitutionnalisme du pays, en jugeant le constitutionnalisme transformateur non seulement éloigné, mais opposé à une visée décoloniale<sup>1658</sup>.

Il y a une limite à définir un constitutionnalisme nouveau ou transformateur qui serait propre au Sud. Au-delà de sa fonction heuristique, une telle qualification risque d'occulter l'influence réelle de la philosophie libérale dans le mode de garantie juridictionnel et plus largement le modèle de la séparation des pouvoirs adopté en Colombie et en Afrique du Sud<sup>1659</sup>. Dans une telle construction discursive, le modèle du constitutionnalisme libéral agit comme un épouvantail, par ce sophisme

---

<sup>1656</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 27 : « I was convinced that if in the 1980s and earlier, we had not taken principled positions on questions of who "the enemy" was, what methods of struggle were legitimate and how torture was to be prohibited, we would not have achieved what many today regard as the most progressive Constitution in the world. We had in effect created a Bill of Rights at the heart of our struggle, asserting in practical ways our determination to retain our honor and dignity as freedom fighters, and to re-affirm the principles of justice on which the struggle was founded. It had accordingly not been difficult to move to a constitutional order in a free South Africa based on these very same principles. Our Constitution, then, had deep roots in concepts that had guided us in struggle. It was made by ourselves on our own soil, after patiently following the most inclusive process possible. And its well-boned text, a product of six years of intense negotiations outside and inside Parliament, and finalized after review by our Court according to agreed principles, gave us the instrument to deal with some of the most difficult problems of our era. »

<sup>1657</sup> CCAS, 15 octobre 2004, *Bhe and others v. Khayelitsha Magistrate and others* (Pius Langa), §112 : « Roman-Dutch law, like the Roman law upon which it was founded, was neither humanitarian nor egalitarian. In its gender bias, it was similar to other European systems of its time, and its effects on both the South African legal system and South African society have been enormous », contestant notamment le droit de primogeniture mâle. Déjà, la Cour estimait dans CCAS, *Fourie v. Minister of Home Affairs*, *op. cit.*, §25 : « The task of applying the values in the Bill of Rights to the common law thus requires us to put faith in both the values themselves and in the people whose duly elected representatives created a visionary and inclusive constitutional structure that offered acceptance and justice across diversity to all. », ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Voir également CCAS, 14 octobre 2003, *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others*, §54s, sur les sources du droit de propriété puisées dans le droit coutumier par opposition à la *Common law*.

<sup>1658</sup> S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 482-500. P. MUDAU, S. MTONGA, « Extrapolating the Role of Transformative Constitutionalism in the Decolonisation and Africanisation of Legal Education in South Africa », *Pretoria Student Law Review*, n° 14, 2020, p. 44-57. N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *Pretoria Student Law Review*, n° 15, 2020, p. 236-254. T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *Constitutional Court Review*, n° 1, 2008, p. 63-76. T. MADLINGOZI, « How the Law Shapes and Structures Post-apartheid Social Movements: Case Study of the Khulumani Support Group », in M. DAWSON, L. SINWELL (dir.), *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012, p. 222-239. T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *Stellenbosch Law Review*, vol. 28, n° 1, 2017, p. 123-147.

<sup>1659</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

qui consiste à reformuler et réduire l'argument d'une figure adverse, voire à la créer à des fins prophylactiques. La présentation du constitutionnalisme transformateur comme un constitutionnalisme du Sud risque alors de laisser croire qu'une décolonisation a bien eu lieu. Une aporie des discours juridiques est qu'ils présentent souvent un devoir-être pour une réalité qui existe déjà ; c'est une difficulté particulière pour un constitutionnalisme qui est théorisé comme un changement et non la garantie d'un ordre social et politique.

Deux positions sont alors possibles et présentent chacune une contradiction avec l'idée même de norme. D'un côté, on peut dire que la transformation sociale constitutionnelle n'est pas une décolonisation, qu'il s'agit de deux projets distincts et en particulier que le second n'a pas été poursuivi à la différence du premier. On oppose alors une éthique externe à la norme, ce qui ne revient pas nécessairement à en démontrer l'inadéquation mais simplement à dire ce qu'elle ne fait pas. D'un autre côté, on peut dire que la transformation sociale constitutionnelle est une forme de décolonisation propre aux sociétés d'un Sud lorsqu'elles ont réinterprété les traditions juridiques d'un Nord : mais alors on présente une norme en tant qu'elle a intégré un projet qui s'opposait à ce Nord, en risquant de nier les éléments qui proviennent pourtant de la tradition libérale dans le régime des droits et de la séparation des pouvoirs ou de la constitution d'un peuple démocratique. On peut rappeler l'objection soulevée par Pierre Hassner à l'idée d'une fin de l'histoire dans le sens d'une victoire du libéralisme, soulevée par Francis Fukuyama. Pierre Hassner rappelait que l'américain d'une part se refusait à examiner qu'il n'y avait pas de fin du conflit dans le monde mais un déplacement de la violence de l'Occident vers le Sud, avec les guerres et la production commandées par le Nord, et d'autre part remplaçait l'histoire par l'ennui dans un grand geste qui n'embrassait finalement qu'une période historique bien particulière de ces années de la décennie 1980, bouleversée par la chute de l'URSS<sup>1660</sup>.

L'idée même d'un Nord et d'un Sud ne fournit pas nécessairement la grille d'analyse la plus pertinente. Il a été reproché aux Subaltern Studies de rejeter trop facilement les outils critiques de la théorie sociale au nom de leur origine européenne, alors qu'ils pouvaient bien permettre

---

<sup>1660</sup> P. HASSNER, « Fin de l'histoire ou phase d'un cycle ? », *Commentaire*, n° 47, 1989, p. 473-475.

d'expliquer les phénomènes sociaux du Sud comme ils expliquaient ceux du Nord<sup>1661</sup>. Il s'agit notamment de la lecture marxiste ou postmarxiste des rapports de pouvoir. C'est que les études post-coloniales ont changé d'objet depuis les années 1980, partant d'une critique des mécanismes de domination dans les anciens pays colonisés pour analyser la géopolitique à l'échelle du globe, alors qu'il devenait courant d'observer que le pouvoir s'exerçait au-delà de l'État Westphalien<sup>1662</sup>. En réalité, les discours postcoloniaux les plus exigeants ne présentent pas ce biais, en proposant un changement épistémologique radical. Une distinction fondamentale à cet égard doit être faite entre la fin du colonialisme, tel que l'a mené le constitutionnalisme transformateur en Afrique du Sud, et la fin de la colonialité, c'est-à-dire du sujet colonial nié par le groupe social, qui persiste malgré l'égalité en droits<sup>1663</sup>. La fin de cette colonialité ne passe pas par la proclamation de l'égalité et d'un universel, mais par une africanisation et le maintien de savoirs traditionnels, antérieurs à la colonisation, ou extérieurs à l'épistémologie maintenue des anciens pays colonisateurs<sup>1664</sup>. Un tel déplacement prend sens dans la nature des inégalités vécues dans des espaces aussi divers que ceux du « Sud », car la race est l'un des premiers marqueurs de l'exercice du pouvoir de délimitation du souverain, selon Achille Mbembe. Ce dernier prend pour exemple l'Afrique du Sud du passé<sup>1665</sup>, mais aussi le régime des droits contemporains dans un monde supposément post-étatique et post-colonial, où l'interne et l'externe n'ont plus le même sens<sup>1666</sup>. Les droits ne peuvent pas plus être réduits à une pure dimension globale qu'à leur inscription positive, mais c'est bien dans la positivation localisée que les raisonnements permettent d'interroger le sens des normes

---

<sup>1661</sup> Cette critique a été formulée par V. CHIBBER, *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, Verso, 2013, qui reproche notamment aux Subaltern Studies de rejeter la grille d'analyse marxiste des conflits sociaux, sans proposer d'alternative plus utile à comprendre les mutations des sociétés capitalistes contemporaines dans les pays du Sud. Dit autrement, les Subaltern Studies ne démontrent pas la spécificité d'un Sud qui nécessiterait d'autres outils d'analyse que des théories critiques des rapports de pouvoir et de domination qui s'appliquent tant au Nord qu'au Sud. L'ouvrage a suscité un débat important, rassemblé dans V. CHIBBER, R. WARREN (dir.), *The Debate on Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, Verso, 2013. Voir la critique de G.C. SPIVAK, « Review of Postcolonial theory and the specter of capital », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 27, n° 1, 2014, p. 184-198 (qui accuse Vivek Chibber de faire un cours de marxisme aux Subaltern studies) et la réponse de V. CHIBBER, « Making sense of postcolonial theory: a response to Gayatri Chakravorty Spivak », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 27, n° 3, 2014, p. 617-624 (qui estime que la grille d'analyse marxiste n'a pas besoin d'être orthodoxe pour permettre de comprendre l'accumulation du capital et les phénomènes d'oppression, qui sont universels et que nient les Subaltern studies au profit d'un culturalisme qui ne démontre pas son intérêt).

<sup>1662</sup> E. DARIAN-SMITH, « Postcolonial Theories of Law », in R. BANAKAR, M. TRAVERS (dir.), *Law and Social Theory*, Hart Publishing, deuxième édition, 2013, p. 247-264.

<sup>1663</sup> N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 29, p. 244-245.

<sup>1664</sup> *Ibid.*, p. 246, citant notamment Arturo Escobar.

<sup>1665</sup> A. MBEMBE, « Nécropolitique », *Raisons politiques*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 29-60, p. 31.

<sup>1666</sup> Achille Mbembe semble plutôt critique ici de l'exercice de la souveraineté que de l'éclatement des droits fondamentaux : « L'affirmation d'une autorité suprême dans un espace politique particulier n'est pas aisée ; au lieu de quoi, se dessine un patchwork de droits de gouverner incomplets qui se chevauchent, s'enchevêtrent, où les différentes instances juridiques de facto géographiquement entrelacées, les allégeances plurielles, les suzerainetés asymétriques et les enclaves abondent. Dans cette organisation hétéronyme de droits territoriaux et de revendications, insister sur les distinctions entre des champs politiques « internes » et « externes » séparés par des lignes clairement démarquées, n'a que peu de sens. », *Ibid.*, p. 49,

constitutionnelles socioéconomiques, sans supposer pour autant qu'elles ne feraient que suivre un système économique globalisé<sup>1667</sup>.

Il y a un matérialisme qui touche les deux hémisphères et que l'on retrouve dans la manière qu'ont les discours du constitutionnalisme transformateur de ramener vers eux la réalité sociale. Dès lors l'opposition Nord-Sud dans un grand geste rhétorique cache les conflits réels et symboliques<sup>1668</sup> qui se jouent dans tous les constitutionnalismes. Celui du Sud n'est pas nécessairement plus égalitaire mais reçoit une forme nouvelle dans le rapport à la réalité sociale qui prolonge l'héritage du constitutionnalisme libéral hérité d'un Nord historique en l'enrichissant des avancées conceptuelles travaillées au Nord comme au Sud. La transformation sociale qui vient ici prendre une forme juridique a été redéfinie par les rapports économiques globaux et leur pensée contemporaine, pour s'inscrire dans les contextes juridico-politiques colombiens et sud-africains en recherche de nouvelles normativités après la création de nouvelles cours constitutionnelles. Il faut inverser le regard sur le constitutionnalisme transformateur pour comprendre qu'il n'est pas un post-libéralisme dans le sens où l'envisageait Karl Klare ou un illibéralisme comme l'espèrent certains critiques de la globalisation économique ; il est plutôt un nouveau libéralisme, passé au tamis de la fondamentalisation juridique qui confond première et deuxième ou troisième et même quatrième générations de droits, une lecture de moins en moins pertinente, soit au contraire un libéralisme qui cherche à s'imposer au-delà des conditions du libéralisme classique puis social, contre un contexte politique ouvert à la libéralisation des échanges économiques quand le libéralisme politique, lui, visait à contester le régime de la citoyenneté précédent<sup>1669</sup>. C'est ce que Karl Klare ne pouvait voir en 1998, ou Cass Sunstein en 2001 lorsqu'il louait la fonction progressiste du constitutionnalisme colombien<sup>1670</sup> : au-delà d'une effervescence des libéralismes dans les années 1990, les gouvernements du Sud ne sont pas si libéraux des années 2000 jusqu'à nos jours, particulièrement en Afrique du Sud et en Colombie, et mêlent des agendas nationalistes à l'ouverture du marché<sup>1671</sup>. Dès lors le constitutionnalisme se construit autant dans les interprétations du pouvoir

---

<sup>1667</sup> La critique vise alors autant les discours rhétoriques opposant Nord et Sud que les discours critiques associant constitutionnalisme et néolibéralisme, voir *supra* chapitre 3, section 2, §2.

<sup>1668</sup> Pierre Hassner rappelait l'importance des passions, mais Fukuyama, dans ce que l'historien Timothy Garton Ash a pris comme une réponse, a publié plus récemment un livre qui ausculte la question des identités, T. GARTON ASH, « L'esprit de liberté. Hommage à Pierre Hasner », *Esprit*, n° 6, 2019, p. 95-105, spec. p. 99. Voir F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux, 2018. Qui note qu'Hasner écrit en 1991 dans *Esprit* : « nous savons aussi que l'humanité ne vit pas que de liberté et d'universalité, que les aspirations qui ont conduit au nationalisme et au socialisme, la recherche de la communauté et de l'identité et la recherche de l'égalité et de la solidarité réapparaîtront toujours, comme elles le font déjà » (*Ibid.*, p. 99-100). Sur les enjeux de la rationalité, occidentale ou non, et sa redéfinition contemporaine par l'expérience subjective ou l'identité, au Nord comme au Sud, voir chapitre 3.

<sup>1669</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>1670</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1, A.

<sup>1671</sup> Voir *infra*, chapitre 8.



politique que dans une alternative en partie idéale, les juges étant à l'interface de ces différentes significations.

Le droit présente alors la double difficulté d'être l'objet de la critique postcoloniale autant qu'un instrument nécessaire – puisqu'il est ancré en profondeur dans les sociétés contemporaines – de la contestation de ses fins historiques<sup>1672</sup>. Il faut alors distinguer les discours post-coloniaux des discours critiques, avec lesquels il s'entendent non sur la fin d'une colonialité, mais sur le rôle des rapports de force sociopolitiques derrière les prétentions universalistes de la *rule of law*. Ntando Sindane note alors positivement que ni Karl Klare, ni Dennis Davis, ni Karin van Marle n'ont présenté le constitutionnalisme transformateur comme un décolonialisme ou un post-colonialisme, mais simplement comme une critique du pouvoir et des structures sociales<sup>1673</sup>. De même, en reprochant au constitutionnalisme transformateur de reposer sur les milieux activistes blancs qui existaient déjà sous l'Apartheid, Tshepo Madlingozi distingue bien le projet de l'ANC, même si celui-ci a expurgé ses courants radicaux, et certains compagnons de la lutte ou mouvements sociaux qui ont malgré tout intégré le discours des droits sans se réclamer pour autant de la décolonisation, à l'instar par exemple d'Albie Sachs<sup>1674</sup>.

## 2. La circulation des discours juridiques, une circulation des acteurs

Une approche qui s'intéresse aux acteurs permet de résoudre cette aporie. Les imports et exports ne sont jamais des greffes – ou des vérités juridiques ou axiologiques, ou des impositions d'un extérieur sur un intérieur – mais des usages par les élites locales dans le cadre de luttes domestiques. Aussi, les cultures juridiques et les propositions théoriques sur le droit qui leur sont associées peuvent se comprendre en distinguant des lieux de production et des lieux de réception, les seconds accueillant les idées juridiques des premiers et les positions évoluant au fil du temps<sup>1675</sup>. En particulier, Yves Dezalay et Bryant G. Garth ont analysé la manière dont le pouvoir d'État s'était reconstruit lors de phénomènes de circulation à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle dans cinq pays d'Amérique latine<sup>1676</sup>. La *rule of law* apparaissait alors comme le principal instrument du développement

---

<sup>1672</sup> E. DARIAN-SMITH, « Postcolonial Theories of Law », *op. cit.* note 33.

<sup>1673</sup> N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 29, p. 248.

<sup>1674</sup> T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *op. cit.* note 29.

<sup>1675</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 15-22, sur lequel s'appuie D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought », in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (dir.), *The New Law and Economic Development (A Critical Appraisal)*, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

<sup>1676</sup> Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique Latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Paris, Seuil, 2002, trad. L. Devillairs, S. Dezalay. Y. DEZALAY, B.G. GARTH, « The import and export of law and legal institutions : international strategies in national palace wars », in D. NELKEN, J. FEEST (dir.), *Adapting legal cultures*, Hart Publishing, 2001, p. 241-256. Y. DEZALAY, « Les courtiers de l'international », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. n° 151-152, n° 1, 2004, p. 4-35.

économique, porté par les institutions internationales, porté par des « missionnaires du droit » qui mettent en avant la « bonne gouvernance » comme nouveau modèle d'action publique<sup>1677</sup>. Pour les auteurs, la mondialisation va dans au moins deux sens : contrairement à l'idée de la domination d'un impérialisme nord-américain sur le Sud, ils observent bien plutôt une « mondialisation des guerres de palais » où les élites latinoaméricaines les plus marginalisées vis-à-vis de l'accès au pouvoir politique vont puiser dans les ressources internationales une force symbolique qu'ils peuvent réinvestir chez eux<sup>1678</sup>, à l'image des jeunes économistes ou sociologues, formés sur les campus américains, qui importent dans les années 1970 les outils des néolibéraux de l'École de Chicago au nom de la bonne gouvernance publique, en tant qu'experts gouvernementaux ou de *think tanks* ou comme cadres dans l'humanitaire, et remplacent les notables du droit qui détenaient souvent le pouvoir politique depuis la colonisation. Les juristes ne sont pas en reste, avec ceux qui se retranchent dans la sphère privée du droit des affaires, en lien étroit avec les cabinets américains, puis reviennent dans le champ de l'action publique grâce aux droits de l'homme : ils peuvent alors invoquer une technologie largement inspirée des États-Unis face au pouvoir en place. Le succès d'une circulation dépend alors de la proximité dans la situation de ces élites locales avec celle des élites exportatrices, ainsi des économistes de l'École de Chicago, puis des progressistes pro-droits, qui, éloignés des cercles du pouvoir aux États-Unis, élaborent des « stratégies cosmopolites » en investissant programmes de développement de l'USAID, de la Fondation Ford, de la Banque mondiale ou de l'ONU, qui sont en retour des lieux d'importation majeurs pour les élites locales en recherche de « nouveaux savoirs » et « d'investissements savants »<sup>1679</sup>. Selon l'approche bourdieusienne des auteurs, ces lieux, avec les campus nord-américains, fixent la valeur des « nouveaux paradigmes » qui permettent de se vendre sur le « marché de l'expertise d'État »<sup>1680</sup>. Si les conflits entre élites locales expliquent les importations d'idées juridiques, les conflits entre élites du « Nord » expliquent tout autant les exportations. Il s'agit alors de « se demander qui parle au

---

<sup>1677</sup> Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais*, op. cit. note 47, p. 23. Pour une critique similaire des politiques de développement consistant à imposer des institutions nord-américaines idéalisées plutôt qu'à s'appuyer sur l'expérimentation locale, voir P. EVANS, « Development as institutional change: The pitfalls of monocropping and the potentials of deliberation », *Studies in Comparative International Development*, vol. 38, 2004, p. 30-52.

<sup>1678</sup> Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais*, op. cit. note 47, p. 71 : « les greffes symboliques sont aussi bien « utilisées dans » que « suscitées par » les luttes de palais nationales ». En effet, « L'essor du marché de l'import-export symbolique repose à la fois sur une demande suscitée par les guerres de palais des pays importateurs et une offre alimentée par la compétition internationale pour l'exportation des expertises et des savoirs d'État » (*Ibid.*, p. 27). Aussi, « les stratégies internationales offrent à une élite marginalisée (ou à tout le moins ambitieuse) la possibilité de développer une contre-offensive. Un groupe peut en effet utiliser une autorité, une expertise et des relations internationales pour accumuler un capital symbolique susceptible d'être par la suite réinvesti dans le domaine public national » (*Ibid.*, p. 73).

<sup>1679</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>1680</sup> *Ibid.*, p. 87-88.

Nord au nom du Sud (et vice-versa)<sup>1681</sup> ». À cet égard, les élites du Nord dont les idées sont exportées ont, autant que les élites locales qui les importent, un intérêt stratégique à investir d'autres espaces que le leur pour en tirer une certaine légitimité alors qu'elles perdent du terrain chez elles.

En Colombie comme en Afrique du Sud, l'insertion d'instruments inspirés d'autres pays ou des pratiques internationales, en termes juridiques comme économiques ou politiques, passe par la circulation des acteurs eux-mêmes. Cela vaut d'autant plus pour deux pays politiquement souverains depuis longtemps, si bien que l'influence exercée par le Nord est plutôt diffuse : ce n'est plus un droit colonisateur qui vient opprimer le pays qui travaille à son indépendance. Aussi la circulation des idées juridiques renvoie, dans les espaces de diffusion comme des espaces de réception, aux conflits propres aux différents groupes sociaux, pour certains construits depuis la colonisation, qui ont plus ou moins accès aux institutions, au droit et à la globalisation elle-même. C'est une recomposition de cet accès qui a eu lieu dans les années 1990 en Afrique du Sud et en Colombie et qui se joue également, en retour, dans les espaces comparés de la discussion doctrinale sur la justice constitutionnelle. Le juriste sud-africain Theunis Roux a ainsi reproché à Upendra Baxi de s'en remettre à « une haine viscérale du libéralisme occidental » lorsqu'il opposait l'individualisme du Nord à la multitude et le vivre-ensemble portés selon lui par un constitutionnalisme du Sud, en des termes particulièrement abstrait. Le contexte sud-africain ne fait selon Theunis Roux que reprendre des éléments du Nord en les « recolonisant<sup>1682</sup> » dans des enjeux locaux et en les « recolonisant – même si l'on note une contradiction lorsque l'auteur défend, à l'inverse, le constitutionnalisme transformateur comme « un projet constitutionnel fondamentalement libéral<sup>1683</sup> », sauf à voir une pure reproduction et adhérer aux critiques des droits qui dénoncent l'aspect formel d'un tel projet<sup>1684</sup>.

Avec son analyse historique qui cherche à revaloriser un courant républicain dans la pensée constitutionnalisme latinoaméricaine, Roberto Gargarella illustre les conflits de qualification qui portent sur les origines des idées juridiques. Son approche comparatiste consiste ainsi à chercher

---

<sup>1681</sup> *Ibid.*, p. 35, et p. 33 : « on risque également de se laisser piéger en considérant comme acquis les idéaux savants produits dans l'hémisphère Nord, qui sont au fondement de ces communautés d'universitaires ou d'activistes cosmopolites. Car, dès lors, le seul problème qui subsiste est celui de la diffusion de ces idées dans les pays du Sud. On cherche ainsi à décrire comment les économistes du Sud ont été convertis à une conception nord-américaine de la science et des politiques économiques. Ce faisant, on occulte les luttes internes au monde nord-américain, qui ont marqué la genèse de ces thèses et ont modelé leur contenu. Cette approche partielle se donne bonne conscience en apparaissant comme une dénonciation de l'impérialisme du consensus de Washington, sans réaliser qu'elle participe elle-même, de manière plus ou moins consciente, à une variante concurrente d'un processus hégémonique, qui est par nature aussi complexe qu'ambigu. »

<sup>1682</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press, 2013, p. 50.

<sup>1683</sup> *Ibid.*, p. 50 : « fundamentally a liberal constitutional project ». Logiquement, l'auteur s'oppose alors non seulement à la rhétorique de Baxi, mais également à la dénonciation de la juristocratie par Ran Hirschl en ce qu'elle serait une critique de la social-démocratie : or, Theunis Roux semble lui donner raison en définissant lui-même le constitutionnalisme sud-africain comme « fondamentalement libéral »...

<sup>1684</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2.

une convergence par un travail synthétique<sup>1685</sup>, en agréant des éléments provenant des différents pays, et souvent deux ou trois pris en exemple pour illustrer les mouvements de circulation sur cinq périodes historiques. L'auteur décrit alors un supposé fond commun tout en prescrivant la construction d'une telle identité commune, et oriente pour cela les évolutions de la culture juridique du continent dans un sens de circulation simplifié. Roberto Gargarella assume d'ailleurs d'emblée le caractère normatif de son propos : l'Amérique latine doit selon l'auteur argentin poursuivre une égalité matérielle, qui s'atteint non par la verticalité du présidentielisme mais par une participation accrue de la population<sup>1686</sup>. Cela passe par la revalorisation de la tradition de gauche « radicale-républicaine » dans l'héritage constitutionnel latino-américain et par la mise à distance d'une doctrine contemporaine qu'il estime trop peu normative. À l'inverse, la tradition dite libérale, supposément inspirée des États-Unis, favorable aux seules libertés politiques et au présidentielisme, aurait trop longtemps dominé le continent dans un relatif consensus, expliquant que la doctrine s'intéresse peu à la théorie constitutionnelle selon Gargarella. La réalité est toutefois plus complexe : il est difficile pour une région fortement influencée par son voisin du nord de complètement renier ce que les deux continents américains partagent malgré tout. Il est intéressant de noter que l'auteur argentin est lui-même tout à fait intégré à l'espace académique global du droit constitutionnel comparé, dans lequel il est l'un des auteurs les plus cités<sup>1687</sup>. Une lecture critique de son travail invite à noter que ses travaux sont fortement marqués par les États-Unis dont il veut éloigner la pensée constitutionnelle latino-américaine ; se construire contre un modèle revient nécessairement à l'intégrer dans une certaine mesure, malgré l'essentialisation de différences<sup>1688</sup>. Le constitutionnalisme latino-américain proposé par Roberto Gargarella n'a peut-être finalement l'unité théorique proposée qu'en ce qu'il est « plus » égalitaire, « plus » décentralisé, « plus »

---

<sup>1685</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, *op. cit.* note 16, p. 5 : « Interestingly, however, when we study Latin America's constitutional history, we find neither a chaotic picture (namely, innumerable solutions, going in any direction) nor a picture that suggests the existence of merely discretionary, arbitrary solutions. Rather, in the face of some problems or "dramas" commonly identified as such— say, political dependence, economic crisis, political disorder, social injustice—Latin Americans suggested a few limited and significant answers. The point is that, in the end, there were just a few, different, always interesting constitutional responses at stake. »

<sup>1686</sup> *Ibid.*, p. viii : « The project of the book is both descriptive and normative », visant à lutter contre les inégalités : « The basic concern of this work has to do with inequality, which appears to mark all the different spheres of the organization of power—the social, political, and economic spheres—and which has historically affected some groups more than others (women, indigenous groups, African Americans, in particular). The main intuition will be that the institutional system had a significant responsibility in the consolidation of that political, economic, and social system, which remains, after 200 years of independence, profoundly unequal. Much of the book revolves around that problem: the limits set by the past, the difficulties in overcoming them, and the need to continue to address this issue today. » (*Ibid.*, p. x)

<sup>1687</sup> Son ouvrage de 2013 est une synthèse en anglais, aux éditions universitaires d'Oxford, des travaux constitutionnalistes régionaux à destination de ce public. Il a en outre été professeur invité aux universités américaines de Colombia, de New-York, et à Southwestern.

<sup>1688</sup> C'est une telle essentialisation qui fait dire à l'auteur que le constitutionnalisme nord-américain a apporté un individualisme conflictuel dans une conception latino-américaine de la conception des pouvoirs : « all the different constitutional models appear to be committed to a certain view of the citizen, which they took as their basic anthropological assumption », R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, *op. cit.* note 16, p. 55.

participatif, « moins » individualiste ou libéral<sup>1689</sup>, par la seule inscription des droits sociaux dans les textes des années 1990 et 2000.

On peut également supposer que le rôle du modèle nord-américain est exagéré dans une telle lecture. Par exemple, les écrits de James Madison sur l'objet du constitutionnalisme dans *The Federalists Paper* ne constituent pas une théorie constitutionnelle représentative du phénomène qui a eu lieu aux États-Unis. L'ambiguïté de l'approche de Roberto Gargarella tient à ce qu'il veut mettre en évidence à la fois la richesse et l'unité du constitutionnalisme qu'il propose de revaloriser : la richesse de débats anciens qui complexifient l'approche dominante du phénomène<sup>1690</sup> mais, dans le même temps, une convergence vers une certaine conception égalitaire au sein de ce phénomène. D'ailleurs, lorsqu'il sort de la critique des États-Unis pour s'intéresser aux contextes latino-américains, le juriste argentin l'admet : la judiciarisation acceptée par les mouvements de gauche à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle ont mené à une « individualisation de conflits qui étaient fondamentalement collectifs<sup>1691</sup> ». Il ne cible cependant pas tant les droits eux-mêmes qu'une « mauvaise greffe », dans le contexte de systèmes constitutionnels qui n'ont pas été changés par ailleurs quant à leur organisation des pouvoirs, restée bien moins loin des innovations apportées par les juristes et les juges dans le contentieux des droits sociaux<sup>1692</sup>. Le risque de tels discours inspirés d'une lecture décoloniale est de placer la focale sur l'aspect social du nouveau constitutionnalisme alors que celui-ci n'est peut-être pas si nouveau, et réinscrit par ailleurs des rapports de force favorables aux élites en place.

Dès lors, l'influence américaine et le néolibéralisme global dénoncés par les défenseurs d'un constitutionnalisme nouveau ou transformateur sont alors autant dirigés contre l'Occident que contre les élites politiques locales qui s'insèrent dans la globalisation. Les inégalités se retranscrivent dans la structure sociale des États eux-mêmes ; « qui sont les colons et qui sont les colonisés n'est plus si clair qu'il y a seulement soixante ans dans le sillage de la décolonisation du milieu du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1693</sup> ». La raison pour laquelle les droits sociaux sont adoptés dans le contexte de la Colombie ou de l'Afrique du Sud est, sans nécessité aucune, qu'ils paraissent être une bonne « langue », pour

---

<sup>1689</sup> Voir R. GARGARELLA, « Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” », *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 1, n° 27, 2018, p. 109-129.

<sup>1690</sup> « *Against those who may want to associate regional constitutionalism with chaos, anarchy, ignorance, or pure imitation, the idea is to explore its richness and also the consistency and evolution of the main constitutional projects at stake* », R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, *op. cit.* note 16, p. viii.

<sup>1691</sup> *Ibid.*, p. 130;

<sup>1692</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1693</sup> E. DARIAN-SMITH, « Postcolonial Theories of Law », *op. cit.* note 33, p. 251 : « *Who are the colonizers and who are the colonised is no longer as clear as it was only sixty years ago in the wake of the decolonisation moment of the mid-twentieth century* ». C'est en ce sens que Vivek Chibber critique les Subaltern Studies : en ce qu'elles rejettent la lecture des rapports de pouvoir et de domination issues du Nord, qui valent en réalité, dans le monde post-colonial, pour les sociétés du Sud comme du Nord.

parler comme Duncan Kennedy, ou des outils pertinents, pour suivre Günter Frankenberg<sup>1694</sup>, dans la perspective « d'une stratégie d'une partie des élites locales, laquelle a accès au pouvoir judiciaire et au discours juridique, à gérer les intérêts en conflit d'une manière particulière<sup>1695</sup> ». Il revient alors aux juridictions supérieures de ces pays de réguler les conflits qui ressortent des changements économiques locaux et globaux par rapport aux acquis sociaux précédents ou aux promesses des moments constitutifs.

## **B. Un constitutionnalisme critique ?**

Les discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur mêlent des postulats contradictoires relativement non seulement à la nature<sup>1696</sup> ou à l'origine mais aussi à la forme de la transformation visée, selon qu'elle serait dictée par la constitution elle-même ou appellerait à l'inverse à lui donner un sens spécifiquement transformateur (1). Là encore, une approche par les acteurs permet de mieux comprendre comment ces discours sont construits (2).

### **1. Une constitution transformatrice ou une transformation par la constitution ?**

Il est tout à fait typique que le terme même de constitutionnalisme transformateur ait été proposé par un auteur américain, et pas n'importe lequel, Karl Klare. Si son article est systématiquement cité, il y a fort à douter qu'il soit réellement admis pour ce qu'il est, c'est-à-dire l'usage du cadre d'analyse des *Critical legal studies* pour lire l'adoption récente de la Constitution d'Afrique du Sud. La théorisation d'un constitutionnalisme transformateur « post-libéral »<sup>1697</sup> vise alors le *Liberal legalism*, associé à H.L.A Hart, John Ely ou Ronald Dworkin, qui postule que les problèmes juridiques peuvent être résolus en connaissant le droit et que ce droit inclut des valeurs morales et politiques. Dans son texte de 1998, Karl Klare évoque deux transformations : une transformation de la société par le droit, en s'appuyant sur les dispositions relatives à l'égalité substantielle, aux droits sociaux ainsi qu'à l'effet horizontal des droits<sup>1698</sup>, mais également une transformation de la culture juridique et plus précisément du raisonnement, puisque les textes ne

---

<sup>1694</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1.

<sup>1695</sup> D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 46, p. 69 : « a strategy of a part of the local elite, the part with access to judicial power and legal discourse, to deal by mediation with a characteristic set of conflicting pressures »

<sup>1696</sup> Voir *supra*, chapitres 3 et 4.

<sup>1697</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1.

<sup>1698</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, n° 1, 1998, p. 146-188, p. 153, qui évoque le texte de 1996 en ces termes : « social, redistributive, caring, positive, at least partly horizontal, participatory, multicultural, and self-conscious about its historical setting and transformative role and mission. To put it another way, the Constitution embraces a vision of collective self-determination parallel to (not in place of) its strong vision of individual self-determination. »

contiennent pas leur sens en eux-mêmes et doivent être interprétés<sup>1699</sup>. Aussi, le texte séminal de 1998 relève plutôt d'une théorie générale du droit que du seul droit constitutionnel. Selon Klare, la dialectique entre liberté et contrainte qui anime le travail juridique en général se trouve mise en difficulté, dans le contexte sud-africain, par le conflit qui voit s'opposer d'un côté le respect de la règle de droit, avec une prétention à la neutralité, et d'un autre côté la promotion d'un idéal social fort, induisant un rôle politique des juges et juristes. Or, ce rôle aurait été inclus dans la Constitution elle-même en 1996 selon l'auteur : une coïncidence historique rare rend particulièrement inadaptée la distinction entre droit et politique héritée de l'Apartheid<sup>1700</sup>. Ce rapprochement donne lieu, dans le texte de 1998, à l'association inédite des termes constitution et transformation, un oxymore pour une pensée traditionnelle qui considère que les valeurs morales sont externes aux textes ou au contraire purement juridiques. En particulier, Karl Klare met l'accent sur l'inconfort des juristes qui ne peuvent alors plus prétendre à la neutralité et à la simple résolution de lacunes internes au système juridique<sup>1701</sup>.

Karl Klare poursuit alors dans le contexte sud-africain une approche typique des *Critical legal studies* auxquelles il est associé, à l'instar de celle de Duncan Kennedy qu'il cite. Le droit est conçu non comme une règle d'application mécanique ou comme une opinion subjective, mais comme un ensemble de contraintes qui sont elles-mêmes une construction sociale qui évolue<sup>1702</sup>. Duncan Kennedy parlait lui de matériaux juridiques (*legal materials*) que les acteurs travaillent (*legal work*) et qui portent des contenus politiques ou idéologiques : le droit est alors le processus qui consiste à *transformer* les préférences en arguments juridiques<sup>1703</sup>, tandis qu'à l'inverse, dans cette approche, le

---

<sup>1699</sup> *Ibid.*, p. 157 : « *As everyone knows, of course, adjudication runs head-long into the problems of interpretive difficulty and the indeterminacy of legal texts. Legal texts do not self-generate their meanings; they must be interpreted through legal work. Legal texts, particularly constitutions, are shot through with apparent and actual gaps (unanswered questions), conflicting provisions, ambiguities and obscurities. (...) In the face of gaps, conflicts, and ambiguities in the available legal materials, what's a decision-maker to do? Apart from abdication, there seems no option but to invoke sources of understanding and value external to the texts and other legal materials.* »

<sup>1700</sup> *Ibid.*, spec. p. 149 et p. 157 : « *We balk at the idea of transformative adjudication, because this suggests an invitation to judges, as distinct from legislators, to attempt in their work to accomplish political projects. To the contrary, the rule-of-law ideal enjoins judges to check their politics at the courthouse door. Judges are appointed neutrally to enforce laws set down by others, not to make politics. They are supposed to provide legal interpretations of texts, which means filtering out, as best they can, their 'personal' or 'subjective' views, or, what is taken to be the same thing, their 'political values' and 'ideological preconceptions.'* (In this respect, mainstream jurisprudence conflates the personal and the political.) *In all traditional accounts, the rule-of-law ideal is premised on a radical disjunction between law and politics and a sharp role-differentiation between what judges do and what politicians and political theorists do. So, the very idea of transformative adjudication seems out-of-place with in liberal legalism.* ».

<sup>1701</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>1702</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>1703</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997, par exemple p. 159-160 : « *we see the judge with an ideological project as "working in a medium", namely law, to bring about the rule choices he or she thinks are just. Sometimes such judges find it impossible to produce a good legal argument for the rule choice they prefer, and they find themselves "constrained" both by the internal force of their oath of fidelity in interpretation and by external pressure, to apply a rule that they would vote against were they legislators.* ». Duncan Kennedy admet alors la fidélité au droit, mais conçue comme une justification au sein de la communauté juridique : le juge est contraint de produire des arguments qui sont admis comme juridiques et, dès lors, mobilise ses opinions personnelles, autant que possible, au sein de cette contrainte. La rationalisation, comme processus, est susceptible de degrés mais le matériau, lui, qu'il soit relié ou non à un texte ou à un contexte, reste idéologique.

formalisme est une pensée ou une théorie qui postule que l'on peut résoudre une question de droit en opérant une déduction<sup>1704</sup>. Cette dernière relèverait alors d'un processus logique particulier, articulé ou masqué au sein d'une théorie du droit ou de la justice<sup>1705</sup>. Celle-ci résulte toujours d'un choix : aussi l'approche de Ronald Dworkin, et son juge herculéen en quête de la meilleure solution, n'est objective qu'en tant qu'elle rationalise un discours idéologique sur la justice<sup>1706</sup>. Le processus auquel s'intéresse Kennedy, lui, va au-delà d'un texte ou d'une validité normative ; un choix est juridique lorsque le sentiment de contrainte disparaît pour l'acteur et qu'un argument devient persuasif au sein de la communauté des juristes<sup>1707</sup>. Or, Klare notait en 1998 une contradiction historique dans l'anachronisme d'un milieu juridique sud-africain conservateur, hostile à l'idée d'une fonction politique du droit, alors qu'un certain progressisme gagnait la vie du pays, comme l'avait illustré le moment constituant<sup>1708</sup> ; soit l'exact inverse de la situation états-unienne, où les *Critical legal studies*, dans une démarche marxiste, mais plus largement des juristes aisément ouverts à la question politique, s'opposent souvent au pouvoir en place. Aussi, le texte de Karl Klare appelle à une auto-réflexivité des juristes sud-africains, afin qu'ils prennent conscience de l'aspect politique inévitable du droit constitutionnel de leur pays et des potentialités de l'activité juridique pour un idéal progressiste. Dès lors,

Les juges sud-africains (en particulier au niveau de la Cour constitutionnelle) devraient être encouragés à réexaminer leurs pratiques discursives en se demandant si le projet de transition démocratique ne leur permet pas un peu plus de marge pour une créativité et une innovation interprétatives qu'ils pourraient penser de prime abord.<sup>1709</sup>

Contre les critiques adressées à la légitimité des juges, les juristes doivent être « transformateurs et transparents », c'est-à-dire « conscients de l'aspect politique du contentieux constitutionnel »<sup>1710</sup>.

La proposition de Karl Klare est en quelque sorte une leçon de réalisme juridique et de théorie critique. Le juriste sudafricain Theunis Roux a alors reproché à l'auteur d'instrumentaliser

---

<sup>1704</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

<sup>1705</sup> Voir *infra*, section 2.

<sup>1706</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 74, p. 121s.

<sup>1707</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 161-162 et p. 166-167.

<sup>1708</sup> *Ibid.*, p. 168-170.

<sup>1709</sup> *Ibid.*, p. 174 : « *South African judges (particularly at the Constitutional Court level) should be encouraged to reexamine their discursive practices with an eye toward asking whether the project of democratic transition does not afford them a bit more scope for interpretive creativity and innovation than they might at first imagine (...).* »

<sup>1710</sup> *Ibid.*, p. 187 : « *To be transformative and transparent, rights discourse and legal reasoning need to be more candid and self-conscious about the politics of adjudication, indeed, they need to make a virtue of what has traditionally been thought of as a dilemma. Lawyers can best address problems concerning the democratic legitimacy of judicial power by honesty about and critical understanding of the plasticity of legal interpretation and of how interpretive practices are a medium for articulating social visions. And the capacity to be candid about the politics of adjudication in turn requires South African lawyers to reexamine their analytical and argumentative methods and to attend to the burden their legal culture imposes on their work.* »



la Constitution sud-africaine aux fins de « régler de vieux comptes de la théorie du droit anglo-américaine<sup>1711</sup> ». Sa conceptualisation serait peu recevable dans le contexte sud-africain, en opposant de manière factice une série de suggestions critiques<sup>1712</sup> « comme si le libéralisme était un projet idéologique clairement délimité » et « non-controversé<sup>1713</sup> ». À l'inverse, en proposant une lecture transformatrice de la Constitution, l'auteur américain réaliserait un travail interprétatif digne de la théorie du droit qu'il dénonce, en présentant sa lecture « post-libérale » et « transformatrice » du texte constitutionnel comme juste et nécessaire<sup>1714</sup>. Pour Karl Klare en effet, il ne fait pas de doute que les juristes doivent adopter sa position interprétative parce que la Constitution le leur imposerait. La résorption de la contradiction entre idéal constitutionnel et conservatisme juridique relève en effet d'une lecture du texte de 1996. Dès lors,

L'argument normatif est que la culture et la formation juridiques sud-africaines manquent d'une transformation ou d'un changement qui les rapprocherait d'une harmonie avec les valeurs et aspirations inscrites dans la Constitution.<sup>1715</sup>

C'est aussi un trait du discours constitutionnaliste sud-africain ou colombien que de supposer que la Constitution elle-même est transformatrice et que l'activisme judiciaire est en réalité la seule

---

<sup>1711</sup> T. ROUX, « Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference? », *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 258-285, p. 276 : « *The South African Constitution, I am in effect saying, cannot be used to settle old scores in Anglo-American legal theory* ».

<sup>1712</sup> C'est une méthode d'argumentation propre aux approches critiques que Roux désapprouve, jugeant que q'elle « *does not so much consist of a series of logically connected propositions as a set of suggestions and invitations, intended to provoke discussion, but studiously disavowing anything so hopelessly old-fashioned as a claim to truth. I have to confess that I find this strategy of arguing a point by not arguing it, or at least by saying that one is not arguing it, a little trying. At the risk of sounding like a "mainstream, traditionalist" liberal - which risk I happily run - I want to try to reconstruct Klare's argument in this section as a series of logically connected propositions, if only for purposes of responding to it* », *Ibid.*, p. 260.

<sup>1713</sup> *Ibid.*, p. 261-262 : « *non-contentious* » et « *uncontroversial* », « *as though liberalism were an ideological project that has clear conceptual boundaries* ». Aussi, « *I think that the postliberal reading, at the level of generality Klare offers it, is entirely non-contentious, and would be to any South African lawyer of whatever political persuasion and jurisprudential perspective. This is not to say that there are not South Africans out there who might disagree with it* » (p. 261), ou encore : « *At this level of generality, the response of just about everyone reading these words would be "Yes, OK." There is, in other words, absolutely nothing controversial in the identification of these features as being "essential". They are essential features of the constitutional text whether you like it or not. A conservative judge, for example, could hardly deny that the Constitution paid "close attention to gender and sexual identity". Indeed, the arch-conservative, formalist, everything-we-love-to-hate-about- Republican-appointed-judges Justice Antonin Scalia of the United States Supreme Court, if asked whether he agrees with this reading, would say, "yes, of course - that is what the text says."* » (p. 273)

<sup>1714</sup> *Ibid.*, p. 276 : « *All of the essential features Klare identifies are thus either textually uncontroversial or features that Dworkin's Hercules would readily identify as components of the political theory that best interprets the Constitution. Why then was Klare so reluctant to offer his postliberal reading as the best interpretation of that document? (...) Could it simply be that Klare realized that offering the postliberal reading as the best interpretation of the Constitution would have undermined his later dismissal of Dworkin's work? We cannot be sure. All that we know is that Klare deemed it unnecessary to offer his postliberal reading as the best interpretation of the Constitution, even though he thought it was.* »

<sup>1715</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 170 : « *The normative point is that South Africa's legal culture and legal education are in need of a transformation or leavening that will bring them into closer harmony with the values and aspirations enacted in the Constitution.* ». En effet, p. 171 : « *On April 27, 1994, South Africans authorized a new, transformed legal culture (among other accomplishments of that magnificent day)* ».

manière pour le juge de remplir le mandat qui lui a été confié<sup>1716</sup>. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a pu répondre à l'argument soulevé par le gouvernement selon lequel l'imposition d'obligations positives constituerait une violation de la séparation des pouvoirs, que si telle violation il y avait du fait de la décision de la Cour, elle était « mandatée par la Constitution elle-même<sup>1717</sup> ». Pour l'ancien président de la Cour constitutionnelle de Colombie Juan Carlos Henao, il ne faut plus voir le juge comme la bouche de la loi mais considérer la « nouvelle fonction » qui lui confère une approche du « droit comme un instrument du changement social »<sup>1718</sup>.

Il n'est alors pas fait de différence entre l'énoncé adopté par le constituant et le constitutionnalisme, c'est-à-dire l'ensemble des discours sur la norme constitutionnelle, qui peuvent alors reconstruire celle-ci en attribuant notamment différents sens à la transformation<sup>1719</sup>. La nécessité même de la transformation est pourtant rarement mise en doute. Karl Klare estime que le travail d'interprétation doit être le plus libre possible et que le conservatisme en matière de méthode juridique risque d'ajouter un degré de contrainte qui pénalise une lecture progressiste de la Constitution<sup>1720</sup>. Mais il estime que cette lecture progressiste est la seule possible. Une approche conservatrice s'observe à l'inverse lorsque le juge, notamment, intègre la considération des ressources pour limiter son interprétation des droits sociaux, tout en la considérant comme le fruit de la Constitution elle-même<sup>1721</sup>. En ce sens, Karl Klare associe étroitement un discours critique sur

---

<sup>1716</sup> Pour la Colombie, voir par exemple R. UPRIMNY YEPES, M. GARCIA VILLEGAS, « Corte Constitucional y emancipación social en Colombia », in B. DE SOUSA SANTOS (dir.), *Emancipación Social y Violencia en Colombia*, Editorial Norma, 2004, p. 73 et plus largement R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », in S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011, p. 39-54.

Voir également D. GONZÁLEZ MEDINA, « Explaining the Institutional Role of the Colombian Constitutional Court », in T. GINSBURG, A.Z. HUQ (dir.), *From parchment to practice. Implementing new constitutions*, Cambridge University Press, 2020, p. 189-207, p. 206. Voir par exemple *Ibid.*, spec. p. 206, qui évoque un large mandat, mais également une approche principielle qui laisse place à la création normative, un accès au juge qui facilite l'arrivée des questions politiques devant le juge, à côté d'une explication historique (le rôle du droit et des juges en Colombie) et d'une explication idéologique (la *self-conception* et l'image de la Cour). Ces explications ne sont toutefois pas confrontées entre elles et peuvent sembler contradictoires, puisque l'auteur évoque des facteurs institutionnels, qui sont des explications, à des facteurs normatifs, qui sont plutôt des justifications, voir p. 196 : « Because of the extensive nature of the 1991 Constitution, the CCC has "a lot to care about or to guard"; in other words, the CCC can conceivably have something to say about virtually every political and legal decision. Due to the principle-oriented style of this Constitution, the CCC has a huge space for constitutional interpretation and lawmaking in order to make concrete the abstract constitutional provisions. Given its regulatory character, this practically turns any public policy matter into a constitutional debate, under the scrutiny of the CCC. In sum, the blending of these factors reveals, in my opinion, that the normative design of the 1991 Constitution noticeably propitiated the protagonist role of the CCC. »

Pour l'Afrique du Sud, voir Karl Klare et Theunis Roux, *supra*.

<sup>1717</sup> CCAS, TAC, §99.

<sup>1718</sup> J.C. HENAO PEREZ, « Un cadeau en forme de pagamento à notre Terre Mère », in M. YZQUIERDO (dir.), *Les droits de la nature. Vers un nouveau paradigme de protection du vivant*, Le Pommier, 2022, p. 441-451, p. 441-442.

<sup>1719</sup> Voir *supra*, chapitre 3 et 4.

<sup>1720</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 171 : « Moreover, jurisprudential conservatism (as defined here) may induce a kind of intellectual caution that discourages appropriate constitutional innovation and leads to less generous or innovative interpretations and applications of the Constitution than are permitted by the text and drafting history. Even progressive judges comfortable with an activist role may take for granted limitations on their interpretive scope that owe more to tradition than to the responsibilities and obligations of their role under this Constitution. »

<sup>1721</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1.

le droit à un discours critique plus politique, favorable à la redistribution. Duncan Kennedy lui-même s'abstient d'une telle association et distingue l'approche critique du droit d'une approche postmoderniste du social, au prix d'un certain scepticisme vis-à-vis des notions universelles et donc des droits ; il doute que l'on puisse, en juriste, défendre les idées auxquelles il adhère lui-même<sup>1722</sup>. C'est le paradoxe qui a mené selon lui au déclin des *Critical legal studies* après les années 1970, leur adhésion au discours des droits ayant déradicalisé leur approche du droit au profit de la critique politique des structures sociales.

## 2. La reprise d'idées globales pour former un nouveau discours

À l'inverse, les discours dominants reprennent des postulats critiques et postcoloniaux dans des analyses qui relèvent pourtant du positivisme libéral le plus classique ou d'une approche de droit global qui postule des universels. Un exemple typique se trouve chez les auteurs qui ont proposé un *ius commune* en Amérique latine. La construction de ce discours est typique de celles observées jusqu'ici en termes de circulation. L'idée d'un fond commun régional en termes de droits et de mécanismes contentieux repose alors sur une convergence des différentes nations ainsi qu'un aller-retour entre elles et le système interaméricain des droits de l'homme. Les auteurs avancent qu'il ne s'agit pas uniquement d'une description de la réalité, mais d'un idéal à réaliser, selon une approche du droit constitutionnel qui semble emprunter à la transformation voulue par Klare<sup>1723</sup>. La culture juridique latino-américaine est alors présentée comme une influence nord-américaine alliée à l'autorité catholique, enrichie du « socialisme français »<sup>1724</sup> puis des idées allemandes sur

---

<sup>1722</sup> D. KENNEDY, « The critique of rights in Critical legal studies », *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, 2002, p. 178-227

<sup>1723</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », in A.V. BOGDANDY et al. (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University press, 2017, p. 3-26, p. 5-6 : « It aims at impacting reality. Law is a social construct. The terminology of lawmakers, courts, and legal scholars is not external to the law, but constitutive of it. Concepts are essential to create and shape the law. (...) like any legal concept, it is not neutral or agnostic. Through its link to transformative constitutionalism, it professes its normativity and becomes part of broad social processes. Indeed, many actors, not only jurists, want to change the political and social realities of Latin America in order to create the general framework for the full realization of democracy, the rule of law, and human rights, making Latin American countries more differentiated and more cohesive at the same time. As abstract and vague as this appears at first, such a project is in fact concrete and precise ».

<sup>1724</sup> Le constitutionnalisme latino-américain « has been around for over 200 years, and thus for much longer than many European states and most states in the world. Latin America has in particular labored with three constitutional ideologies : Conservatism, informed by catholic Spain ; liberalism, informed by the United States (U.S.) before the New Deal; and radicalism, informed by French socialism. », *Ibid.*, p. 8.

l'interprétation constitutionnelle et les droits fondamentaux<sup>1725</sup>. Il est alors significatif que les auteurs avancent que le fond commun régional « peut être utilisé pour faire advenir un agenda politique<sup>1726</sup> », alors que « le constitutionnalisme transformateur, comme le montre très clairement le cas sud-africain, est un phénomène global<sup>1727</sup> ». Le terme de transformation présent dès le titre a néanmoins été ajouté dans la synthèse en anglais des travaux du mouvement sans lui ajouter une substance nouvelle, et au prix d'une contradiction avec la prétention statique d'un fond commun, sans que l'on comprenne bien de quelle transformation il s'agit : les auteurs défendent en effet l'idée d'un syncrétisme juridique et jurisprudentiel qui porte peu d'attention à la politique et à la société<sup>1728</sup>, si ce n'est en tant qu'une vision très large du rôle politique des constitutions<sup>1729</sup>.

Une approche de la circulation des discours juridiques par les acteurs permet de comprendre cette aporie. Dans sa lecture des trois globalisations du droit, Duncan Kennedy s'intéresse, dans une approche postcoloniale, aux intérêts des élites locales dans la réception de la *legal consciousness* de leur époque, en partant notamment de la distinction entre les lieux de production et les lieux de réception du droit proposée par Lopez Medina. La « pensée libérale classique » du XIX<sup>ème</sup> siècle permet aux élites locales de développer des ensemble codifiés ou jurisprudentiels, à partir de l'exemple allemand ou français, via les empires coloniaux ou les sphères d'influence de l'Europe où viennent étudier les juristes, mais il s'agit surtout de s'approprier un historicisme local tout en

---

<sup>1725</sup> Les travaux du « *ius constitutionale commune* » ont été élaborés sur 10 ans à partir de plusieurs des pays concernés, en espagnol donc, et ont fait l'objet en 2017 d'une théorisation synthétique en anglais aux presses universitaires d'Oxford à destination d'un espace académique global. Surtout, le courant s'est en réalité construit autour du Coloquio Iberoamericano de l'Institut Max Planck de l'université Heidelberg. Comme l'admet Armin von Bogdandy qui dirige l'ouvrage, « *It seems odd, perhaps preposterous, to start a book on Latin America with a contribution from Germany, penned by an author who has never lived nor studied in the region* » (*Ibid.*, p. 27), mais, selon lui, l'apport extérieur permet précisément de concevoir la convergence des instruments juridiques en Amérique latine, lui qui fut « *trained in the messiness of European law* » (*Ibid.*, 28). Voir par exemple un ouvrage revenant sur les 20 ans de la Constitution colombienne soit publié par la fondation Konrad Adenauer et dirigé lui aussi depuis l'Allemagne, S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011.

<sup>1726</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 94, p. 5 : « *may be used to advance a transformative agenda* ».

<sup>1727</sup> *Ibid.*, p. 8 : « *transformative constitutionalism is, as the South African case shows most clearly, a global phenomenon* ».

<sup>1728</sup> F.P. GIMÉNEZ, A.M. ALTERIO, « Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America », *Blog de l'Association internationale de droit constitutionnel*, 22 octobre 2018, <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/10/21/book-review-transformative-constitutionalism-in-latin-america>

<sup>1729</sup> A.V. BOGDANDY et al., « Introduction », *op. cit.* note 94, p. 7 : « *Constitutions are not limited to the organization of politics ; they also project an idea of society* »

s'appropriant la civilisation occidentale<sup>1730</sup>. L'Afrique du Sud comme l'Amérique latine sont particulièrement concernées. Mais les transformations socio-économiques de la seconde industrialisation amènent, contre la logique déductive, à « repenser le droit comme une activité téléologique, comme un mécanisme régulateur qui permet et devrait faciliter l'évolution de la réalité sociale en accord avec l'idée d'une plus grande interdépendance sociale à tous les niveaux, de la famille au concert des nations<sup>1731</sup> ». C'est alors la constitution d'un corps social<sup>1732</sup> qui peut tout autant correspondre aux projets du Front populaire et du New Deal qu'aux projets d'indépendance du Sud<sup>1733</sup> ou à la réclamation d'une identité sociale pour les classes laborieuses d'une minorité, comme les Afrikaner en Afrique du Sud, tout en protégeant strictement les libertés individuelles et notamment le droit de propriété, « avec un droit privé et civil reprenant le formalisme de la métropole comme une résistance à la *Common law* du pouvoir colonial<sup>1734</sup> » britannique. L'Apartheid s'inscrit dans cette conception à partir des années 1920, en utilisant la science sociale d'alors pour développer des théories raciales puis en faire des législations précises qui viennent segmenter le corps social avec une grande rationalité. La Colombie connaît les deux visages de ce même mouvement : après le passage du pouvoir aux libéraux en 1930, qui ne l'avaient pas exercé depuis 50 ans, le pays connaît sous la présidence de Rafael Nuñez un réformisme social qui s'inspire

---

<sup>1730</sup> Cette conception a été imposée soit par les empires coloniaux européens, soit par une influence plus diffuse - des juristes du monde entier viennent alors apprendre en Europe -, du fait d'un « paradoxe » : si elle renvoie à une tradition nationale, l'abstraction des théories de la volonté, des libertés individuelles ou de la souveraineté permet son adaptation à tous les contextes. La tradition prime sur les règles venues de l'Occident et donne l'opportunité aux élites locales de s'approprier le droit occidental tout en participant à l'œuvre juridique des nations développées en retour. C'est la vision de l'École historique du droit de Savigny (reprise ensuite par l'exégèse en France), qui estime que le droit germanique est formé de règles qui proviennent de l'époque romaine : on notera que c'est à ce même projet que s'adonne Alan Watson lorsqu'il propose ses *legal transplants*. D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 46, p. 26-29, spec. 30 : « *The national elites could identify themselves with their respective "peoples," and sharply dissociate, if they were English or Russian, or for that matter Argentinean, or Egyptian, or Japanese, from the Germans and French. They could deploy European historicist legal theory to defend themselves against European legal hegemony – only Latin American jurists could "own" a Latin American law reflecting criollo consciousness, Japanese law should reflect the "spirit" of the Japanese people. The mission was the development of that law in particular, not universal or natural law, and its development in a world of formally equal nation states, rather than in the outer darkness of "barbarism."* (...) *Along with the particularist notion that every people had its own unique normative order, the jurists scattered across the periphery of independent nations and modernizing empires could affirm their participation in the developing sciences of legal obligation and international law, based as they were on an analytics of will, right, and sovereignty that had no obvious national particularity at all. They could develop their own slightly modified national versions of the Civil and Commercial Codes of the commercially, financially, and militarily dominant European powers, facilitating integration into the world market, without seeing themselves as traitors to their national constituencies.* »

<sup>1731</sup> *Ibid.*, p. 22 : « *rethinking law as a purposive activity, as a regulatory mechanism that could and should facilitate the evolution of social life in accordance with ever greater perceived social interdependence at every level, from the family to the world of nations* ».

<sup>1732</sup> *Ibid.*, p. 50 : « *A facile, but initially plausible interpretation would be that the social was a tool of elites facing precisely the absence of the social. That is, of elites put in charge of governing territories torn apart by class conflict, or containing wildly heterogeneous tribal, cultural, racial, and religious groups, first assembled as colonies according to the interests of the Empires and Great Powers, and then reparaeced at the moment of national independence according to the interests of the Great Powers and of the local elites who were to take their place. The ideology of the social was (perhaps) not a reflection of national particularity, but an instrument in the "imagining" of presently nonexistent national communities* »

<sup>1733</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>1734</sup> *Ibid.*, p. 50 : « *with civilian private law retaining the formalism of the minority's metropole as a symbol of resistance to the Common law of the colonial power* ».

explicitement à la fois du New deal de Roosevelt et de la révolution mexicaine de 1917, avec des lois sur le travail et l'éducation, l'émergence d'organisations syndicales<sup>1735</sup>. Lorsque les conservateurs reprennent le pouvoir en 1946, le président Gómez, qui avait visité l'Espagne franquiste, en ramène le corporatisme fasciste en proposant de faire élire les sénateurs par les corps intermédiaires et que les seuls chefs de famille puissent voter aux élections locales<sup>1736</sup>.

Il est frappant que les discussions n'abordent que rarement la divergence théorique sur la manière d'atteindre la transformation qui apparaît dans ce que Duncan Kennedy appelle une troisième globalisation du droit, celui du discours des droits et principes comme le fruit de l'interprétation juridique et d'un raisonnement d'optimisation. Les discussions se concentrent généralement sur la finalité, une transformation plus ou moins réalisée, qui relève pourtant d'une appréciation bien plus éloignée des préoccupations du juriste<sup>1737</sup>. C'est en ce sens qu'il est nécessaire de comprendre les discours critiques et la manière dont ils se sont intégrés aux discours dominants dans la conception que l'on peut avoir des droits constitutionnels et de leur effet sur la réalité sociale. Les différents discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur manquent parfois de relever la spécificité de cette troisième globalisation par rapport aux précédentes, rendant la présentation des circulations incomplète. Le risque des approches globales est de fondre dans un moule commun les discours dominants et les discours critiques. La narration qui accompagne une consécration globale des droits sociaux comme, plus récemment, des droits de la nature, participe d'un tel phénomène. La notion de transformation a été traversée par cette dévaluation du sens critique de la proposition initiale, au-delà d'une Afrique du Sud très connectée aux débats anglo-américains.

La confusion notée jusqu'ici dans les discours constitutionnalistes contemporains vis-à-vis du néolibéralisme vient du fait que la critique n'est pas toujours aussi radicale que celle qui postule un lien logique entre les droits sociaux et le néolibéralisme<sup>1738</sup>. Une seconde critique plus modérée du néolibéralisme vient présenter les droits sociaux comme un éventuel rempart, c'est-à-dire une garantie opposable aux effets du système économique. Intuitivement en effet, dans la droite ligne du constitutionnalisme démocratique, on pourrait dire que les droits sociaux ont fait office de garanties contre le déclin de la question sociale dans les décisions politiques, administratives et législatives. Le « social » n'a pourtant rien de l'évidence régulatrice qui préside à l'établissement de l'État social en Europe ou dans les pays décolonisés au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle ; il est devenu, avec

---

<sup>1735</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia : A Nation in Spite of Itself*, University of California Press, 1993, p. 181-200.

<sup>1736</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>1737</sup> Sur la réalisation et les effets des droits, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>1738</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2.

l'établissement du paradigme libéral, une cause politique. C'est précisément l'ouverture de la gauche aux droits sociaux qui a permis leur avènement<sup>1739</sup>, comme l'illustre la participation de guérilleros au processus constituant colombien de 1991.

Dans les différentes circulations, avant les années 1960, les États-Unis étaient bien plus un récepteur qu'une source. À la fin des années 1960 en revanche, un « néo-formalisme » nord-américain<sup>1740</sup> se diffuse qui met l'accent sur les droits et principes constitutionnels et leur pondération, reproduisant sous des auspices progressistes, en soutien aux juges de l'ère des droits civiques, le formalisme qui avait favorisé le libéralisme économique de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle à la Seconde guerre mondiale en passant par ce que l'on a appelé l'ère Lochner, lorsque les conservateurs dominaient les juridictions du pays<sup>1741</sup>. Comme le notent Yves Dezalay et Bryant Garth, « les États-Unis ont bâti leur hégémonie sur la base d'un anti-impérialisme qui s'est toujours exprimé à travers des idéaux humanistes<sup>1742</sup> ». Il y a un trait persistant dans la manière dont le droit est délibérément diffusé comme instrument du changement social, après la première tentative globalisée des années 1960<sup>1743</sup>. Précisément, le courant Droit et Développement, qui depuis les années 1960 a accompagné les programmes d'aide au développement socio-économique lancé par l'Amérique de Kennedy en Amérique latine et en Afrique, a vu ses auteurs se retrouver, dans les années 1970, dans ce que deux

---

<sup>1739</sup> R. GARGARELLA, « Constitutional grafts and social rights in Latin America », in G. FRANKENBERG (dir.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Elgar, 2013, p. 322-348, p. 130 : « *the Left (or at least an important part of it) seemed to have substantially abandoned (or substantially modified) its long-standing concern with the "social question."* Oddly, perhaps, the Left seemed to have learned to speak the liberal language of rights. (We shall come back to this point in the following chapter.) This was now the language that the same Left spoke when it had to say something about the social needs of the poorest, or the social protections required by the most disadvantaged. The Left found itself demanding the inclusion of new and more ample social rights in the Constitution, which it had never done before, at least in that fundamentally formalistic way. The notion of social rights seemed to have taken the place of its traditionally more complex and substantive approach to the "social question." In this way, also, the Left favored the judicialization of problems that were fundamentally political and also contributed to the individualization of conflicts that were fundamentally collective. ». Selon Véronique Champeil-Desplats, l'inclusion de droits sociaux dans les constitutions vient de ce que « *Les sociétés latino-américaines se caractérisent par un niveau de culture et de conscience sociale et politique élevé, même s'il existe des disparités d'un groupe social à l'autre. Les élites intellectuelles, quelles que soient leur sensibilités politiques, ont un très haut niveau de formation et de réflexion critique.* », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012.

<sup>1740</sup> La diffusion n'est là encore pas uniquement nord-américaine : l'ordolibéralisme allemand ou la « justice constitutionnelle kelsénienne » ne doivent pas être oubliés, Kennedy 2006, 69. Car à nouveau, « *there is a process of selection, in which legal elites around the world choose to be dominated in one way rather than another* ».

<sup>1741</sup> Voir D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, op. cit. note 74, p. 133s.

<sup>1742</sup> Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais*, op. cit. note 47, p. 25.

<sup>1743</sup> Il est tout à fait crucial pour l'essor ultérieur de l'usage du droit dans les projets de transformation sociale de noter que les auteurs du courant Droit et développement « *manifested a pervasive belief in the ultimate efficacy of legal rules as instruments of social change. Paradoxically, this belief is underscored by the widespread awareness of the gap between law in action and law in the books. Where it becomes apparent that immediate rule changes will not affect social behavior, attention shifts to the institutional changes that will be needed to guarantee that this will occur. Thus when the literature discusses problems of "penetration" and legal "effectiveness," its concern is to narrow the gap between law in action and law in the books. This gap is seen as symptomatic of legal and social "underdevelopment," a malady to be cured by vigorous social engineering* ». (D.M. TRUBEK, M. GALANTER, « Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis of law and development studies in the United States », *Wisconsin law review*, vol. 1974, n° 4, 1974, p. 1062-1102, p. 1079). Dit autrement, « *it took for granted the existence of some natural tendency for legal systems in the Third World to evolve in the direction of the ideal model of liberal legalism.* » (Ibid., p. 1079).

auteurs majeurs du champ ont qualifié de « *self-estrangement*<sup>1744</sup> », lorsqu'ils se sont rendus compte que l'influence américaine qu'ils avaient participé à bâtir dans le cadre de la guerre froide jurait avec leurs intentions démocratiques initiales, et sans donner lieu au progrès voulu. La croyance « aveugle » en un *Liberal legalism* qui voyait dans le droit l'instrument nécessaire d'une émancipation individuelle et d'une plus grande égalité, en formalisant les intérêts sociaux qui auraient alors relevé du *rulemaking* et non du seul désir des dirigeants, les a empêchés de voir que les gagnantes de ce processus étaient avant tout les élites juridiques et politiques en place<sup>1745</sup>. Il s'agissait alors surtout d'exporter une vision non seulement ethnocentrique, mais aussi mythologique du droit « libéral » américain alors naïvement débarrassé des rapports de pouvoir qui se glissent entre la *law in books* et la *law in action*<sup>1746</sup>, mais les auteurs n'excluent pas qu'il ait pu s'agir d'espérer que le modèle idéal fonctionne mieux ailleurs qu'aux États-Unis<sup>1747</sup>. Si « la greffe n'a pas pris » dans le Sud, les bases de l'idée d'un développement socioéconomique par le droit étaient néanmoins posées ; elles allaient par ailleurs orienter les organisations internationales vers la consolidation de la *rule of law*<sup>1748</sup>.

Un trait caractéristique des discours constitutionnalistes du Sud est qu'ils sont co-construits par des auteurs qui viennent défendre sur les terres sud-africaines, colombiennes et souvent internationales les idées qui n'avaient pas toujours un grand succès chez eux, remplissant alors la même fonction que les discours qui, des États-Unis, plaident pour un droit constitutionnel global afin de lutter, chez eux, contre la thèse exceptionnaliste associée aux juristes conservateurs<sup>1749</sup>. Un excellent exemple est l'influence de Frank Michelman en Afrique du Sud, qui a d'ailleurs donné un séminaire aux juges de la première cour constitutionnelle<sup>1750</sup>. L'auteur américain (qui ne se réclame pas des *Critical legal studies*) est en effet venu défendre dans le pays du constitutionnalisme transformateur les positions minoritaires qu'il défendait dans son pays depuis les années 1970, à savoir la consécration de droits sociaux au niveau constitutionnel. La théorie de la justice proposée

---

<sup>1744</sup> *Ibid.*. Cette expérience malheureuse a provoqué le retournement de beaucoup d'auteurs du courant Law and Society vers des études contextualistes, voir R. COTTERELL, « Transnational Communities and the Concept of Law », *Ratio Juris*, vol. 21, n° 1, 2008, p. 1-18.

<sup>1745</sup> D.M. TRUBEK, M. GALANTER, « Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis of law and development studies in the United States », *op. cit.* note 114, p. 1076.

<sup>1746</sup> *Ibid.*, p. 1081-1082.

<sup>1747</sup> *Ibid.*, p. 1091.

<sup>1748</sup> Selon Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais*, *op. cit.* note 47, 24-25, « les missionnaires ont largement sous-estimé les hiérarchies nationales et les structures de pouvoir dans lesquelles s'inscrivaient ces savoirs et ces usages du droit qu'ils prétendaient moderniser ». C'est précisément lorsque les intérêts des différentes élites se recouperont, à la fin des années 1970, que la circulation juridique pourra vraiment commencer, alors que les progressistes perdent le pouvoir aux États-Unis et investissent les cercles internationaux, de la même manière que, depuis une dizaine d'années, les néolibéraux voyaient leur expertise réutilisée par les nouveaux économistes d'État latino-américains.

<sup>1749</sup> Voir note supra : Tushnet, Weinrib, Law.

<sup>1750</sup> W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 135-175, spec. p. 135.



par John Rawls en 1971 lui donnait l'occasion d'insérer sa proposition dans une conception « socialisée » du contrat social. Klare Klare est un second exemple. Le conservatisme juridique qu'il évoque renvoie au progressisme des juristes associés au réalisme par lui aux États-Unis, et il assume professer la transformation par rapport à ces derniers : la différence du Sud d'avec le Nord est justement que le conservatisme, dans le contexte post 1996 sud-africain, y serait juridique mais le progressisme politique<sup>1751</sup>. Ces auteurs nord-américains nourrissent alors les débats locaux d'arguments, au-delà de leur propre action mais comme simple ressource disponible, et participent à la formation du langage du constitutionnalisme. Les discours critiques trouvent alors dans les pays plus ouverts aux droits sociaux un terrain favorable à leur critique du libéralisme américain<sup>1752</sup>.

Les discours critiques viennent alors se diluer dans ce que Duncan Kennedy a analysé comme une troisième globalisation du droit. Les *Critical legal studies* présentent en effet une ambiguïté en ce qu'ils renvoient autant à une théorie sociale critique, d'inspiration européenne, et qui vise le droit comme d'autres aspects peuvent viser les prétentions rationalistes en général, qu'à une critique de gauche du libéralisme américain, au profit d'approches communautaires ou égalitaires<sup>1753</sup>. Mais le second aspect n'efface pas nécessairement le premier. Même dans le contexte états-unien, la transformation projetée est avant tout la reconnaissance du rôle de l'idéologie dans le raisonnement juridique : à la diffusion des idées juridiques a répondu une « globalisation de la critique »<sup>1754</sup>.

Les leçons du réalisme américain dont se réclamaient les missionnaires ont en quelque sorte été oubliées dans l'export : la circulation a eu un prisme idéaliste et formaliste, par-delà les rapports de force des lieux de production comme de réception. C'est alors l'aspect le plus « néo-formaliste », pour reprendre les termes de Duncan Kennedy, qui parviennent avec les idées de Dworkin et même de Hart dans les années 1990 en Colombie, qui est alors un « monde pré-réaliste<sup>1755</sup> », où la théorie dominante est une version particulièrement sèche des idées de Kelsen<sup>1756</sup>. Les idées ont en outre perdu une partie de la substance critique qu'elles avaient dans les conflits idéologiques de leur contexte initial, qui lui-même connaît une réduction des discours critiques dans les années 1990<sup>1757</sup>.

---

<sup>1751</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, spec. p. 168-171.

<sup>1752</sup> Un auteur emblématique des CLS comme Dave Trubek passe deux ans au Brésil où il rencontre un autre auteur phare, et enseignant aux États-Unis mais originaire du pays – il en fut même ministre dans les années 2000 –, Roberto Unger, D. KENNEDY, « The globalisation of Critical discourses on law : thoughts on David Trubek's contribution », in G. DE BURCA, C. KILPATRICKA, J. SCOTT (dir.), *Critical legal perspectives on global governance. Liber amicorum David M. Truhecke*, Hart Publishing, 2014, p. 3-14, p. 8-9.

<sup>1753</sup> D. KENNEDY, « The critique of rights in Critical legal studies », *op. cit.* note 93, p. 178s.

<sup>1754</sup> D. KENNEDY, « The globalisation of Critical discourses on law : thoughts on David Trubek's contribution », *op. cit.* note 123.

<sup>1755</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46, p. 442.

<sup>1756</sup> Voir *supra*.

<sup>1757</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 74, p. 56. D. KENNEDY, « The globalisation of Critical discourses on law : thoughts on David Trubek's contribution », *op. cit.* note 123, p. 11-12.

La justification du rôle des juges en matière de droits aux États-Unis, sous-tendue par un postulat formaliste quant au discours constitutionnel, s'est constitué à partir des années 1960 autour de la jurisprudence de la Cour suprême de l'ère Warren et son rôle vis-à-vis du mouvement des droits civiques, sans pour autant que cela ne se traduise par la justiciabilité de droits sociaux constitutionnels<sup>1758</sup>. Face à l'inertie qu'ils déploraient dans le droit constitutionnel de leur pays, les auteurs qui avaient animé le débat critique américain ont trouvé dans le champ comparatiste, et dans ce Sud global où un constitutionnalisme semblait réémerger sous des habits transformateurs, un lieu où faire valoir leurs vues<sup>1759</sup>. La circulation des idées de la théorie constitutionnelle ne peut pas se comprendre hors des conflits qui ont lieu dans l'espace de diffusion états-unien. L'alternance entre le progressisme des Démocrates d'un côté, et le conservatisme du parti Républicain de l'autre, se fait dans une stabilité qui ne conteste jamais la *rule of law*<sup>1760</sup>, ce qui a conduit, selon Duncan Kennedy, à la diffusion d'une « critique virale post-réaliste<sup>1761</sup> », largement interne à la *rule of law* ; les postulats du réalisme juridique des années 1920 ont alors selon lui « contaminé » l'ensemble de la pensée juridique américaine, en perdant leur valeur critique, admettant largement les valeurs politiques associées au schéma partisan, mais sans nécessairement les relier à celui-ci et en les concevant comme des valeurs et principes propres au système juridique lui-même<sup>1762</sup>. Lorsque Karl Klare vient dire que la Constitution sud-africaine est transformatrice car « post-libérale », il répond à ce contexte en s'opposant au *Liberal legalism* dominant, du point de vue des *Critical legal studies*, mais

---

<sup>1758</sup> Deux organisations défendent plus précisément les droits sociaux, la *National welfare rights organization* et l'AFDC (*Aid to Families with Dependent Children*) créée en 1935, en élaborant la notion de citoyenneté sociale autour de la notion d'égalité contre le détricotage des programmes fédéraux progressistes, y compris devant le juge, lors de ce que l'on a appelé l'ère *Lochner* du nom de la décision fondatrice de la Cour suprême en matière de liberté d'entreprendre, W.E. FORBATH, « A Not so Simple Justice: Frank Michelman on Social Rights, 1969 – Present », in A. VAN DER WALT (dir.), *Theories of Social and Economic Justice*, Sun Press, 2005, p. 72-107, p. 75-87.

Voir D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, op. cit. note 74, p. 80s. Voir *infra*, chapitre 8.

Samuel Moyn voit son hypothèse confirmée lorsqu'il observe que le « second Bill of rights » proposé par Roosevelt en 1944, et qui comporte des droits économiques et sociaux, a surtout reçu une visée politique au soutien d'une politique égalitaire, sans lien sérieux avec la Constitution américaine, S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018, p. 68-88, tout en proposant une vision du changement social qui, par l'octroi de droits individuels, reste conforme à l'idéal libéral du constitutionnalisme américain, « *Formulating the expansive agenda through a rhetoric of individual rights made planning for social justice appear compatible with American traditions and especially with culturally inveterate libertarianism.* », *Ibid.*, p. 81.

<sup>1759</sup> Jusqu'à se détourner de l'arène judiciaire dans leur entreprise, comme l'explique William Forbath, W.E. FORBATH, « A Not so Simple Justice », op. cit. note 129, p. 99-100 : « *their view was this: the need to make the constitutional tradition's distributive imperatives into direct claims against the state did not compel divorcing constitutional from political economic discourse; it did demand detroning the courts and installing Congress and the 'active branches' as the nation's new 'constitutional political economists.'* (...) *They sought to advance a more dialogic and democratic mode of constitutional interpretation and decisionmaking.* » Voir les travaux de Mark Tushnet ou Bruce Ackerman, *infra*, chapitre 7.

<sup>1760</sup> Comme l'explique D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, op. cit. note 74, p. 47 : « *Both sides favor majority rule, individual rights, and the rule of law; both embrace Judeo-Christian moral codes; both favor a regulated market economy with safety nets.* »

<sup>1761</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>1762</sup> Duncan Kennedy lui-même note que le mot politique renvoie trop souvent à une politique publique en français, *Ibid.*, p. 109.

en soutenant la vision sociale que promeut le texte selon lui et qu'il ne retrouve pas dans le droit constitutionnel étatsunien<sup>1763</sup>.

C'est alors un retournement du concept de droit qui a lieu dans la circulation. Peer Zumbansen observait en 2008 un tournant « ironique » dans l'émergence d'un droit discursif, réflexif ou auto-poïétique, c'est-à-dire un raisonnement autoréférencé, fondu dans le droit global et détaché des conflits particuliers<sup>1764</sup>. Contre le formalisme du positivisme auquel s'opposaient le réalisme et la théorie critique au XX<sup>ème</sup> siècle, au nom d'un idéal social et d'une certaine instrumentalité du droit pour le réaliser, et contre l'idée même du droit tel qu'il avait été conçu jusqu'ici et associé désormais à la contestation politique du modèle de l'État-nation, l'idée nouvelle de régulation admet la fragilité des raisonnements juridiques et la pluralité des sources de droit<sup>1765</sup>. Cette pensée globale conçoit le droit comme une forme de communication omniprésente<sup>1766</sup>, avec la conséquence de sortir le droit des conflits sociaux particuliers et d'accroître la légitimité d'un droit post-étatique. Ce qu'une telle discussion manque toutefois est le rôle du juge, qui est demeuré fort dans l'ensemble des systèmes juridiques même s'il suscitait parfois la méfiance des auteurs de ce

---

<sup>1763</sup> C'est que les *Critical legal studies* sont loin d'adhérer au *rule skepticism* du réalisme américain, et supposent à l'inverse que les règles de droit peuvent être claires, mais qu'elles sont idéologiquement marquées : du point de vue assumé de la gauche, les *Critical legal studies* veulent précisément que les règles de nature sociale soient privilégiées, de même qu'elles ne partagent pas la critique de l'activisme judiciaire élaborée (entre autres) par le réalisme, voir *Ibid.*, p. 59-60. À l'inverse, Theunis Roux semble s'inscrire tout à fait dans la ligne d'une critique « post-réaliste » du droit qui reconnaît la dimension politique de l'interprétation mais lui accorde une certaine objectivité principielle.

<sup>1764</sup> P. ZUMBANSEN, « Law after the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, n° 3, 2008, p. 769-808. L'auteur associe à ce mouvement des auteurs comme Gunther Teubner, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Martti Koskenniemi et d'autres auteurs du courant du pluralisme juridique et du droit global, mais aussi un tournant global des études critiques, avec notamment Mark Galanter, Dave Trubek et Duncan Kennedy.

<sup>1765</sup> Il s'agit également d'un dépassement des premiers travaux sur l'idée de régulation, qui cherchaient à sauver le pouvoir normatif de l'État social en le concevant d'une manière plurielle, *Ibid.*, p. 793 : « concepts of "responsive" or "reflexive" law had emerged at the intersection between a turn to or away from law as a means of social regulation. Both responsive and reflexive law had sought a way out of the dilemmas which had been identified by both progressive and conservative critics of regulation and "juridification." In light of the growing awareness that legal regulation would have to deal simultaneously with an increasingly complex society riddled with conflicting interests and identities on the one hand, and with a dramatically expanding scope of governmental regulation of areas of society previously seen as remote, self-reliant and "private" on the other, legal theory had to conceptualize a new model of law adequate to this challenge. Responsive/reflexive law offered just that. In an ingenious and very ambitious way, responsive/reflexive legal theorists suggested an understanding of legal regulation as a process that could not be initiated from a central, elevated place of sovereignty in terms of power and knowledge. Instead, law would have to be understood as inherently caught up in the conflict-ridden processes of a functionally differentiated society. »

<sup>1766</sup> *Ibid.*, p. 807-808 : « Rejecting the idea that law, from any single "outside" point, could determine the outcome of social conflicts, autopoietic law stresses the way in which law is a mere, yet highly particular, form of communication. Building on the concept of a functionally differentiated society, the law can no longer be seen as performing a particularly determinative or representative function with regard to economic, political or other interests but itself can only perform a legal function. Instead of being removed from society, law is part of it, everywhere exposed to and in communication with it. ». La notion de régulation a émergé dans les années 1990 pour qualifier les phénomènes qui allaient avec la juridicisation de la coopération internationale, souvent par des formes nouvelles de droit comme la *soft law* et la négociation et un atténuation de la distinction entre autorités publiques et personnes privées.

droit global épuisé par les doutes des formalistes comme des courants critiques<sup>1767</sup>, et qui s'est même renforcé, dans des pays comme la Colombie et l'Afrique du Sud, en reproduisant les nouveaux présupposés globaux à l'intérieur du raisonnement de juges nationaux.

À l'inverse, la circulation de théories critiques vers le Sud, où elles sont présentées comme une opérationnalisation concrète et réussie, peut revenir vers le Nord. Les constitutionnalismes de pays du Sud sont désormais utilisés au Nord pour défendre en retour les approches critiques. Michaela Hailbronner a défendu de manière célèbre que le constitutionnalisme transformateur n'était pas propre au Sud mais pouvait également se retrouver au Nord et notamment à l'Allemagne dont elle est originaire du fait de la jurisprudence substantielle du Tribunal constitutionnel<sup>1768</sup>. L'auteure appelle alors à des comparaisons Nord-Sud et compare elle-même l'approche plutôt centralisée de ce dernier à l'approche plus collaborative de la Cour suprême indienne. Cette approche peut appeler deux remarques. D'une part, cette extension se fait au prix d'une définition déflationniste du constitutionnalisme transformateur puisqu'il est théorisé comme un changement social par la Constitution et détaché de la seule question de l'égalité sociale et des droits sociaux. D'autre part, si Michaela Hailbronner cherche à déplacer vers le Nord le constitutionnalisme élaboré en Afrique du Sud, c'est surtout le constitutionnalisme transformateur qui s'est inspiré du Nord dans trois directions vues plus haut : des États-Unis pour les termes du débat entre droit et politique, d'Europe pour les inspirations socialisantes, et enfin d'Allemagne pour l'approche des droits fondamentaux.

## §2. Les apories de l'intégration des valeurs et principes au droit

L'intégration d'un discours dogmatique au sein d'un constitutionnalisme qui emprunte à des éléments critiques marque les discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur (A). Aussi, en Afrique du Sud et en Colombie, l'importation des idées constitutionnelles globales à partir des années 1990 a participé à la justification du rôle des nouvelles cours constitutionnelles au sein d'un discours qui est la continuité autant que le dépassement de la théorie constitutionnelle alors disponible (B).

---

<sup>1767</sup> *Ibid.*, p. 798-799. En quoi l'auteur voit émerger un nouveau formalisme, y compris de la part d'auteurs fonctionnalistes ou critiques (il cite Duncan Kennedy), puisqu'ils mettraient en avant le rôle du pouvoir politique, notamment du législateur, comme représentant un compromis entre les intérêts dans l'adoption des normes. Cela aboutit souvent, selon l'auteur, à mettre en avant les capacités autorégulatrices de la société au lieu de l'État et du juge, mais cette conclusion nous semble moins s'appliquer aux courants critiques qui privilégient le rôle du citoyen ou des représentants dans le droit plutôt que du marché.

<sup>1768</sup> M. HAILBRONNER, « Transformative constitutionalism: Not only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, n° 3, 2017, p. 527-566

## A. Du formalisme au néoformalisme ?

Le discours des droits sociaux dans les deux pays s'est construit contre un formalisme juridique qui rejoint paradoxalement un objectivisme moral (1). Ses contradictions le rapprochent d'un formalisme et l'éloignent d'une neutralité axiologique (2).

### 1. Du formalisme à l'objectivisme moral

Le terme de formalisme renvoie à plusieurs sens malgré son acceptation sous des airs d'évidences. Il s'agit généralement de la condamnation d'un raisonnement juridique déductif ou d'un déni de la dimension politique, morale ou éthique de ce raisonnement, ce qui revient à interroger le degré de contrainte qu'un énoncé fait peser sur l'interprète<sup>1769</sup>. Si les auteurs critiques tels que Klare associent les deux dimensions pour valoriser un raisonnement ouvert aux questions politiques, ce n'est pas nécessairement le cas des discours dominants, également inspirés par une approche principielle telle que celle de Ronald Dworkin. Ces discours ne voient pas dans l'énoncé l'application mécanique de règles – et dénoncent tout autant le formalisme – mais conçoivent néanmoins les principes comme juridiques, au sens où ils seraient inclus dans le texte constitutionnel. H.L.A Hart a proposé de manière célèbre de maintenir une distinction entre le droit et la morale en pensant l'ordre juridique comme un système autonome de règles, identifiées à l'aide d'un test de validité formelle d'une règle secondaire par rapport à une règle primaire réglant sa production<sup>1770</sup>. Son approche est d'autant mieux reçue dans le raisonnement des droits qu'il admet qu'il existe des cas faciles d'interprétation et des cas difficiles (*hard cases*), dans lesquels le vague des énoncés ou de concepts juridiques, à la « texture ouverte » (*open texture*), implique un choix discrétionnaire<sup>1771</sup>. Or, dans les raisonnements contemporains, l'approche mixte qui distingue interprétation contrainte et lacunes axiologiques a été en partie remplacée par les thèses néoconstitutionnalistes, souvent associées à Ronald Dworkin et Robert Alexy, lesquelles reposent sur l'idée d'une connexion nécessaire entre droit et morale, de principes qui se distingueraient des règles en reposant sur un raisonnement par pondération plutôt que par subsomption ou déduction<sup>1772</sup>.

---

<sup>1769</sup> F. SCHAUER, « Formalism », *Yale Law Journal*, vol. 97, n° 4, 1988, p. 509-548, spec. p. 510-511. Pour l'auteur, la conception la plus étroite du degré de contrainte, c'est-à-dire le formalisme le plus étroit, est ce qu'il qualifie de littéralisme, tout en admettant la dimension métaphorique du terme, tant aucun interprète ne conçoit l'interprétation comme une lecture littérale pure, *Ibid.*, p. 538.

<sup>1770</sup> H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford University Press, Clarendon law series, 1961, p. 77s.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, p. 151-180.

<sup>1772</sup> M. BARBERIS, « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », *Revus*, n° 25, 2015, p. 114s.

Ronald Dworkin, qui fut élève de Hart à Oxford avant de revenir aux États-Unis comme professeur à Harvard, a contesté cette approche avec une certaine popularité. Il faut selon lui distinguer les règles, qui suivent l'enseignement hartien, des principes qui ne peuvent faire l'objet de déduction ou de simple application, qui admettent des exceptions et qui ne prévoient pas les détails de leur application, mais se comprennent à l'inverse comme une pondération<sup>1773</sup>. La distinction a servi de fondement aux théories qui s'intéressent à la concrétisation des droits par la mesure de la proportionnalité des atteintes qui leur sont portées plutôt qu'à la conformité d'une norme à une autre<sup>1774</sup>. L'originalité de l'œuvre de Dworkin est qu'il estime que la connaissance des principes implique certes d'introduire un raisonnement moral dans le droit<sup>1775</sup>, contrairement à la distinction traditionnelle entretenue par Hart, mais qu'elle ne constitue pas pour autant une création. Selon cette approche, le juge ne fait jamais de choix discrétionnaire, même lorsque le cas est difficile, mais choisit la bonne solution au problème posé<sup>1776</sup> en la cherchant notamment dans l'interprétation réalisée par la communauté juridique dans son ensemble<sup>1777</sup>. Ronald Dworkin renvoie alors la validité juridique hors de la conformité à une norme supérieure conçue par Kelsen ou Hart<sup>1778</sup>.

Chez Hart comme Dworkin, l'activité juridique se distingue du formalisme conçu comme l'application mécanique de règles et inclut, dans des dimensions variables, des notions substantielles, à l'instar de la dignité humaine, qui portent des présupposés politiques ou moraux<sup>1779</sup>. On peut adresser deux critiques à l'inclusion des valeurs dans le raisonnement juridique du point de vue d'une théorie du droit. L'une renvoie au rôle du juge dans la démocratie et conteste la définition des valeurs par lui<sup>1780</sup>. L'autre renvoie aux conditions de vérité des énoncés qui prétendent fixer des valeurs constitutionnelles. Comment relier ces valeurs à la Constitution ? La question semble exclure d'office un jusnaturaliste qui situerait la source du droit hors de la volonté humaine. Les discours

---

<sup>1773</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, "The Model of Rules I", p. 14-45.

<sup>1774</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1775</sup> Dans le contexte étatsunien, Ronald Dworkin cherche notamment à distinguer les principes des *policy arguments*, compris comme des préférences politiques, économiques et sociales, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.* note 144, p. 38s. La nature politique des *policy arguments* est alors admise, par définition, dans les discussion américaines. Ils ont néanmoins fait l'objet d'une première rationalisation dans les années 1960 par Herbert Wechsler, qui y voit des « principes neutres », énonçant des valeurs propres à la société, et neutres car issus d'un compromis social et historique, notamment par leur énonciation première par le législateur. Mais Ronald Dworkin est lui préoccupé par le pouvoir du juge, qui est devenu évident au fil de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et qu'il ne veut ou ne peut plus simplement écarter après les travaux des réalistes américains.

<sup>1776</sup> R. DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 81-92

<sup>1777</sup> R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 51-79. Le droit est alors conçu comme une pratique sociale, au sein d'une communauté d'interprète, ce qui pourrait ressembler à une définition du droit par son acceptabilité et un caractère discursif si Ronald Dworkin ne reniait pas le caractère créateur – bien que non nécessairement individuel et restreint au juge – d'un tel processus. Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1778</sup> M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 41-56, spec. p. 49-50.

<sup>1779</sup> Voir *supra*, chapitre 4.

<sup>1780</sup> Voir *infra*, chapitres 7 et 8.

judiciaires oscillent en général entre deux positions<sup>1781</sup> : une théorie positiviste maintient un lien avec le texte, jusqu'à estimer que les normes sont contenues dans le texte et qu'il suffit de les appliquer par une déduction ; par ailleurs, une théorie réaliste estime à l'inverse que les normes sont les interprétations produites, procédant d'un choix, et non d'une opération déductive, perspective dans laquelle s'insère Karl Klare, en y ajoutant un argument sur les rapports de pouvoir et le rôle politique des juristes, typique des *Critical legal studies*. La réalité des discours judiciaires est bien sûr plus complexe que ces théories, qui elles-mêmes ne sont pas des entités bien délimitées. Une approche populaire, parfois qualifiée de mixte<sup>1782</sup>, qui distingue les cas faciles, relevant d'une simple application distincte de la morale et de la politique, et les cas difficiles, dans lesquels il y a interprétation, à partir notamment de la théorie du droit proposée par Herbert Hart.

Or une telle approche laisse subsister une contradiction possible entre une connaissance du droit qui serait objective et la subjectivité des valeurs que le droit consacrerait, c'est-à-dire entre un raisonnement sur la validité des normes et un jugement moral : on est alors amené à dire soit que les valeurs et principes sont intégrés au texte constitutionnel, et donc à refuser le pouvoir du juge, soit qu'il existe une axiologie ou une fondamentalité qui préexiste et appelle à leur positivation, ce qui relève d'une pensée jusnaturaliste<sup>1783</sup>. En postulant qu'il existe des principes qui sont juridiques et n'appellent pas à un choix politique, mais ne sont pas réductibles au système de validité des règles en évoquant la morale substantielle, l'approche mixte est ouverte aux critiques adressées aux approches positiviste comme jusnaturaliste. Ronald Dworkin lui-même a été accusé de postuler un objectivisme moral selon lequel les principes et valeurs s'imposeraient *in fine* au juge puisqu'ils seraient inscrits dans le droit, et donc en postulant que le droit et ces principes et valeurs sont susceptibles d'une connaissance claire<sup>1784</sup>.

Lorsque Theunis Roux définit les contraintes pesant sur les juges, il définit des contraintes juridiques comme étant celles de l'argumentation et les contraintes politiques comme l'indépendance institutionnelle ; dès lors, le recours aux principes permet de contourner l'affrontement politique au sens institutionnel en développant une rationalité purement juridique. Or, si l'on a une vision plus large du politique, qui comprend les valeurs et principes qui gouvernent la vie de la cité, c'est précisément par une redéfinition du politique que les juges forment, fondent et justifient leur pouvoir ; ils doivent alors démontrer que ce politique est juridique au sens où il

---

<sup>1781</sup> Voir P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde"?*, De Boeck, 2011, p. 245-260.

<sup>1782</sup> J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n° 1, 1978, p. 3-16

<sup>1783</sup> P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », *op. cit.* note 152, XXX ?

<sup>1784</sup> Il participe alors d'un jusnaturalisme caché, selon la critique célèbre de R. GUASTINI, « Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin », *Droit et société*, vol. 2, 1986, p. 15-22.

serait une contrainte objective pesant sur eux et la société. Pour défendre l'approche mixte ou principielle inspirée de Ronald Dworkin, l'auteur sud-africain avance lui un argument conventionnaliste : c'est parce que les acteurs de la culture juridique adhèrent à ses idées qu'elles sont adaptées, et qu'*a contrario* l'analyse de Klare, peu partagée, n'est pas fidèle à la réalité. Cet argument semble opportun : il est difficilement contestable que la distinction entre principes et règles ; l'idée que les principes sont juridiques par opposition à la morale, est une idée très populaire parmi les juges et juristes sud-africains<sup>1785</sup>. Toutefois, une chose est de constater qu'une idée est partagée, une autre est de juger qu'elle est bonne comme semble le faire Theunis Roux : cette conception du raisonnement suppose en effet un objectivisme moral que l'on peut tout à fait dénoncer d'un point de vue critique, c'est-à-dire une analyse des représentations de la réalité. En supposant qu'il ne faut garder que la représentation la plus partagée, le raisonnement de Theunis Roux lui-même glisse vers un objectivisme qui postule une seule bonne conception de la réalité juridique. Son conventionnalisme se fonde dans la théorie de Ronald Dworkin sans considérer que l'on peut distinguer la réalité de ses représentations et, surtout, le rôle politique au sens institutionnel et le caractère non moins politique - mais d'une politique que le droit produit - des justifications normatives apportées par les juristes à une situation de fait.

Malgré sa référence à la communauté des juristes, l'approche de Ronald Dworkin n'aide pas à comprendre comment une situation de fait, un choix ou une décision deviennent du droit, accepté comme tel, puisqu'elle se situe à la fin de la justification, en la prenant pour une réalité et en mélangeant, par-là, les principes moraux et les principes juridiques, en réduisant leur production à une rencontre presque magique<sup>1786</sup>. Les discours mêlent alors le raisonnement substantiel sur les droits à une forme de tautologie normative : la dignité humaine est une norme constitutionnelle parce que la dignité humaine est importante, et elle est importante parce qu'elle est une norme constitutionnelle. Il manque un chaînon du raisonnement pour comprendre ce point d'arrivée. D'un point de vue juridique, il n'y a d'ailleurs aucune nécessité à invoquer les droits et les valeurs. En témoigne la pensée de Hans Kelsen qui postule que tout ordre juridique repose sur une hiérarchie des normes non seulement statique, mais également dynamique, c'est-à-dire un contrôle de chaque norme par rapport à ses conditions de production et non seulement son contenu<sup>1787</sup>. Or, l'axiologisation menée par le néoconstitutionnalisme insiste sur le contenu, appauvrissant la

---

<sup>1785</sup> Voir *infra*, section 2, §1, A.

<sup>1786</sup> En effet, face au conflit entre positivisation et morale, « ce que le courant néoconstitutionnaliste ne voit pas – ou ne veut pas voir – c'est que le droit produit lui-même ses propres justifications » (P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », *op. cit.* note 152, p. 256).

<sup>1787</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257, se méfiant des droits et principes, p. 240-242.



discussion relative aux sources du droit. La construction normative des droits sociaux n'est alors plus abordée que sous l'angle de l'État social de droit, d'une démocratie pluraliste, de la dignité ou de la lutte contre les inégalités, selon un raisonnement qui paraît à bien des égards jusnaturalistes, puisqu'il suppose des essences conceptuelles présentées comme juridiques.

## 2. Néoformalisme ou jusnaturalisme caché ?

Le néoconstitutionnalisme, qui est souvent présenté comme une troisième voie entre un réalisme juridique et le positivisme axiologiquement neutre voire sa caricature formaliste, est lui-même accusé de réintroduire un néoformalisme dans le raisonnement juridique<sup>1788</sup>. Il est aisé à détecter lorsque les principes et valeurs sont nommés comme tels mais utilisés comme des règles, susceptibles de déduction et d'application binaire, ce qui n'empêche pas que leur violation fasse l'objet d'un contrôle qui prenne la forme d'une proportionnalité. Pour chercher les principes juridiques, les juges colombiens et sud-africains ne s'en remettent certes pas explicitement à leur existence naturelle, sauf à de rares occasions<sup>1789</sup>. Toutefois, la notion de contenu minimal s'offre volontiers à ce type de raisonnement : les jugements mêlent alors un jusnaturalisme inavoué dans l'évidence associée à certaines valeurs, un positivisme logique dans la déduction à partir des droits et principes et une démarche casuistique qui refuse dans le même temps les assignations théoriques trop aisées. Le détachement du formalisme ne peut tout à fait être une rupture d'avec la déduction ; contrairement à une confusion fréquente, le terme de formaliste ne dit en réalité pas grand-chose des options théoriques ou des méthodes d'interprétation, mais évoque plutôt la nature des discours publics en relation avec les discours juridiques. En cela, l'adoption d'une approche principielle, en ce qu'elle remplacerait le formalisme, est une approche mixte et indiscriminée du point de vue théorique ou de la méthode, dont la spécificité est de rapprocher les deux ordres de discours, en attendant des juges qu'ils parlent le langage des valeurs et des pouvoirs publics qu'ils parlent le langage de ce droit reformulé. Le formalisme est alors la formulation ancienne du discours juridique

---

<sup>1788</sup> Le terme est notamment utilisé par Duncan Kennedy à l'égard du Liberal legalism, en particulier dans sa circulation globale, via le discours des droits de l'homme, à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 46, p. 62-66.

<sup>1789</sup> Par exemple, Albie Sachs peut exprimer l'idée d'une « norme » sociale dans les mœurs qui doit être actualisée par la reconnaissance du juge, CCAS, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Fourie v. Minister of Home Affairs* (Albie Sachs), §102. La Cour estimait également que la liste des droits fondamentaux n'est pas terminée du fait qu'il s'agit de droits inaliénables et que la Constitution renvoie à leur acceptation universelle, CCAS, 6 septembre 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, *op. cit.*, §49-52. Plus clairement encore, mais de manière isolée, la Cour a pu estimer qu'en présence de lacunes dans la loi, il devait être fait appel aux principes de la justice naturelle et en l'espèce à un principe d'impossibilité selon lequel il ne peut être possible que la loi exige ce qui n'est pas factuellement possible, concernant l'opposabilité d'un principe de prescription à l'égard d'une personne qui n'a nommé sa tutelle que sept ans après l'accident, la Cour citant notamment John Finnis sur le droit naturel et des lois mathématiques sur l'impossibilité, CCAS, 19 novembre 2021, *Van Zyl N.O. v Road Accident Fund* (Pillay), §47-54.

tandis qu'il peut subsister, en réalité, dans un « formalisme apparent<sup>1790</sup> ». Les raisons ne sont alors pas toujours données à l'appui de l'interprétation juridique.

Or, comment connaître les principes autrement que par un jugement moral, dont la rationalité serait toute autre que celle, procédurale, de la pondération et de la juste mesure ? L'approche procédurale de John Rawls a été critiquée pour rester trop attachée au postulat libéral d'un libre arbitre, sans pour autant permettre une construction rationnelle appuyée sur la légitimité<sup>1791</sup>. À l'inverse, Paul Ricoeur opposait aux théories délibératives qu'il demeure dans toute délibération une part de morale qui relève de la subjectivité, au sens d'une éthique personnelle sur la vie bonne ; c'est en cela que la procédure d'un John Rawls a pu être jugée artificielle<sup>1792</sup>. D'ailleurs, comme on l'a vu, John Rawls lui-même a été délaissé par les penseurs contemporains des droits sociaux qui ont réintroduit, sous l'angle de la morale, par le contenu minimal et les besoins subjectifs<sup>1793</sup>. Par ce truchement, les droits sociaux présentent un aspect très particulier en ce qu'ils appellent à une forme de raisonnement moral qui, par l'aspect urgent, nécessaire et important qu'ils reflètent dans leur redéfinition minimaliste, ont une force morale indéniable, au même titre que le droit à la vie ou la dignité humaine invoqués par ailleurs.

L'idée centrale du raisonnement relatif aux droits sociaux tient à la nature évidente de la survie, qui prend la forme du postulat souvent énoncé selon lequel il est nécessaire, pour la légitimité du droit, d'aider les plus démunis. Cette nécessité est alors externalisée dans une question de légitimité mais elle présente l'ambivalence, typique des discours des droits, de reposer sur la garantie, admise elle comme juridique et non politique, des droits sociaux, du droit à l'égalité et des sens sociaux ou solidaires de la dignité humaine. H.L.A Hart lui-même ouvrait à un tel raisonnement, dans un passage oublié par la recherche sur les droits sociaux. Pour le théoricien anglais, le droit est trop souvent confondu avec l'idée de justice, c'est-à-dire ce qui est juste ou injuste, alors qu'il ne s'agit que de juger de la manière dont les individus sont traités, du point de vue d'un « équilibre » ou d'un certain « ordre de l'égalité »<sup>1794</sup>, ne serait-ce que parce que l'idée du juste pourrait être interprétée en fonction d'une justice sociale - les termes du langage de la morale comme du droit sont en effet de « texture ouverte »<sup>1795</sup>. Selon un argument célèbre, le droit gagne son autonomie sur

---

<sup>1790</sup> Le terme est utilisé par V.C. JACKSON, J. GREENE, « Constitutional interpretation in comparative perspective : comparing judges or courts ? », *op. cit.* note 5, p. 614, pour évoquer la pratique du Conseil constitutionnel français et son style syllogistique : dire que le formalisme est une manière de reconnaître qu'il existe bien des raisons, mais qu'elles ne sont pas données. Le juge formaliste n'est donc pas aveugle mais muet.

<sup>1791</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, traduction de Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 1997, p. 71-79.

<sup>1792</sup> P. RICOEUR, *Le Juste 1*, Editions Esprit, 1995, p. 93.

<sup>1793</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §1, A.

<sup>1794</sup> P. RICOEUR, *Le Juste 1*, *op. cit.* note 163 p. 157-161.

<sup>1795</sup> H.L.A. HART, *The concept of law*, *op. cit.* note 141, p. 162-164.

la morale à mesure qu'il se crée des règles précises selon une grammaire de normes primaires et de normes secondaires<sup>1796</sup>. Mais Hart ne rejette pas la morale tout à fait à côté du droit. Il soutient qu'il doit exister un « contenu minimal de droit naturel » pour que l'autorité demeure fondée dans une société<sup>1797</sup>, qu'il entend comme deux ensembles. Le premier est celui, amplement discuté, de la norme fondamentale qui justifie l'obéissance. Le second, qui nous intéresse plus particulièrement, tient au contenu même de ce droit naturel qui consisterait en ce qui est nécessaire à la survie, et l'auteur de citer l'eau et la nourriture<sup>1798</sup>.

Les droits sociaux renvoient à des contenus déterminés associés à la survie et qui sortiraient donc du dissensus organisé par le droit dans un système philosophique libéral, cet « universel » que Hart jugeait dépasser le jugement moral et qu'il est pourtant difficile de distinguer d'une règle juridique<sup>1799</sup>. Mais la théorie de Hart illustre un autre trait caractéristique des raisonnements tenus sur les droits sociaux. Les deux ensembles du contenu minimal de droit naturel sont en effet connectés d'une manière qui fait que le consensus sur les besoins particuliers fonde l'adhésion plus générale au droit, si bien que l'on peut en déduire que la satisfaction de ces besoins est nécessaire à la validité du système juridique dans son entièreté<sup>1800</sup>. On observe un glissement dans le raisonnement qui commence par affirmer que l'on s'entend sur des besoins naturels propres à la survie, puis que le consensus moral fonde l'adhésion-même à la validité du droit. On peut être amené à se demander si, par analogie, les droits sociaux ne peuvent être conçus comme le fondement de l'ordre juridique entier, en particulier lorsqu'ils sont coconstruits avec la dignité en

---

<sup>1796</sup> *Ibid.*, p. 151-180.

<sup>1797</sup> *Ibid.*, p. 181-207.

<sup>1798</sup> *Ibid.*, p. 186 : « *much if this teleological point of view survives in some of the ways in which we think and speak of human beings. It is latent in our identification of certain things as human needs which is good to satisfy and of certain things done or suffered by humans beings as harm or injury. Thus, though it is true that some men may refuse to eat or rest because they wish to die, we think of eating and resting as something more than things which men regularly do or just happen to desire. Food and rest are human needs, even if some refuse them when they are needed. Hence we say not only that it is natural for all men to eat and sleep, but that all men ought to eat and rest sometimes, or that it is naturally good to do these things. The force of the word 'naturally', in such judgements of human conduct, is to differentiate them both from judgement which reflect mere conventions or human prescriptions ('You ought to take off your hat'), the content of which cannot be discovered by thought or reflection, and also from judgements which merely indicate what is required for achieving some particular objection, which at a given time one man may happen to have and another may not.* ». Plus loin, Hart évoque également, outre ce qui est nécessaire à la survie, ce qui est nécessaire à la vie sociale, même s'il lie étroitement les deux (*Ibid.*, p. 188-189).

<sup>1799</sup> Pour Hart en effet, il existe des « *non-legal rules* » qui ont une force au sein d'une société donnée sans pour autant être du droit (*Ibid.*, p. 165-166), et qui s'appuient sur des « *moral ideals* » universels comme la vertu et le sacrifice, donnant lieu plus précisément à l'égalité, à la fraternité, à la liberté, à la poursuite du bonheur – et l'on serait tenté d'ajouter : la dignité. Or, on voit mal en quoi ces règles ne sont pas juridiques. Et comme l'admet Hart lui-même, « *In all communities, there is a partial overlap in content between legal and moral obligation* » (*Ibid.*, p. 166) : « *their common vocabulary is no accident* » (*Ibid.*, p. 168) : dès lors, « *they are conceived binding independently of the consent of the individual bound and are supported by serious social pressure for conformity ; compliance with both legal and moral obligations is regarded not as a matter for praise but as a minimum contribution to social life* » (*Ibid.*, p. 168).

<sup>1800</sup> *Ibid.*, p. 189 : « *without such a content laws and morals could not forward the minimum purpose of survival which men have in associating with each other. In the absence of this content men, as they are, would have no reason for obeying voluntarily any rules ; and without a minimum of co-operation given voluntarily by those who find that it is in their interest to submit to and maintain the rules, coercion of others who would not voluntarily conform would be impossible* ».

Afrique du Sud ou avec l'État social de droit en Colombie, soit des principes présentés comme centraux dans la hiérarchie axiologique des discours constitutionnalistes produits par les juristes et les juges des deux pays<sup>1801</sup>. Le contenu minimal évoqué par Hart n'est certes pas le contenu minimal des droits, qui renvoie à un ensemble de la définition du contenu des droits, mais il lui ressemble en ce qu'il constituerait une essence qui, du fait qu'elle est minimale, resterait admise conventionnellement<sup>1802</sup>. Il n'existe pourtant pas de critère objectif pour tracer une telle délimitation<sup>1803</sup>. Aussi l'on peut ajouter aux présupposés qui fondent le contenu minimal une régression similaire à celle opérée par Hart du noyau vers le système, comme si le noyau irradiait l'ensemble de l'ordre juridique : et en effet, chez les juges colombien et sud-africain, le respect des droits sociaux est souvent avancé comme la raison d'être de l'ordre constitutionnel entier, par le truchement du constituant. Le passé inique est souvent avancé par les juridictions comme un repoussoir évident qui fonderait le nouvel idéal socio-juridique. Il n'est pas anodin que H.L.A Hart lui-même, dans son contenu minimal de droit naturel, ait inclus un droit équitable et suffisamment égalitaire pour fonder l'adhésion des citoyens, en prenant pour contre-exemple l'Allemagne nazie et l'Apartheid sud-africain<sup>1804</sup>.

## **B. Les insuffisances du raisonnement axiologique**

Un raisonnement axiologique ne suffit pas à expliquer les changements au sein des cultures juridiques colombiennes et sud-africaines sous la forme d'une nouvelle rationalité du droit (1). Il s'agit surtout de fonder le pouvoir d'un juge nouveau (2).

### **1. Une rationalité nouvelle**

Les conflits entre droits dans l'approche extensive du contentieux constitutionnel qui se met en place en Colombie comme en Afrique du Sud dans les années 1990 nécessitent une méthode que le positivisme axiologiquement neutre, et *a fortiori* une lecture déductionniste, ne peuvent apporter. En effet si l'on considère les droits comme de simples règles, leur application mène à des contradictions, d'autant plus qu'ils sont nombreux et d'origines diverses – on trouve dans les constitutions des deux pays la plupart des énoncés que l'on peut trouver dans un texte constitutionnel contemporain. Mais si l'on considère les droits comme des principes, alors la pensée juridique positiviste, ils ne sont pas justiciables. Dans les années 1980 et 1990, cette approche paraît

---

<sup>1801</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, B, et chapitre 4, section 1, §1, A.

<sup>1802</sup> Par exemple, H.L.A. HART, *The concept of law*, *op. cit.* note 141, p. 188. Voir aussi D. Bilchitz lorsqu'il parle de « *thin theory of the good* », même s'il assume une part plus grande de morale que H.L.A Hart, voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1803</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1804</sup> H.L.A. HART, *The concept of law*, *op. cit.* note 141, p. 196-197.

conservatrice aussi bien du point de vue des théories du droit disponibles à l'échelle globale comme celle de Ronald Dworkin, que du point de vue des changements politiques de la région latinoaméricaine, où la légitimité des exécutifs et législateurs décline alors que le discours des droits fondamentaux connaît une importance croissante, face à laquelle la théorie kelsénienne est peu satisfaisante<sup>1805</sup>. En Allemagne par exemple, si l'indétermination des énoncés constitutionnels a posé les mêmes problèmes qu'ailleurs, en particulier lorsqu'un constituant n'a pas imaginé autre chose que des droits subjectifs protégeant les individus et des principes programmatiques adressés au législateur<sup>1806</sup>, les conflits entre droits ont été résolus par le Tribunal constitutionnel fédéral en élaborant une théorie des droits fondamentaux qui repose sur un ordre axiologique<sup>1807</sup>.

La légitimité de l'ordre juridique passe alors, de la loi et des représentants, aux droits, principes et valeurs que viserait à réaliser l'ordre constitutionnel, ce en quoi l'Allemagne est une référence. Contre le modèle libéral classique associé à Weimar, les juges et juristes allemands ont développé à partir des années 1950 une approche des droits dans laquelle la fundamentalité est à la fois une norme juridique et une norme morale<sup>1808</sup>. C'est autant un changement du droit que du politique qui s'est opéré, en convergeant dans une forme de rationalité commune qui a été pensée aux États-Unis ou en Europe en des termes différents et que l'Afrique du Sud comme la Colombie ont repris, tout en l'amendant quitte à en montrer de nouvelles apories. Dans cette conception, les droits sont fondamentaux non seulement parce qu'ils reposent sur des énoncés constitutionnels mais aussi et surtout parce qu'ils appartiennent à un ordre objectif de valeurs que proclame la Constitution dans son ensemble. Il demeure alors une contradiction entre cet aspect très contemporain de la fundamentalité juridique et la prétention critique du constitutionnalisme nouveau et transformateur. Dit autrement, ces nouveaux contenus transfigurent-ils en eux-mêmes

---

<sup>1805</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46, p. 410s.

<sup>1806</sup> Pour Bernhard Schlink, les énoncés de la Loi fondamentale de 1949 présentent autant des principes objectifs que des droits, et ceux-ci peuvent autant apparaître comme des droits fondamentaux que des libertés négatives protégeant simplement de l'interférence étatique – il est même « beyond question » que le constituant a entendu proclamer soit des principes, soit des droits subjectifs libéraux : c'est en effet la conception qui domine après Weimar, celle de principes programmatiques adressés au législateur à l'encontre de l'exécutif ou du législateur lui-même, sauf que l'échec de cette conception face au nazisme aurait amené à un discours plus sophistiqué et, surtout, au rôle contemporain du juge constitutionnel allemand. B. SCHLINK, « German Constitutional Culture in Transition », *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1993, p. 711-736, spec. p. 725.

<sup>1807</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Bruylant - LGDJ, 2000, trad. O. Jouanjan

<sup>1808</sup> Dit autrement, « *The dual nature of the fundamental rights that is being introduced comes to the fore clearly: besides the fundamental rights as traditional subjective rights against public authority, there are the fundamental rights as constitutional principles which express a value content that binds all parties and create a corresponding order of values.* », E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights », *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Oxford University Press, 1990, p. 235-265, spec. p. 239. Voir E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.* note 178, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux » (1974). Voir aussi V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Juspoliticum*, n° 8, 2012.

la fondamentalité jusqu'à la rendre transformatrice des structures profondes de la société ? Il peut en effet sembler que le contenu social, selon cette approche, varie selon le texte adopté :

la Constitution comme base juridique de l'État devient la base légale de la société. L'ordre juridique entier est déjà contenu – au niveau des principes-normes avec une disposition à l'optimisation entre eux – dans la Constitution. Tout ce qu'il requiert est une concrétisation.<sup>1809</sup>

Aussi, l'exercice du contrôle de proportionnalité est généralement conçu comme un instrument rationnel, comme le présente Carlos Bernal Pulido en situant la validité du droit dans la concrétisation par la pondération, et donc la confrontation des droits aux contextes et autres droits, à l'occasion des litiges : la morale joue ne joue un rôle que *prima facie*, mais l'adhésion à l'idée de principes juridiques ne présuppose pas « nécessairement d'accepter que la constitution soit un organisme axiologique, idéal et prélinguistique, qui fonctionne indépendamment du texte constitutionnel, et dont l'application aboutisse à un formalisme juridique<sup>1810</sup> ».

Du point de vue du raisonnement seul, le chaînon crucial, en amont des déductions à l'apparence logique depuis des concepts généraux, tient dans la notion de rationalité. Le point nodal de l'axiologisation est en effet celui d'une rationalité que porteraient les juges. Celle-ci formerait leur capacité distinctive dans la séparation des pouvoirs mais également par rapport à d'anciennes ou d'autres manières de rendre la justice : c'est en cela que le constitutionnalisme est présenté en Colombie et en Afrique du Sud – mais également dans le Canada d'avant 1982, par exemple – comme un raisonnement substantiel qui s'opposerait à un raisonnement formaliste. Ronald Dworkin et Robert Alexy ont précisément conçu la distinction entre principes et règles afin de présenter la forme de rationalité publique à laquelle les juges participeraient en devenant ce qu'il est commun d'appeler un « forum des raisons » (*forum of reasons*)<sup>1811</sup>, c'est-à-dire un lieu où sont discutés les principes et présentées les justifications à leur adoption ou violation<sup>1812</sup>. La proportionnalité ainsi

---

<sup>1809</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights », *op. cit.* note 179, p. 258 : « *the constitution as the basic legal order of the state is turned into the basic legal order of society. The entire legal order is already contained—at the level of principle-norms with a disposition to optimization—in the constitution. All it requires is concretization.* »

<sup>1810</sup> C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, L'Harmattan, Droit comparé, 2015, trad. A. Martin, p. 11. En effet selon lui, on peut adhérer aux idées néoconstitutionnalistes et penser que « *la constitution est une entité linguistique* » (*Ibid.*, p. 11) et que « *les dispositions constitutionnelles établissent des principes qui sont compris comme des mandats d'optimisation est appliqués au moyen de la pondération* » (*Ibid.*, p. 11). On ne peut distinguer « *la conception linguistique de la Constitution de la dimension axiologique de la signification des dispositions des droits fondamentaux* » (*Ibid.*, p. 12), c'est-à-dire détacher le texte de son contenu moral.

<sup>1811</sup> K. O'REGAN, « A forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court », *South African Journal on Human Rights*, vol. 28, n° 1, 2012, p. 116-134

<sup>1812</sup> Kate O'Regan cite alors la jurisprudence de la Cour, notamment en matière de droits sociaux, et des auteurs allemands, comme Dieter Grimm, mais entend la justification au sens d'Etienne Mureinik, comme celle apportée par les pouvoirs publics et que contrôle la Cour : celle-ci est donc conçue, d'une manière typique dans la culture juridique sud-africaine, comme le forum des raisons apportées par le pouvoir politique, et non des justifications apportées par le juge, lesquelles sont réduites à une lecture du texte constitutionnel, voir *Ibid.*, p. 128-130.

conçue permet l'intégration d'un standard commun du rôle judiciaire à des cultures juridiques variées, c'est-à-dire une solution à la fois générale et particulière à la difficulté de la légitimité des juges<sup>1813</sup>. La concrétisation permet alors l'intégration à un système juridique particulier de cette considération plus théorique sur les pouvoirs du juge<sup>1814</sup>. Or, déplacer la rationalité vers la proportionnalité, c'est-à-dire vers une forme procédurale du raisonnement qui astreint la raison à s'exercer aux cas, pose deux problèmes. D'une part, il n'est pas sûr que la raison survive au processus casuistique, mis en avant explicitement par la Cour colombienne lorsqu'elle dit définir le contenu minimal des droits dans chaque espèce, tandis que la Cour sud-africaine assume tout à fait de ne regarder que la mise en œuvre des droits pour examiner les obligations pesant sur l'État sans avoir à définir en amont les droits<sup>1815</sup>.

D'autre part, il demeure dans ce déplacement une aire qui serait alors distincte de la raison et qui est celle de la définition de ce que Carlos Bernal et Robert Alexy qualifient de droits *prima facie*, ou que Rodrigo Uprimny qualifie d'un « raisonnement déontique et non conséquentialiste » auquel le juge serait tenu<sup>1816</sup>. Ces trois auteurs cherchent à définir les obligations pesant sur les pouvoirs publics dans la réalisation des droits et à prendre en compte des contraintes factuelles, comme celle des ressources publiques<sup>1817</sup>. Il s'agit toujours de supposer, quitte à le réduire au plus petit noyau, qu'il existe des droits hors de la concrétisation, mais sans informer sur la manière dont ce noyau, même réduit, peut être trouvé. Aussi la logique déontique évoquée par Rodrigo Uprimny n'est ainsi pas une théorie du droit ; elle n'indique pas comment la norme peut être déterminée. Cela d'autant plus que ce procédé de réduction implique de distinguer le contenu minimal ou *prima facie*

---

<sup>1813</sup> J.S. SAMPAOI, « The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review », in L.P. COUTINHO, M. LA TORRE, S.D. SMITH (dir.), *Judicial activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, p. 137-160, comparant notamment les formes européenne de la proportionnalité et américaine du balancing, comme deux variantes aux explications différentes.

<sup>1814</sup> *Ibid.*, p. 146s. On peut néanmoins douter qu'il s'agisse alors d'un « contexte juridique » puisque c'est la construction par les juristes qui permet une telle intégration. Il n'est pas surprenant que l'auteur doive considérer que le principe de proportionnalité trouve une source juridique dans des principes juridiques et partant une généralité qui dépasse les contextes et les systèmes : il s'agit alors bien de la circulation du principe général, tandis que le contexte renvoie plutôt à la concrétisation menée par chaque juge et chaque décision.

<sup>1815</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2.

<sup>1816</sup> CCC, T-1207/01, opinion concordante de Rodrigo Uprimny.

<sup>1817</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

d'un ensemble considéré entier, lequel peut être ramené à l'énoncé<sup>1818</sup>, si bien que la méthode interprétative littérale ne peut opérer seule cette distinction. L'objection est différente pour la Cour sud-africaine, puisqu'elle refuse de considérer un contenu minimal et s'en remet à un contrôle de la réalisation progressive. Or, la Cour emprunte souvent une autre voie qui est celle d'imposer une rationalité générale au pouvoir politique, proche de la métaphore de la culture de justification, au-delà des énoncés textuels<sup>1819</sup>. Si l'on suit David Bilchitz, on peut dire que la Cour doit fonder son contrôle sur un droit défini par ailleurs<sup>1820</sup>. Même sans cette alternative normative, il est possible de dire que la Cour opère bien un choix interprétatif qui n'est pas casuistique lorsqu'elle évoque les principes et valeurs sur lesquels elle dit que son raisonnement repose.

Comment comprendre alors cette morale ou ce politique qui auraient intégré un raisonnement juridique principiel ? Jürgen Habermas a proposé une reconstruction rationnelle ambitieuse des systèmes juridiques contemporains à l'aide de la raison communicationnelle<sup>1821</sup>. Il reconnaît pour cela l'intérêt contemporain de Ronald Dworkin en ce qu'il réconcilie les positivismes axiologiquement neutre et critiques en postulant l'incorporation de la morale dans le droit. Le philosophe allemand ne pouvait qu'y être sensible, lui qui s'est donné pour projet de réconcilier faits et norme sans verser dans l'empirisme qui empêcherait toute construction rationnelle, ni dans le normativisme qui ne peut expliquer le rapport nécessaire entre droit et politique ou réalité sociale, à une ère post-métaphysique où les seules origines naturelles ou divines ne peuvent plus fonder l'ordre juridique. La réalité factuelle doit alors être envisagée tout en maintenant la morale propre à

---

<sup>1818</sup> Pour Carlos Bernal Pulido, « *la adscripción de la norma o posición insfundamental prima facie tiene un carácter esencialmente interpretativo. Esta adscripción consiste en el hallazgo de un nexo semántico entre una norma o posición con validez prima facie y una disposición de derecho fundamental, mediante un proceso de interpretación jurídica. Dicho nexo semántico se fundamenta a su vez en una concepción analítica de los conceptos incluidos en la disposición insfundamental y el presupuesto de hecho de su norma directamente estatuida, tales como : derecho a la vida, derecho a la integridad física, libertad ideológica, libertad religiosa, derecho al honor, domicilio, intimidad personal, etc.* » (C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 797). L'auteur présente ensuite deux critères complémentaires inspirés de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol pour déterminer la norme prima facie : si un droit est reconnaissable « como tal », de manière à ce que « *si se suprimiera el derecho perdería su naturaleza* », ou si cette norme est nécessaire à protéger « *los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida a un derecho fundamental* », de manière concrète et effective (*Ibid.*, p. 803), et l'auteur reconnaît qu'une théorie matérielle des droits est alors nécessaire, il en reconnaît trois : libérale, démocratique ou de l'État social (*Ibid.*, p. 803-804, et sur ces théories, *Ibid.*, p. -). L'auteur mêle donc interprétation littérale et téléologique (en fonction de théories matérielles), mais aussi un certain jusnaturalisme. Carlos Bernal Pulido pose cependant une limite à l'interprétation, par dénotation autant que par connotation au sein de l'énoncé, au sein d'un spectre qui va du cas facile au cas difficile, et implique dans cet espace de choisir l'interprétation la plus large (*Ibid.*, p. 807-814).

<sup>1819</sup> C'est par exemple la rationalité que Kate O'Regan évoque comme l'une des trois contraintes constitutionnelles pesant sur les pouvoirs en Afrique du Sud, à côté de la Constitution elle-même et de la déclaration des droits, et à côté, donc, du test du caractère raisonnable portant sur la mise en œuvre des droits sociaux ou du principe de proportionnalité pour les autres droits, K. O'REGAN, « A forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court », *op. cit.* note 182, p. 127-128.

<sup>1820</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>1821</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.* note 162. Sur les liens entre ce mode particulier de rationalité et le droit, par l'intermédiaire des discours judiciaires, voir *infra*, chapitre 5.



une reconstruction rationnelle<sup>1822</sup>. Il n'empêche que le philosophe s'oppose à l'idée de Dworkin selon laquelle les principes seraient vrais<sup>1823</sup>, et plus encore à la thèse du cas particulier à laquelle adhère Robert Alexy, selon un principe kantien d'universalisation : pour Habermas, il ne s'agit pas d'une reconstruction rationnelle crédible du raisonnement juridique à partir du moment où Alexy doit supposer que les discussions juridiques sont des sous-ensembles particuliers et pratiques des discussions morales<sup>1824</sup>, qui doivent permettre de faire émerger les principes moraux et surtout ne pas les violer ; en les plaçant hors de la discussion juridique elle-même, réduite à une optimisation concrète, Alexy les laisse au droit naturel<sup>1825</sup>. Alexy se défend d'ailleurs en arguant que sa méthode n'apporte qu'une justification interne (d'une prémisse vers une règle de droit), laquelle ne serait pas effacée par l'existence d'une justification externe (la justification de la prémisse), mais qui viendrait simplement ajouter un degré de rationalité supplémentaire<sup>1826</sup>. Mais sa théorie ne permet pas non plus d'expliquer un raisonnement interne au droit. En effet, la réalisation des valeurs au cas par cas par la concrétisation et la pondération s'appuie sur le fait que les normes ou les règles sont déontologiques, tandis que les valeurs seraient téléologiques. Or, le problème est que Dworkin conçoit les principes de manière déontologique, quand Alexy les approche par l'optimisation<sup>1827</sup>. Cette seconde approche elle-même revient à opérer une confusion entre les droits et les valeurs, car une Constitution ne peut être par définition qu'un ensemble de normes, comme le présente Habermas :

Lorsque l'on souhaite réduire la Constitution à un ordre concret de valeurs, on méconnaît son caractère spécifiquement juridique ; en effet, en tant que normes juridiques, les droits fondamentaux, tout comme les règles morales, sont constitués à la manière de normes d'action à caractère obligatoire, et non à la manière de biens attractifs.<sup>1828</sup>

---

<sup>1822</sup> En effet, en cherchant à dépasser le positivisme comme l'empirisme, « Le projet de Dworkin révèle toutefois le dilemme dans lequel s'empêtre, aujourd'hui, dans les conditions de la pensée post-métaphysique, toute éthique qui prétend à une validité universelle. En effet, tant qu'elle produit des énoncés substantiels, ses prémisses restent prisonnières du contexte génétique de certaines interprétions de soi et du monde, à caractère historique, voire personnel ; en revanche, dès qu'elle est suffisamment formelle, sa substance se réduit à expliciter la procédure des discours énonçant une explication éthique avec soi-même » (*Ibid.*, p. 78)

<sup>1823</sup> La figure d'Hercule constitue en effet une figure "monologique" hostile à la délibération véritable, où un organe ne peut prétendre trouver la vérité axiologique, *Ibid.*, p. 244-250. Voir *infra*, chapitres 7 et 8.

<sup>1824</sup> Les défenseurs de la pondération commettraient alors une confusion entre décision judiciaire et contenu du droit en supposant que la première comprend le second malgré son aspect concret, *Ibid.*, p. 257 : « *La tension entre la légitimité et la positivité du droit est, dans le cadre de la justice en exercice, traitée, du point du contenu, comme un problème propre à la décision en tant qu'elle doit être à la fois juste et cohérente* »

<sup>1825</sup> *Ibid.*, p. 254-256.

<sup>1826</sup> R. ALEXY, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 4, 2003, p. 433-449, p. 435. Il s'appuie alors sur la distinction proposée par J. WROBLEWSKI, « Justification of legal decisions », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 33, n° 127-128, 1979, p. 277-293.

<sup>1827</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.* note 162, p. 277-278.

<sup>1828</sup> *Ibid.*, p. 279.

Dès lors,

Ces approches ontologiques objectivent les biens et les valeurs en en faisant des entités existant en soi ; dans les conditions de la pensée postmétaphysique, il ne paraît guère possible de les défendre. Au sein des théories contemporaines de ce type, les valeurs ou les biens prétendent universels prennent une forme si abstraite qu'il n'est guère difficile d'y reconnaître des principes déontologiques tels que la dignité humaine, la solidarité, la réalisation de soi ou l'autonomie. La transformation conceptuelle des droits fondamentaux en valeurs fondamentales revient à opérer un travestissement téléologique des droits par lequel on masque le fait que les normes et les valeurs assument dans les contextes de justification des rôles distincts dus à la différence du statut qui est le leur point de vue de la logique de l'argumentation. C'est pourquoi les théories postmétaphysiques des valeurs tiennent compte de la particularité des valeurs, de la flexibilité des hiérarchies qu'il s'agit d'établir entre différentes valeurs, ainsi que de la validité purement locale des configurations de valeurs. Elles ramènent les valeurs soit à des traditions et à des orientations axiologiques usuelles dans certains cadres culturels, soit, si elles souhaitent distinguer le caractère subjectif et conscient du choix des valeurs, à des décisions existentielles quant aux métapréférences et aux 'volutions d'ordre supérieur'.<sup>1829</sup>

Dit autrement, les juges n'ont d'autre choix, s'ils veulent maintenir un discours sur les valeurs de manière objective tout en procédant à une concrétisation, que de faire appel au contexte local dans lequel se confondraient la morale, la réalité sociale et les litiges particuliers. Les principes et les valeurs ne peuvent alors être distingués entre eux, puisqu'ils servent alors autant de normes ou de règles appliqués à l'aide de la déduction que de justifications externes à cette déduction, et ne peuvent non plus être distingués de la réalité sociale qui forme à la fois le contexte de leur validité (puisque'ils ne sont plus considérés en les seuls termes d'un universalisme ou du droit naturel) et le contexte de leur concrétisation. On voit alors émerger une différence, dans l'appréhension du contrôle de proportionnalité, entre une approche européenne particulièrement ouverte aux principes et aux valeurs et visant à accompagner la production normative publique d'un côté, et une approche étatsunienne prompt à considérer les principes comme des règles et à les opposer strictement aux pouvoirs publics<sup>1830</sup>, ce que Duncan Kennedy a qualifié de néoformalisme<sup>1831</sup>.

---

<sup>1829</sup> , p. 289. La citation est de Ronald Dworkin.

<sup>1830</sup> J.S. SAMPAOI, « The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review », *op. cit.* note 184, p. 142-145.

<sup>1831</sup> Voir *supra*, A.

## 2. Le recours aux idées en circulation pour justifier le rôle du juge

Cette analyse conceptuelle permet de comprendre les confusions des discours judiciaires et juridiques à propos de la justice constitutionnelle ; mais ils n'expliquent toujours pas pourquoi ces discours se sont construits ainsi. C'est alors la circulation des idées, lesquelles forment les présupposés théoriques admis dans la communauté juridique, qui explique un changement des conceptions du droit, plutôt que l'introduction d'un nouvel énoncé, comme la Constitution de 1991, généralement conçue comme le point de départ d'une nouvelle pensée juridique colombienne. En effet, selon Diego López Medina, c'est un présupposé formaliste que d'associer une forme d'interprétation à un énoncé, tandis que les approches néoconstitutionnalistes et principiellles, au contraire, situent plutôt cette forme dans la communauté juridique ou des variables extra-textuelles<sup>1832</sup>. Il faut en réalité compliquer les deux thèses en regardant le rôle du juge dans la production d'une théorie du droit, puisque la Cour constitutionnelle a suivi une manière de raisonner qui était nouvelle dans le pays, s'inspirant des évolutions des idées juridiques globales – citées par les décisions elles-mêmes – tout en la présentant, pour justifier un tel rôle, au commandement de la Constitution elle-même. C'est plus largement la confiance croissante dans l'institution judiciaire et en particulier l'activité de la nouvelle Cour constitutionnelle, et donc la recherche d'une rationalisation plus efficace de ses décisions malgré la dimension morale des droits et principes mobilisés, qui explique l'influence des idées de Ronald Dworkin en Colombie<sup>1833</sup>.

Une explication similaire peut être apportée pour le cas sud-africain, où les idées de H.L.A Hart ne gagnent vraiment la communauté, en même temps que celles de Ronald Dworkin, qu'au moment de la création du nouvel ordre constitutionnel et de la Cour. Theunis Roux a rejeté le sens progressiste évident que Karl Klare semble trouver au texte de 1996 pour montrer la voie d'un constitutionnalisme transformateur<sup>1834</sup>, mais a jugé que le changement qui a eu lieu dans la culture juridique sud-africaine était dû à la double création d'une Cour et d'une déclaration des droits, exigeant un « raisonnement substantiel » de la part de la juridiction<sup>1835</sup> - même s'il existait différentes

---

<sup>1832</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, op. cit. note 46, p. 402-406.

<sup>1833</sup> *Ibid.*, p. 411-413.

<sup>1834</sup> Voir supra, section 1, §1, B.

<sup>1835</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, op. cit. note 53, p. 191-214. Ainsi, p. 191 : « *the transition from a system of parliamentary sovereignty to one of rights-based judicial review meant that the legal profession's sense of what counted as a legally legitimate decision was in the process of being remade* ». Toutefois, « *The formalist reasoning methods that had characterised both statutory interpretation and common-law adjudication before the transition to democracy clearly had to change. Beyond this, however, the post-apartheid Constitutions did not dictate a particular view of law.* » (*Ibid.*, p. 209).

manières de le faire<sup>1836</sup>. Le succès de l'approche de Ronald Dworkin doit alors beaucoup à la sociabilisation des acteurs de la communauté juridique et en particulier à la circulation globale des idées<sup>1837</sup>. Dans les deux pays, c'est un raisonnement civiliste en Colombie ou de *Common law* (associée à un fonctionnement parlementariste à la Westminster) en Afrique du Sud qui a été qualifié de formaliste lorsqu'à l'inverse, un raisonnement en termes de principes, inspiré des débats nord-américains, a accompagné les transformations du constitutionnalisme à partir des années 1990. Le formalisme s'entend alors non comme une lecture déductive ou littérale mais comme un positivisme.

L'analyse de Ran Hirschl d'une domination par les élites semble confirmée, puisque la lutte politique égalitaire, autrefois violente et disséminée s'est traduite en termes juridiques, maîtrisés par les populations éduquées des grandes villes, alors que parallèlement le parti au pouvoir menait une politique consensuelle dans les milieux économiques où s'étaient repliées les élites blanches après avoir cédé le pouvoir politique. Quelque chose se joue alors dans la manière d'élever les conflits au niveau juridique des droits et principes, entendu comme apolitique sans être dénué de tout lien avec le politique mais sans être lié aux conflits partisans immédiats<sup>1838</sup>. Il a pu être noté que la société civile ou l'espace social entiers étaient en réalité réduits, dans le Sud, aux populations éduquées, qui forment une couche sociale relativement large mais cohabitent avec une grande partie des populations qui ne prennent pas part à la participation politique dans les termes du droit, et plutôt par des pratiques parallèles à la légalité<sup>1839</sup>. La « communauté globale des juges » observée par Anne-Marie Slaughter a suscité, dès le contexte américain dont on a vu qu'il n'était pas le plus réceptif aux

---

<sup>1836</sup> Pour Theunis Roux, « *The only change necessarily entailed by the adoption of the post-apartheid Constitutions, therefore, was a rejection of the crude positivist view of law that had prevailed before 1994* » (p. 209). Il faut néanmoins nuancer cette analyse par fait que Theunis Roux juge l'approche de Ronald Dworkin préférable, même s'il le fait par le truchement de l'approche privilégiée par la communauté juridique. Et tout en rejetant le qualificatif post-libéral apposé par Karl Klare, Theunis Roux relève avec une forme d'évidence, lui aussi, que les constitutions de 1993 et 1996 étaient plus substantielles que la plupart des textes constitutionnels, par l'inclusion de droits sociaux et d'une égalité substantielle, *Ibid.*, p. 203-204.

<sup>1837</sup> *Ibid.*, p. 215-216, qui note les voyages des juges et universitaires, ainsi que le séminaire organisé par le Center for applied legal studies de l'université du Witwatersrand dans les années 1990 à destination des juges. Theunis Roux s'en remet par ailleurs à un critère formel, lorsqu'il note l'usage des décisions étrangères dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, comme autant d'aide, selon lui, à reconstruire la culture juridique sud-africaine.

<sup>1838</sup> D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 46, p. 70 : « *Mediation means that neither side gets everything it wants on social issues, any more than the courts enact either the Washington consensus or the social agenda. Public law neoformalism and the method of proportionality empower judicial institutions to stand above the conflict of CLT-style neoliberalism and the surviving elements of the left-wing social, and equally above the conflict between liberalizers and social authoritarians and traditionalists. They take the conflicts out of the domain of pure politics, with all its explosive possibilities, and relocate it in the domain of legal expertise, ostensibly under suprapolitical local control.* »

<sup>1839</sup> P. CHATTERJEE, *Politique des gouvernés. Réflexions sur la politique populaire dans la majeure partie du monde*, traduit par Christophe Jaquet, Amsterdam, 2009.

thèses globales, des critiques envers la formation d'une élite transnationale visant à contourner les législateurs nationaux<sup>1840</sup>.

L'hypothèse doit alors être nuancée dans le sens où l'on n'observe pas tant une entente entre plusieurs forces politiques qui arrivent au pouvoir que l'on voit une recomposition entre plusieurs élites. L'élite économique maintient sa position tandis qu'une élite politique cherche à acquérir ou à maintenir le pouvoir quitte à être aveugle des questions socio-économiques profondes comme l'ANC en Afrique du Sud, ou à se laisser aller à un discours émancipateur qui reste surtout rhétorique, comme en Colombie. Plutôt qu'une rupture nette entre global et local ou la victoire d'un global qui forcerait le national, on observe plutôt une lutte entre des droits anciens et des droits nouveaux, qui chacun peuvent provenir de constructions locales ou de mondialisations anciennes et nouvelles<sup>1841</sup>, à l'image de la globalisation du social, réinterprétée par les États-nations, à laquelle s'opposerait l'approche néolibérale, autant à l'impulsion locale qu'en reprenant le nouveau paradigme global. Ce qui ressort de la contextualisation politique du constitutionnalisme transformateur et du rôle qu'y occupent les cours, outre l'importance fondamentale de ces dernières, est une délimitation de l'espace dans lesquelles leurs décisions ont pu être prises. Après quoi l'interprétation juridique, avec ses multiples facteurs, prend le relais du jeu politique au sens strict. À cet égard, la thèse institutionnelle apporte un regard nécessaire. Rosalind Dixon et Tom Ginsburg formulent une hypothèse particulièrement stimulante, puisque le compromis conçu est conjoncturel sans que les parties au contrat constitutionnel ne sachent qui va dominer à l'avenir<sup>1842</sup>.

Il en ressort également que les cours constitutionnelles, chargées de garantir le respect du texte constitutionnel, n'ont pas forcément à choisir entre une majorité politique et le texte voté par celle-ci ou une autre, c'est-à-dire entre les différentes parties au contrat. Elles peuvent vouloir viser, justement, le compromis, en évitant soigneusement de trop faire pencher la balance d'un côté<sup>1843</sup>. Ce que la jurisprudence de la Cour sud-africaine illustre très bien, elle qui a fait la part du feu entre les attentes du NP et l'aspect plus social et égalitaire voulu par les négociateurs de l'ANC<sup>1844</sup>, un raisonnement pragmatique où Theunis Roux a vu la cause de la réussite de la greffe de la Cour à un environnement politique difficile. Ce qui ne veut pas forcément dire que les juridictions opèrent des choix stratégiques afin de ne pas heurter les bornes du compromis constitutionnel, puisqu'elles

---

<sup>1840</sup> D. LAW, « Generic constitutional law », *Minnesota Law Review*, vol. 89, n° 3, 2005, p. 652-742, p. 702, cite plusieurs exemples de discours de ce type.

<sup>1841</sup> J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2009, p. 26-27.

<sup>1842</sup> R. DIXON, T. GINSBURG, « The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n° 4, 2017, p. 988-1012, p. 1000-1004.

<sup>1843</sup> *Ibid.*, p. 1007-1008.

<sup>1844</sup> Ainsi, la Cour constitutionnelle sud-africaine aurait pris des décisions qui avantageaient les deux camps, sans coûter trop à l'autre, *Ibid.*, p. 1009-1010.

peuvent précisément naviguer entre les différentes attentes, et ne pas pencher d'un côté ou de l'autre, au nom de ce qu'elles estiment être le droit et leur fonction constitutionnelle<sup>1845</sup>.

---

<sup>1845</sup> *Ibid.*, p. 1008-1009 : « Courts may give effect to constitutional provisions as a form of political insurance because of a distinctly legalist approach to constitutional interpretation, which strongly emphasizes the actual language of the constitution, the original public meaning of that language, or the intentions of those who wrote and ratified it. They might also adopt a more purposive approach, which effectively advances the aims and understandings, and thus also the interests of those adopting constitutional norms. Or they may do so for more overtly ideological reasons, based on a desire to advance the interests of the political actors who appointed them. Equally, they may choose to defer to the laws and policy judgments of current (national) political majorities as a matter of prudence, or out of more principled commitment to the democratic resolution of political controversies. »

## SECTION 2 : LE CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR COMME DISCOURS AXIOLOGIQUE

Les juges et juristes ont alors élaboré en Afrique du Sud (§1) et en Colombie (§2) une justification de leurs nouvelles méthodes d'interprétation, et se sont pour cela appuyés sur les théories du droit en circulation dans leurs espaces respectifs.

### §1. Le pragmatisme de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a une tendance à présenter les droits et principes comme une déduction du texte constitutionnel (A), ce qui amène à qualifier l'adaptation par la Cour des théories du droit en circulation d'une forme de pragmatisme (B).

#### A. Le néoformalisme de la Cour sud-africaine

Le constitutionnalisme sud-africain a été le lieu de débats anglo-américains entre discours critiques et approche néoconstitutionnaliste, la Cour constitutionnelle ayant elle-même élaboré une approche du droit constitutionnel en termes de valeurs et principes (1). Elle l'a fait, cependant, en maniant les droits et principes comme des règles susceptibles de déduction (2).

##### 1. L'influence d'une approche principielle

La critique de Theunis Roux ne vise pas simplement à reprocher à Karl Klare l'import de la version affaiblie d'une position critique américaine : le sud-africain juge lui-même les thèses de Ronald Dworkin particulièrement adaptées aux valeurs constitutionnelles transformatrices de la Constitution de 1996<sup>1846</sup>. Un courant réaliste sud-africain existe bien, inspiré des travaux américains

---

<sup>1846</sup> T. ROUX, « Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference? », *op. cit.* note 82. Voir également D. DAVIS, « Dworkin: A Viable Theory of Adjudication for the South African Constitutional Community », *Acta Juridica*, vol. 96, 2004, p. 96-116. Dans une étude des sens du constitutionnalisme transformateur, Karin van Marle « wonder to what extent a liberal legalist could honestly engage with and follow Klare's notion, without either radically questioning her own liberal legalist premise or actively ignoring the critical premise of the notion of transformative constitutionalism itself » (K. VAN MARLE, « Transformative Constitutionalism as/and Critique », *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 286-301, p. 288). Or, c'est une position que vise explicitement Klare : « From this starting point, one can never come to grips with the basic dilemma of liberal legalism (*viz.*, how to square interpretive difficulty with the norm of fidelity to and constraint by text). » (K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 159, cité par K. VAN MARLE, « Transformative Constitutionalism as/and Critique », p. 289).

des années 1930, mais il est resté minoritaire dans la doctrine<sup>1847</sup>. Aussi Theunis Roux a proposé d'expliquer le succès de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, admirée « dans les jeunes comme les anciennes démocraties<sup>1848</sup> », en théorisant les contraintes qui ont pesé sur elle dès sa création. Le juriste distingue deux séries de contraintes. L'une est qualifiée de politique et renvoie à la manière dont la Cour s'est intégrée à une vie partisane qui aurait pu être hostile au pouvoir judiciaire, mais a pourtant bien accepté la jurisprudence<sup>1849</sup>. La deuxième série de contraintes avancée par l'auteur est d'ordre « juridique », entendu comme la persuasion de la communauté des juristes. S'il faut considérer l'objectivité des principes juridiques pour lire la jurisprudence sud-africaine, selon Theunis Roux, c'est parce que cette idée est majoritaire dans la culture juridique post-apartheid<sup>1850</sup>, chez le constituant<sup>1851</sup>, et pour la Cour elle-même qui s'adresse autant à un auditoire nationale qu'à un auditoire international et anglophone<sup>1852</sup>. La Cour se serait imposée du fait de ses « motivations fondées sur des principes » (*principled reasoning*) en ayant recours à une forme sophistiquée d'argumentation juridique au point de ne pouvoir être accusée d'entrer dans les controverses politiques, alors même que le contexte était celui d'une nouvelle démocratie<sup>1853</sup>. Il est

---

<sup>1847</sup> C'est par exemple le cas de Johan van der Walt, qui se s'inspire pas tant du réalisme juridique que d'une théorie critique inspirée du post-structuralisme française, en premier lieu Derrida, voir notamment J. VAN DER WALT, « The Language of Jurisprudence from Hobbes to Derrida (the Latter's Quest for an Impossible Poem) », *Acta Juridica*, vol. 61, 1998, p. 61-96. Voir plus largement H. BOTHA, A. VAN DER WALT, J. VAN DER WALT, *Rights and Democracy in a Transformative Constitution*, Sun Press, 2003 (rendant hommage à l'apport de Frank Michelman au droit constitutionnel sud-africain).

Voir également le réalisme critique proposé par M. PIETERSE, « The legitimizing / insulating effect of socio-economic rights », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 22, 2007, p. 1-20. M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, Routledge, 2018.

Voir également D. DAVIS, *Democracy and Deliberation: Transformation and the South African Legal Order*, Juta & Co., 1999. D. DAVIS, « Duncan Kennedy's a Critique of Adjudication: A Challenge to the Business as Usual Approach of South African Lawyers », *South Africa Law Journal*, vol. 117, n° 4, 2000, p. 697-712. D. DAVIS, « Transformation: The Constitutional Promise and Reality », *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, n° 1, 2010, p. 85-101.

<sup>1848</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 53, p. 3.

<sup>1849</sup> Voir *Ibid.*, p. 71s. Pour une discussion comparée avec la Colombie voir, *infra*, chapitre 8.

<sup>1850</sup> *Ibid.*, p. 47-49.

<sup>1851</sup> *Ibid.*, p. 204 : « the post-apartheid Constitutions do not reflect a particularly African ethos. Indeed, anyone reading them without any knowledge of the country from which they originated might be forgiven for thinking the Constitutions to have been enacted by the Parliament of a modern Western liberal democracy, albeit one where for some reason the constitutional moment had produced a remarkable consensus on the political left. ».

<sup>1852</sup> *Ibid.*, p. 216 : aussi la conceptualisation du rapport entre droit et politique se fait « not only in acculturating the judges to the sorts of reasoning methods that were required to give effect to the post-apartheid Constitutions, but also as a sounding board for the Court's initial attempts to work out its institutional role. Indeed, in many respects, foreign commentators, especially from North America, were a more influential audience than the local South African one. Many of them had played a role as advisors to one or the other of the political parties during the constitution-making process. Others had been frequent visitors to the country, including especially the participants in the series of Judges' Conferences organised by the Centre for Applied Legal Studies in the early 1990s. In turn, South African judges themselves travelled abroad, often drawing on connections and friendships that had been made years before. ».

<sup>1853</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 53, p. 3 : « What is remarkable about the Court's achievement, in other words, is not just that it handed down some very fine decisions, or that it managed to stay out of political trouble, but that it did each of these things without compromising its ability to do the other. » et voir plus largement p. 15-71. En particulier, Theunis Roux propose trois aspects de ces contraintes juridiques : un style qui n'est pas formaliste, une vision cohérente de l'idéal constitutionnel qui, sans être une théorie politique, soit la meilleure interprétation possible de la Constitution, et enfin une vision du rôle du juge dans la séparation des pouvoirs, *Ibid.*, p. 44-46.



intéressant pour Theunis Roux que des auteurs américains critiques, comme Mark Tushnet ou Karl Klare, mais aussi des auteurs emblématiques du *Liberal legalism* comme Cass Sunstein et Ronald Dworkin, aient exprimé leur admiration pour la Cour : ils sont séduits par sa « compétence technique et sa persuasion morale » et notamment dans sa « forme rhétorique »<sup>1854</sup>. De même pour Xavier Philippe, l'établissement « remarquable » de la Cour dans un pays qui ne connaissait pas le contrôle de constitutionnalité de la loi tient, à l'instar de la décision Makwanyane relative à la peine de mort, « à l'explicitation de son raisonnement »<sup>1855</sup>.

Ce glissement de la théorie du droit vers le discours n'est pas analysé du point de vue épistémologique par Theunis Roux, tenu par sa défense de l'approche principielle ; une lecture critique peut néanmoins être réalisée à partir de l'idée de persuasion. Celle-ci s'insère dans une construction historique de la fonction politique du droit. En Afrique du Sud, la distinction entre droit et politique apparaît dès la mise en place d'une bureaucratie par les blancs au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, un droit particulièrement sophistiqué servant alors à encadrer un système politique inégalitaire<sup>1856</sup>. Autant qu'un système de pensée racialisé, l'Apartheid était un système juridique dont il a pu être dit qu'il préfigurait le légalisme nazi avec une forme duale d'État : d'un côté un système juridique respectueux des droits et de la participation politique pour les blancs, et d'un autre côté l'organisation juridique très précise de l'exclusion d'une partie de la population<sup>1857</sup>. Selon l'universitaire John Dugard, connu pour sa critique de l'Apartheid, l'origine de cette vision du droit tient à un positivisme britannique, avec trois composantes : une interprétation mécanique de la loi, une séparation du droit et de la morale, et une vision du droit comme commandement de l'autorité publique<sup>1858</sup>. La politisation du droit prend alors autant la forme de ses usages par le régime de l'Apartheid que celle d'un contrôle marginal de ses débordements par les juristes progressistes<sup>1859</sup>. Plutôt que de formalisme, Theunis Roux parle d'un « positivisme brut » (*crude positivism*)<sup>1860</sup> ; il note

---

<sup>1854</sup> *Ibid.*, p. 45 : « *technical competence and moral persuasiveness* » et « *rhetorical form* ». Pour l'auteur, si Cass Sunstein et Ronald Dworkin s'entendent pour dire que la Cour a choisi la bonne interprétation du texte constitutionnel sud-africain et de son propre rôle, tandis que Karl Klare estime, avec une simple différence de degré, que la Cour n'est pas allée assez loin dans son raisonnement – non nécessairement le fond de son approche – et Mark Tushnet loue un *weak remedy* même si la définition du droit manque, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>1855</sup> X. PHILIPPE, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, vol. 129, n° 2, 2009, p. 157-168, p. 162.

<sup>1856</sup> M. CHANOCK, *The Making of South African Legal Culture 1902–1936. Fear, Favour and Prejudice*, Cambridge University Press, 2001.

<sup>1857</sup> J. MEIERHENRICH, *The legacies of law: Long-run consequences of legal development in South Africa, 1652-2000*, 2008, p. 112-174. L'auteur s'appuie alors sur la théorie de l'État dual élaborée par Ernst Fraenkel dans son analyse du droit nazi, y voyant un moyen de contrôle social autant qu'une limitation qui a pu permettre quelques victoires à l'encontre du régime, ce second aspect ayant nourri l'usage ultérieur du droit en Afrique du Sud après l'Apartheid.

<sup>1858</sup> J. DUGARD, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton University Press, 1978, p. 393-397.

<sup>1859</sup> H. CORDER, C. HOEXTER, « "Lawfare" in South Africa and Its Effects on the Judiciary », *African Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 2-3, 2017, p. 105-126, p. 108s.

<sup>1860</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 53, p. 207.

que « les professionnels du droit sud-africains ont largement manqué les développements par Hart du positivisme dans les années 1950 et 1960<sup>1861</sup> », pour embrasser brusquement le dépassement proposé par Ronald Dworkin à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. À l'inverse et sans surprise, Hans Kelsen n'est pas une référence en Afrique du Sud, sauf, marginalement, pour sa théorie de l'État<sup>1862</sup>.

Le formalisme n'a toutefois pas été subitement remplacé en 1993. Dans les années 1980, un débat virulent a lieu dans les colonnes du Sunday Times après la publication d'une tribune de Raymond Wacks qui estime que les juges doivent démissionner s'ils s'opposent à l'Apartheid, puisque l'ordre juridique sud-africain est « injuste par essence » et qu'il n'est donc pas possible d'y trouver une bonne interprétation du droit qui relève d'un principe juste tel que Ronald Dworkin le professe<sup>1863</sup>. Une telle recherche ne pourrait aboutir qu'à trouver un principe certes conforme au droit, mais contraire à la morale du juge, ou l'inverse : le jugement moral dans un tel système ne pourrait donc s'exercer qu'en dehors du droit. D'autres juristes estiment alors qu'il est possible de tirer une interprétation du droit de l'Apartheid qui soit plus favorable aux droits humains, notamment dans les principes libéraux de la *Common law*, comme John Dugard<sup>1864</sup>, Etienne Mureinik<sup>1865</sup> et David Dyzenhaus<sup>1866</sup>, tous trois engagés dans la lutte contre le régime, avec de nombreux avocats qui tentaient d'agir auprès des cours<sup>1867</sup>. L'argument nécessite cependant de détourner la théorie de Dworkin de son axe puisque celle-ci suppose que le principe juridique ne soit pas le seul possible mais le plus moralement juste parmi ceux qui sont disponibles dans les « sous-moralités » du système juridique sud-africain<sup>1868</sup>, et donc que le juge fasse toujours un choix lorsqu'il réalise une interprétation<sup>1869</sup>. La communauté juridique étant divisée, il faut faire appel à une morale externe à la persuasion de la qualité juridique des arguments principiels. L'argument de Wacks était d'une nature différente, puisqu'il visait à dire que le « modèle de règles » imaginé par Dworkin partait d'un postulat démocratique selon lequel il faudrait défendre le respect par le juge d'un principe trouvé dans le droit plutôt qu'un choix moral extérieur au système juridique, ce qui

---

<sup>1861</sup> *Ibid.*, p. 197 : « *South African legal professionals largely missed out on the Hartian development of positivism in the 1950s and 1960s.* »

<sup>1862</sup> Voir par exemple L. ACKERMAN, « The legal nature of the South African constitutional revolution », *New Zealand law review*, n° 4, 2004, p. 633-679, sur la distinction entre révolution procédurale et révolution substantielle.

<sup>1863</sup> La leçon à l'université de Durban dont est issue la tribune est ensuite publiée dans R. WACKS, « Judges and injustice », *South Africa Law Journal*, vol. 101, 1984, p. 180-199, p. 183.

<sup>1864</sup> J. DUGARD, « Should judges resign? A reply to professor Wacks », *South Africa Law Journal*, vol. 101, 1984, p. 286-294

<sup>1865</sup> E. MUREINIK, « Dworkin and Apartheid », in H. CORDER (dir.), *Essays on Law and Social Practice in South Africa*, Juta & Co., 1988, p. 208.

<sup>1866</sup> D. DYZENHAUS, *Hard cases in wicked legal systems : South African law in the perspective of legal philosophy*, Oxford University Press, 1991

<sup>1867</sup> Voir R. ABEL, *Politics By Other Means. Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, Routledge, 1995

<sup>1868</sup> E. MUREINIK, « Dworkin and Apartheid », *op. cit.* note 236, p. 214, qui parle de « *sub-moralities* ».

<sup>1869</sup> J. DUGARD, *Human Rights and the South African Legal Order*, *op. cit.* note 229, p. 367.

ne faisait pas réellement sens dans le contexte de l'Apartheid où la légitimité même du droit et du législateur – les représentants étaient désignés par 20% de la population – pouvait être interrogée<sup>1870</sup>, de l'extérieur même du système juridique.

## 2. Le maintien d'une lecture littérale de la Constitution

Lorsque la Constitution, le pouvoir politique et l'autorité chargée de contrôler ce dernier et d'interpréter la première changent à partir de 1993, c'est une transformation profonde qui s'accomplit dans la culture juridique sud-africaine. Le formalisme dont il s'agit de se défaire est conçu comme l'approche qui, *a contrario*, ne comprenait pas de principes ou de valeurs. Si le constitutionnalisme transformateur a été présenté comme un rapport particulier au passé au-delà de la seule garantie libérale contre l'État pour envisager la société à venir<sup>1871</sup>, il s'agit en réalité autant d'une rupture avec le passé de l'Apartheid qu'avec la culture juridique qui l'accompagnait, sous la forme d'une inclusion des valeurs démocratiques et égalitaires dans le droit constitutionnel. La rupture n'est pas seulement axiologique ; elle tient au raisonnement. Les valeurs sont évoquées par le texte constitutionnel de 1996 à propos de sa propre interprétation<sup>1872</sup>. Sur cette base, la Cour qualifie elle-même son interprétation de « téléologique<sup>1873</sup> », de « généreuse », qui considère l'origine et la finalité des concepts et droits constitutionnels, par opposition à une approche « légaliste »<sup>1874</sup>. Dès ses jugements de certification, la Cour a reconnu que la Constitution de 1996 « contenait les valeurs de dignité, d'égalité et de liberté<sup>1875</sup> » ou était « basée sur des valeurs fondatrices »<sup>1876</sup>. La seconde option reproduit en réalité le texte de 1996 qui énumère des « valeurs » à côté des droits

---

<sup>1870</sup> R. WACKS, « Judges and injustice », *op. cit.* note 234, p. 186-187.

<sup>1871</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §1.

<sup>1872</sup> Constitution de la République d'Afrique du Sud, article 35(1) : « *In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality* ».

<sup>1873</sup> CCAS, *Soobramoney*, §16, CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, §9 : « *purposive approach* ».

<sup>1874</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §9, qui cite la décision *R. v. Big M Drug Mart Ltd* de la Cour suprême du Canada de 1985, §103 : « *The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concept enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter. The interpretation should be...a generous rather than legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of a guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection.* »

<sup>1875</sup> Dans le premier jugement de certification, la Constitution « *enshrines the values of human dignity, equality and freedom* », CCAS, 6 septembre 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, §100. La mention des principes renvoie ensuite surtout aux principes directeurs adressés au constituant – lesquels doivent d'ailleurs être lus de manière « holistique » (§37) et ne sont pas des « prescriptions » (§30) – et aux « *values and principles* » de l'administration inscrits à l'article 194(5)(a) de la Constitution. Lorsqu'il s'agit d'envisager la pondération, la Cour s'en tient à dire que le juge devra « *balance competing rights* » (§55), sans spécifier s'il peut s'agir de règles ou de principes, donc.

<sup>1876</sup> Dans le second jugement de certification, la Constitution « *is based on founding values (...)* », CCAS, 4 décembre 1996, *Certification of the amended text of the Constitution of the Republic of South Africa*, §25.

qu'elles redoublent, puisqu'il s'agit de la dignité humaine, de la réalisation de l'égalité, et de la réalisation des droits et libertés eux-mêmes<sup>1877</sup>.

Il est commun de dire que la Cour constitutionnelle a ensuite élaboré ce que le juge Albie Sachs appelait un « cadre holistique, fondé sur des valeurs<sup>1878</sup> ». Le juge Ismail Mahomed parlait lui de la « direction morale et éthique que la nation a identifiée pour son avenir<sup>1879</sup> ». La Cour évoque dans un passage souvent cité par les décisions ultérieures « un engagement envers un ethos démocratique, universaliste, bienveillant et aspirant à l'égalité, expressément articulé au sein de la Constitution<sup>1880</sup> », souvent en renvoyant au préambule, à la dignité et à l'égalité substantielle<sup>1881</sup>. Dans sa décision *Port Elizabeth Municipality* sur les occupations illégales, dont l'opinion majoritaire est rédigée par Albie Sachs, la Cour oppose alors la pondération entre principes aux « structures formelles du droit » et s'attache à la « compassion », à une « société du soin » et à « l'esprit de l'uBuntu », qui « sous-tend l'ensemble de l'ordre constitutionnel », pour déduire de la Constitution un ensemble de valeurs<sup>1882</sup>. Ces valeurs sont alors semblables à des principes susceptibles de pondération, mais leur localisation n'est pas claire. Sont-elles situées dans le texte ou sont-elles un esprit que la Cour utilise pour interpréter le texte ? Les opinions de la juridiction évoquent des « valeurs constitutionnelles<sup>1883</sup> » comme si elles étaient incluses dans le texte de 1996, pour ensuite

---

<sup>1877</sup> Article premier de la Constitution d'Afrique du Sud :

« *The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:*

(a) *Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.*

(b) *Non-racialism and non-sexism.*

(c) *Supremacy of the constitution and the rule of law.*

(d) *Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness. »*

<sup>1878</sup> CCAS, 22 septembre 1995, *Coetzee v Government of the RSA*, §46 : « *holistic, value-based framework* ».

<sup>1879</sup> CCAS, Makwanyane, op. cit., §262 : « *All Constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail, the shared aspirations of a nation; the values which bind its people, and which discipline its government and its national institutions; the basic premises upon which judicial, legislative and executive power is to be wielded; the constitutional limits and the conditions upon which that power is to be exercised; the national ethos which defines and regulates that exercise; and the moral and ethical direction which that nation has identified for its future* ».

<sup>1880</sup> CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, §262 (Mahomed) : « *a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution* ».

<sup>1881</sup> Pour l'articulation de ces principes, voir *supra*, chapitre 4.

<sup>1882</sup> CCAS, 1<sup>er</sup> octobre 2004, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* (Albie Sachs), §37, citant le juge Mokgogo dans *Makwanyane* : la loi « *expressly requires the court to infuse elements of grace and compassion into the formal structures of the law. It is called upon to balance competing interests in a principled way and to promote the constitutional vision of a caring society based on good neighbourliness and shared concern. The Constitution and (the law) confirm that we are not islands unto ourselves. The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order. It combines individual rights with a communitarian philosophy. It is a unifying motif of the Bill of Rights, which is nothing if not a structured, institutionalised and operational declaration in our evolving new society of the need for human interdependence, respect and concern.* »

<sup>1883</sup> Voir par exemple, à propos de l'effet horizontal des droits, CCAS, 15 mai 1996, *Du Plessis v. De Klerk and Another* (Sydney Kentridge), §20 et 70.

les distinguer des droits pourtant basés sur les mêmes dispositions<sup>1884</sup> – la liberté, l'égalité, la dignité humaine, qui sont des droits fondamentaux invocables selon le juge.

La Cour cite parfois Ronald Dworkin, mais souvent sans rapport direct avec sa théorie du droit<sup>1885</sup>, à une exception récente près<sup>1886</sup>. Les discours sud-africains semblent pourtant indiquer une reprise des idées qui ont marqué la théorie constitutionnelle à partir des années 1980 en s'ouvrant à un raisonnement de type axiologique. Par le double effet des valeurs constitutionnelles et des droits sociaux, le texte sud-africain de 1996 aurait précisément confié un mandat de transformation au juge, qui exige, selon Dikgang Moseneke (qui allait devenir le Deputy Chief Justice de la Cour constitutionnelle), que

---

<sup>1884</sup> L'opinion majoritaire de Sydney Kentridge dans *Du Plessis* distingue, en lisant la Loi fondamentale allemande et la jurisprudence de son Tribunal, les droits invocables par les individus à l'égard de l'État des valeurs objectives qui, elles, peuvent être opposées aux relations privées (*Ibid.*, §40), puis s'appuie sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui confronte la *Common law* aux « valeurs sous-jacentes » à l'ordre constitutionnel (*Ibid.*, §61), la seconde option étant retenue par la Cour. Dans son opinion concurrente, tout en retenant la même solution, Ismaël Mahomed s'oppose au raisonnement du juge Kriegler (en opinion dissidente) selon lequel une personne privée violant un droit, en refusant par exemple l'accès à un club selon la couleur de peau, n'agirait pour autant pas illégalement puisque ce droit, d'après la Constitution (interprétée par le juge) ne lui serait pas opposable et tant qu'elle ne serait pas habilitée à agir par la loi ; pour Ismaël Mahomed, tout droit a une source positive peu importe qu'il reçoive une sanction et il faut reconnaître qu'il y a là la violation d'un droit, même s'il n'est pas opposable (*Ibid.*, §78), et postulant, comme le veut l'opinion majoritaire, que la *Common law* applicable à tous « needs to be revisited and revitalized with the spirit of the constitutional values defined in Chapter 3 of the Constitution » (*Ibid.*, §86). La difficulté étant selon lui de nier à la Constitution son rôle et son « symbole » à l'égard des inégalités vécues par les sud-africains noirs, ce qui est évité, en pratique, par ce contrôle de la *Common law* (*Ibid.*, §85).

<sup>1885</sup> La Cour fait référence à Ronald Dworkin dans huit décisions au 2 janvier 2022. Sept de ces références sont sans rapport direct avec sa théorie du droit. Sur la prévalence de la liberté dans la décision CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §55 ; sur la liberté comme interdépendance fondée sur l'autonomie personnelle et non la licence individuelle théorisée par Dworkin, CCAS, 27 mars 1996, *Bernstein and Others v Bester NO and Others*, opinion concordante de Kriegler, §150 ; sur la censure en matière de pornographie, CCAS, 9 mai 1996, *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others*, *Curtis v Minister of Safety and Security and Others* (Mokgoro) ; sur l'égalité en droit distinguée du traitement équitable, CCAS, 18 avril 1997, *Prinsloo v Van der Linde and Another* (Ackermann, O'Regan et Sachs), §32 ; sur la discrimination fondée sur une politique sociale visant une égalité plus grande, CCAS, 19 août 1997, *City Council of Pretoria v Walker* (Pius Langa), opinion dissidente d'Albie Sachs, §126 ; sur l'importance de la communauté et donc de la participation de tous à la vie politique comme principe démocratique, CCAS, 9 octobre 1998, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (Lourens Ackerman), §133 ; sur l'importance « essentielle et constitutive » de la liberté d'expression dans une démocratie, CCAS, 27 novembre 2020, *Economic Freedom Fighters and Another v Minister of Justice and Correctional Services and Another* (Mogoeng), opinion dissidente de Steven Arnold Majiedt, §95, pour juger contrairement à l'opinion majoritaire que l'atteinte à la liberté d'expression représentée par la condamnation d'une militante qui avait appelé à occuper illégalement une terre était constitutionnelle ; sur plusieurs conceptions de la liberté d'expression, l'une instrumentale postulant qu'elle produit du bien à terme, l'autre constitutive d'une société démocratique, voir CCAS, 30 juillet 2021, *Qwelane v South African Human Rights Commission and Another* (Majiedt), pour confirmer un délit de discours haineux tout en jugeant sa formulation en partie imprécise, dans une affaire qui concernait un discours visant l'homosexualité, et voir CCAS, 14 novembre 2022, *Reddell and Others v Mineral Sands Resources (Pty) Ltd and Others* (Majiedt), §102.

<sup>1886</sup> CCAS, 21 février 2017, *Association of Mineworkers and Construction Union and Others v Chamber of Mines of South Africa and Others* (Cameron), §34. Il s'agit d'un usage intéressant qui vise à déterminer la méthode d'interprétation d'un terme législatif, voir *infra*, section 2, §1, B.

dans leur travail, les juges doivent viser la justice matérielle, qu'il faut déduire des valeurs fondamentales de la Constitution. Après tout, c'est l'injonction faite par la Constitution - la transformation<sup>1887</sup>

Or, cette injonction n'a pas donné lieu à une élaboration conceptuelle de la même nature qu'en Colombie mais plutôt à une lecture serrée de la Constitution. Le style de la Cour est différent : moins porté à la philosophie, il s'attache à reproduire des textes normatifs et à élaborer des raisonnements précisément reliés à la syntaxe des dispositions. Ainsi la Cour constitutionnelle sud-africaine ne s'est pas départie de tout formalisme. La juridiction sud-africaine cite par exemple Ronald Dworkin lorsqu'elle souhaite insister sur l'existence de principes qu'il lui revient d'appliquer mais, contrairement à ce que cet usage laisse penser, se sent tenue par le texte en tant qu'il contiendrait ces principes<sup>1888</sup>. Les principes sont alors maniés comme des règles au sein d'une approche neutre ou objective de l'interprétation ; les valeurs constitutionnelles ne relèvent pas d'une moralité extérieure au texte, de la même manière que l'activisme judiciaire est conçu comme un mandat et non un agenda politique.

Dans la décision *Makwanyane*, la Cour évoque bien le passage des valeurs de l'État constitutionnel à la « justification rationnelle » exigée du gouvernement : la rupture avec le formalisme est une rupture avec « l'arbitraire »<sup>1889</sup>. Aussi dans le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour, les valeurs sont les intérêts concurrents qui permettent de mesurer la justification par

---

<sup>1887</sup> D. MOSENEKE, « The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture : Transformative Adjudication », *South African Journal of Human Rights*, vol. 18, 2002, p. 309-319, p. 316 : « *in their work, courts should search for substantive justice, which is to be inferred from the foundational values of the Constitution. After all, that is the injunction of the Constitution – transformation* ». Les juges doivent en effet élaborer « *a creative jurisprudence of equality coupled with substantive interpretation of the content of 'socio-economic' rights should restore social justice as a premier foundational value of our constitutional democracy side by side, if not interactively with, human dignity, equality, freedom, accountability, responsiveness and openness.* »

<sup>1888</sup> Illustrant un usage inversé d'une approche déductive, dans son opinion concordante dans l'affaire CCAS, *Makwanyane*, §165, répondant à la Cour suprême qui jugeait la peine de mort constitutionnelle puisque la loi renvoyait à des critères précis, le juge Ackerman se dit sceptique sur la possibilité de déduire une interprétation claire et rationnelle de la loi, même pour l'Hercules de Dworkin : « *The fact of the matter is that they leave such a wide latitude for differences of individual assessment, evaluation and normative judgment, that they are inescapably arbitrary to a marked degree. There must be many borderline cases where two courts, with the identical accused and identical facts, would undoubtedly come to different conclusions. I have no doubt that even on a court composed of members of the genus Hercules and Athena there would in many cases be differences of opinion, incapable of rational elucidation, on whether to impose the death penalty in a particular case, where its imposition was, as in the case of section 277(1) of the Criminal Procedure Act, dependant on the application of widely formulated criteria and the exercise of difficult value judgments.* ». Après quoi il estime que le droit à la vie rend de toute évidente inconstitutionnelle toute forme de peine de mort.

<sup>1889</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §156 : « *In reaction to our past, the concept and values of the constitutional state, of the "regstaat", and the constitutional right to equality before the law are deeply foundational to the creation of the "new order" referred to in the preamble. The detailed enumeration and description in section 33(1) of the criteria which must be met before the legislature can limit a right entrenched in Chapter 3 of the Constitution emphasises the importance, in our new constitutional state, of reason and justification when rights are sought to be curtailed. We have moved from a past characterised by much which was arbitrary and unequal in the operation of the law to a present and a future in a constitutional state where state action must be such that it is capable of being analysed and justified rationally. The idea of the constitutional state presupposes a system whose operation can be rationally tested against or in terms of the law. Arbitrariness, by its very nature, is dissonant with these core concepts of our new constitutional order.* »

les pouvoirs publics de l'atteinte aux droits<sup>1890</sup>. Lors de la définition du contrôle de proportionnalité, la Cour affirme pourtant qu'il « n'existe aucun standard absolu avec lequel déterminer le caractère raisonnable et la nécessité » exigés par l'article 36 et donc que les « principes peuvent être établis, mais l'application de ces principes aux circonstances particulières ne peut être faite qu'au cas par cas »<sup>1891</sup>. La juridiction repousse ici non la détermination des obligations lors d'une concrétisation – ce qu'elle ne fait que pour les droits sociaux – mais lors de « l'application » des principes. La phase d'interprétation elle-même est rapidement menée, comme dans la plupart des décisions de la Cour, ce qui a fait dire au juge et universitaire Dennis Davis que la culture juridique sudafricaine n'a pas achevé sa transformation et faisait même obstacle à la transformation sociale telle que la comprennent les approches critiques du droit<sup>1892</sup>.

D'où un paradoxe. Selon la Cour, les valeurs jouent à la fois dans la réalisation du droit<sup>1893</sup> et dans l'obligation qui s'impose aux mesures publiques dans la réalisation des droits, ceux-ci étant associés alors aux valeurs elles-mêmes<sup>1894</sup>. C'est la fonction du test du caractère raisonnable que de mesurer cette réalisation, dans une logique de degré que la Cour déduisait du terme « progressif » visé par la Constitution. La Cour semble alors opposer non les « principes ou valeurs » (ou les droits) entre eux mais ces derniers pris ensemble d'un côté et la nécessité « d'interpréter un document écrit » d'un autre, sans laquelle le risque est de « promouvoir des préconceptions intellectuelles et morales »<sup>1895</sup>. Il existerait donc un espace délimité par le texte lui-même, à l'intérieur duquel

---

<sup>1890</sup> *Ibid.*, §104 : « *The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based upon proportionality* ».

<sup>1891</sup> *Ibid.*, §104 : « *The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of section 33(1). The fact that different rights have different implications for democracy, and in the case of our Constitution, for "an open and democratic society based on freedom and equality", means that there is no absolute standard which can be laid down for determining reasonableness and necessity. Principles can be established, but the application of those principles to particular circumstances can only be done on a case by case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the balancing of different interests.* »

<sup>1892</sup> D. DAVIS, « Transformation: The Constitutional Promise and Reality », *op. cit.* note 218, spec. p. 99-101.

<sup>1893</sup> Par exemple, CCAS, *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others* (O'Regan), §2 : « *The achievement of equality, one of the founding values of our Constitution, will not be accomplished while water is abundantly available to the wealthy, but not to the poor.* »

<sup>1894</sup> *Ibid.*, §79 : « *National government should set the targets it wishes to achieve in respect of social and economic rights clearly. That is consistent with the founding values of our Constitution: government should be accountable, responsive and open* ».

<sup>1895</sup> CCAS, 5 avril 1995, *Zuma and others* (S. Kentridge), §17 : « *While we must always be conscious of the values underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument. I am well aware of the fallacy of supposing that general language must have a single "objective" meaning. Nor is it easy to avoid the influence of one's personal intellectual and moral preconceptions. But it cannot be too strongly stressed that the Constitution does not mean whatever we might wish it to mean.* ».

Dans une affaire concernant le droit des contrats, une opinion concordante cite Ronald Dworkin pour insister sur les précautions avec lesquelles il faut préciser la notion de *fairness*, puisque « *to give content to fairness entails a moral choice or value judgment* », CCAS, 17 juin 2020, *Beadica 231 CC and Others v Trustees for the time being of the Oregon Trust and Others*, opinion concordante de Johan Froneman, §112.

seulement l'interprétation devrait être « généreuse »<sup>1896</sup> ou « large »<sup>1897</sup>, soit une distinction traditionnelle entre droit et politique. Le changement opéré en 1996 n'est alors pas tant une nouvelle culture juridique qu'un changement des valeurs supposément propres au système juridique. Celui-ci a été reconstruit comme progressiste là où il était conservateur des structures sociales auparavant, sans nécessairement qu'un nouveau rapport entre droit et politique soit entièrement assumé. Illustrant cette ambivalence lorsqu'il reprend le terme de constitutionnalisme transformateur proposé par Klare dans un texte aussi célèbre en Afrique du Sud que celui de l'auteur américain, le juge puis président de la Cour Pius Langa estime que les « principes sous-jacents » du texte constitutionnel vont dans le sens d'une reconnaissance d'une « politique du droit »<sup>1898</sup>. Mais de quelle politique s'agit-il puisque les principes proviennent d'un texte conçu comme le support du droit ?

## B. L'intégration du contexte dans un raisonnement pragmatique

Le discours de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud emprunte autant aux idées nord-américaines du libéralisme juridique qu'elle les adapte à sa manière (1), notamment par un usage explicite du fait et du contexte (2).

### 1. Une Cour du Nord ?

La distinction qui est maintenue entre droit et politique, le droit étant conçu comme une lecture de la Constitution, nuance alors la réception des idées de Ronald Dworkin, ou plutôt caractérise leur adaptation dans une variante particulièrement formelle. Il ne s'agit en effet pas pour la Cour de dépasser la distinction entre droit et politique comme le proposait l'auteur américain, qui considérait la morale comme juridique à partir du moment où elle fait l'objet d'un consensus au sein de la communauté juridique. Le refus du formalisme dans les discours constitutionnalistes sud-africains ne correspond pas à un abandon de la logique déductive par la Cour sud-africaine mais au remplacement des règles par les principes en maintenant une logique similaire. En outre, la lecture téléologique est compensée par une lecture systématique qui n'est pas tant la fin d'un formalisme,

---

<sup>1896</sup> Voir *supra*, section 1, §2, A, 1.

<sup>1897</sup> La Cour dans *Zuma* cite alors et souligne elle-même un passage d'une décision de la Cour constitutionnelle du Botswana selon laquelle une construction « *embodying fundamental rights should as far as its language permits be given a broad construction* », CCAS, *Zuma and others*, *op. cit.*, §18. Citant ensuite extensivement des décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis et fait référence à un « *centuries-old principle of English law* » (§25), la Cour juge inconstitutionnelle une disposition du Code pénal qui présumait que les aveux étaient recueillis librement et sans contraintes, alors qu'il était clair, selon la Cour, que la présomption d'innocence garantie à l'article 25 de la Constitution faisait obstacle à une présomption légale qui, elle, présumait la validité d'éléments incriminants.

<sup>1898</sup> P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, n° 3, 2006, p. 351-360, p. 353 : « *Under a transformative Constitution, judges bear the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values. This approach to adjudication requires an acceptance of the politics of law. There is no longer place for assertions that the law can be kept isolated from politics. While they are not the same, they are inherently and necessarily linked.* ».



comme une lecture littérale, que la fin d'une interprétation qui serait attachée aux dispositions prises isolément. Là où la Cour colombienne reconstruit une norme constitutionnelle *via* la philosophie et en s'adossant à de multiples dispositions prises ensemble<sup>1899</sup>, la Cour sud-africaine associe différentes dispositions sans nécessairement leur donner un contenu à chacune, ni surtout un sens commun qui dépasse la seule assertion, quitte à assumer ne pas avoir à choisir un fondement précis en faisant de l'intersection des valeurs une interprétation en soi<sup>1900</sup>. La Cour combine alors plusieurs lectures littérales ou choisit, parfois, de combiner une lecture littérale isolée à une lecture littérale combinée voire à une ou plusieurs lectures téléologiques, qui donnent lieu à une évidence dans la formulation de ses opinions.

C'est notamment le cas en matière de droits sociaux, que la Cour refuse de définir *prima facie* et réduit à leur mode de contrôle. Elle ne donne pas à voir un raisonnement d'équité ou d'efficacité pour autant mais se sert d'une lecture littérale et systématique du texte constitutionnel pour faire valoir un principe d'interprétation non explicite selon lequel ce qui n'est pas explicitement obligatoire selon les termes du texte constitutionnel ne peut être imposé aux autorités publiques. Dans l'affaire *Grootboom*, la Cour s'attache aux mots « accès » et « réalisation progressive » et à « la Constitution comme un tout » pour exclure un droit de tous à un toit ainsi que la définition d'un contenu minimal du droit au logement<sup>1901</sup>. Plus explicitement encore, dans la décision *Soobramoney*, la Cour évoque une interprétation « téléologique » et « généreuse »<sup>1902</sup>, mais la relie immédiatement à une lecture systémique qui lui permet de faire obstacle à une lecture qu'elle qualifie de « littérale » et qui, elle, ferait du droit à la santé un droit aux soins médicaux pour tous, prévu au premier alinéa de l'article 27, ou les soins d'urgence, prévus au troisième alinéa, tandis que le second alinéa évoque

---

<sup>1899</sup> Voir *infra*, §2.

<sup>1900</sup> Voir par exemple la lecture de la jurisprudence proposée par Albie Sachs : « *Concepts of hybridity and permeability of rights have not been the subject of direct theorisation in this Court. And the facts of this case do not necessitate the determination of all the possible consequences lying in the wake of their receiving due acknowledgment in appropriate cases. Yet some guidance can be sought from the manner in which this Court has emphasised the intersection and interrelatedness of different protected rights in particular matters, and highlighted the influence of overarching values. Thus, when dealing with capital punishment in Makwanyane, the Court stressed the overlap and interaction between the rights to life and dignity on the one hand, and the right not to be subjected to cruel, inhuman or degrading punishment on the other; far from being mutually exclusive, each of these protected rights was seen as reinforcing and adding substance to the others. Similarly in the Sodomy case, emphasis was put on the interconnection between the rights to equality, dignity and privacy respectively. A choice between them was not required. Grootboom expressly referred to the indivisibility and interrelated character of protected rights, emphasising that the determination of what was reasonable in relation to the right of access to adequate housing had to take account of the right to dignity, and the gender and racial dimensions involved. In Khosa the question was whether withdrawal of certain welfare entitlements for permanent residents who were not South African citizens, raised a question of equality (non-discrimination), or of the right of access to social welfare, and whether the rights of the child also featured. Mokegoro ] stated: "[i]n this case we are concerned with these intersecting rights [socio-economic rights and the founding values of human dignity, equality and freedom] which reinforce one another at the point of intersection."* », CCAS, 5 octobre 2007, *Sidumo and Another v Rustenburg Platinum Mines Ltd and Others (Mahomed Nava)*, opinion concordante d'Albie Sachs, §152-154.

<sup>1901</sup> CCAS, 4 octobre 2000, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, §27-28. En effet, « *Socio-economic rights must all be read together in the setting of the Constitution as a whole* » (*Ibid.*, §24). Aussi, les articles 26 et 27 – « *are related and must be read together* » (*Ibid.*, §34).

<sup>1902</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*, §16.

lui la limite des ressources publiques et vient donc limiter les autres dispositions, faute d'une limitation et plus faute d'une formulation plus précise ou d'un « contexte » qui appelle à ladite lecture généreuse<sup>1903</sup>, ce qui conduit à exclure la fourniture du soin coûteux à tous<sup>1904</sup>. Dans la décision *TAC*, la Cour refuse, à nouveau, d'accorder un droit aux soins médicaux et plus largement des droits sociaux à tous en arguant du fait qu'une lecture « téléologique » des articles 26 et 27 « ne mène pas à une autre conclusion »<sup>1905</sup>. La Cour appelle lecture téléologique une lecture systématique qui utilise une disposition pour en limiter une autre, sans énoncer clairement le critère qui lui permet de faire ce choix. Les ressources publiques qui sont le fondement substantiel à la limitation pourraient être envisagées comme la finalité qu'une lecture téléologique apporterait ou comme un principe à pondérer avec un droit, mais elles sont en réalité uniquement considérées du point de vue de la formulation du deuxième alinéa de l'article 27. Seul l'argument de la compétence de la Cour, qui limite l'imposition d'obligations positives dans sa jurisprudence<sup>1906</sup>, n'est pas relié à la lettre du texte. Ce mode de raisonnement sert dans un second temps à recréer une déduction qui ne part plus du texte mais d'un principe non-écrit de limitation. L'approche donnée des droits n'est alors pas tout à fait étrangère aux jurisprudences de cours dites du Nord, et ne traduit en tous cas qu'un activisme mesuré si celui-ci est pris comme une audace interprétative.

Une explication similaire peut être apportée aux éléments postcoloniaux quelquefois mobilisés par les discours constitutionnalistes sur l'Afrique du Sud. Si l'uBuntu a pu être mis en avant comme une version sud-africaine de la dignité humaine<sup>1907</sup>, force est de constater que la décision *Makwanyane* donne à voir un raisonnement typique de ce que les discours du constitutionnalisme transformateur associent à une cour du Nord. Les onze opinions concordantes, suivant la première rédigée par le Président Chaskalson, jugent la peine de mort contraire à la Constitution intérimaire, et mobilisent les mêmes droits et libertés : l'égalité, le droit à la vie, la protection de la dignité humaine et l'interdiction des traitements cruels et dégradants, tous protégés par le texte de 1993. Les opinions évoquent toutes les décisions des Cours suprêmes des États-Unis et du Canada, et presque toujours des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de pays européens, notamment l'Allemagne sur le contrôle de proportionnalité<sup>1908</sup>. La décision éclaire

---

<sup>1903</sup> *Ibid.*, §19. En effet, *Ibid.*, §17 : « *The purposive approach will often be one which calls for a generous interpretation to be given to a right to ensure that individuals secure the full protection of the bill of rights, but this is not always the case, and the context may indicate that in order to give effect to the purpose of a particular provision "a narrower or specific meaning" should be given to it.* »

<sup>1904</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, A, 1.

<sup>1905</sup> CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §35 : « *A purposive reading of sections 26 and 27 does not lead to any other conclusion. It is impossible to give everyone access even to a 'core' service immediately. All that is possible, and all that can be expected of the state, is that it act reasonably to provide access to the socio-economic rights identified in sections 26 and 27 on a progressive basis.* ». Voir plus largement *supra*, chapitre 2, section 1.

<sup>1906</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1.

<sup>1907</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 2.

<sup>1908</sup> Voir notamment les opinions des juges Ackerman (§152-172) et Kentridge (§191-204).

ainsi les droits du texte de 1993 en consacrant au droit comparé la majeure partie de ses développements. L'uBuntu évoqué par quatre opinions n'ajoute rien au raisonnement mené. Outre que le résultat est le même (la peine de mort est contraire à la Constitution), les quatre opinions fondent leur conclusion sur les mêmes droits et libertés utilisés par les autres juges, notamment le droit à la vie, et viennent simplement utiliser l'uBuntu pour les inscrire dans le contexte culturel sud-africain sans que cela n'en change le sens. Karl Klare trouvait la décision riche mais décevante, car abstraite quand il s'agissait de préciser les valeurs sud-africaines affectées par la peine de mort ou les questions raciales et socio-économiques en jeu<sup>1909</sup>. On comprend que la décision vient nourrir son observation d'un décalage entre un important progressisme politique des juristes sud-africains (après tout, la décision rejette la peine de mort à l'unanimité) et le maintien d'un conservatisme juridique. Ce dernier se voit en particulier lorsqu'est invoqué « un argument classiquement littéral »<sup>1910</sup> au soutien de l'abolition de la peine de mort : celle-ci découlerait logiquement du droit à la vie et de l'interdiction des traitements cruels et inhumains, et viendrait alors tout autant justifier l'application forte de droits économiques et sociaux pour préserver la vie<sup>1911</sup>.

C'est une différence majeure d'avec, par exemple, la référence aux cosmogonies indigènes dans la jurisprudence colombienne, qui jouent le constitutionnalisme holiste contre l'individualisme libéral<sup>1912</sup>. L'uBuntu n'est en réalité pas conçu comme une valeur sud-africaine collective qui s'opposerait à d'autres plus libérales ou individualistes<sup>1913</sup>, mais comme un complément qui viendrait éclairer à la lumière sud-africaine le droit à la vie et la dignité humaine, dont l'interprétation est basée dans les onze opinions sur des décisions nord-américaines ou européennes. Ainsi l'Afrique du Sud comme « l'héritage culturel occidental » se retrouvent sur les mêmes valeurs, car « la vie et la dignité

---

<sup>1909</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 172-174. Klare cite d'ailleurs en particulier les opinions des juges Langa, Madala, Mahomed et Mokgoro, sans remarquer qu'elles ont en commun d'évoquer l'uBuntu contrairement à l'opinion majoritaire de Chaskalson.

<sup>1910</sup> *Ibid.*, p. 174 : « a classically literalist argument ». Duncan Kennedy évoque d'ailleurs un « ami » qui lui aurait dit sa déception de voir une telle argumentation déductive dans les mémoires adressés à la Cour, D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 74, p. 106 : « A friend recently lamented that the briefs before the South African Constitutional Court in the Death Penalty Case were "formalist" because they tried to answer the constitutional question, pro or con, by reference to the words "right to life" in the South African constitution, without reference to the history of apartheid ».

<sup>1911</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 69, p. 175 : « The 'right to life' cannot plausibly be given the literal meaning that the state cannot take life. In the sense of 'but-for causation,' the government takes life every day, for example, by defraying routine expenditures (say, for gardening at the Parliament building) whilst preventable infant mortality or fatal child malnutrition still exist in South Africa. To reach the conclusion that the 'right to life' entails abolishing capital punishment, one must provide a theory or interpretation of what 'life' within this section of the text means or, rather, should mean. »

<sup>1912</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2.

<sup>1913</sup> Sur les interprétations contraire proposées par la doctrine, voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 2.

sont les deux faces d'une même pièce. Le concept d'uBuntu les incarne toutes deux<sup>1914</sup> ». La spécificité locale est alors opportunément effacée et l'on comprend à cette aune que le concept n'ait pas été utilisé dans la jurisprudence outre mesure. La Cour constitutionnelle n'a pas élaboré la « théorie du droit arc-en-ciel » inspirée des traditions locales qui aurait pu lui permettre de fonder un nouveau rapport entre droit et politique, en admettant notamment « des valeurs politiques et morales »<sup>1915</sup>.

Une approche plus critique voit dans l'usage rhétorique de l'uBuntu un mythe de l'autochtonie par lequel on enferme l'Afrique dans un patrimoine primitif, comme avec la valorisation d'un rapport spécifique entre la nature et la culture<sup>1916</sup>. Puisque le droit joue le rôle discursif d'une normalisation de représentations sociales, cette patrimonialisation peut tirer du droit constitutionnel une légitimité politique qui compense la réalité des rapports mondialisés<sup>1917</sup>. De manière intéressante, l'usage récent du concept d'intersectionnalité par la Cour amène à une défense en termes d'origine géographique pour éluder l'extranéité de la référence<sup>1918</sup>. De même, une très rare référence à l'uBuntu dans une opinion dissidente du futur président de la Cour, Mogoeng Mogoeng, le mobilise en accentuant une spécificité des valeurs sud-africaines pour estimer que la diffamation devait être caractérisée à l'égard de journalistes qui avaient rappelé le passé violent, durant l'Apartheid, d'un policier qui allait être nommé à un poste important<sup>1919</sup>. Mogoeng Mogoeng s'oppose alors à ce que la liberté d'expression puisse être utilisée pour « diaboliser » des personnes qui ont confessé leurs crimes lors du processus transitionnel et rejette explicitement la référence aux États-Unis dans la définition de ce droit, jugeant qu'il « ne sert à rien d'importer ce que nous

---

<sup>1914</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, §311 (Mokgogo) : « *Western cultural heritage* » ; « *life and dignity are like two sides of the same coin. The concept of ubuntu embodies them both* ». Les deux héritages culturels sont présentés en des termes finalement très similaires : « *While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation. In South Africa, ubuntu has become a notion with particular resonance in the building of a democracy. It is part of our "rainbow" heritage, though it might have operated and still operates differently in diverse community settings. In the Western cultural heritage, respect and the value for life, manifested in the all-embracing concepts of humanity and menswaardigheid are also highly prized.* » (*Ibid.*, §308).

<sup>1915</sup> Comme y appelle par exemple A. COCKRELL, « Rainbow jurisprudence », *South African Journal on Human Rights*, vol. 12, n° 1, 1996, p. 1-38, notamment p. 9 (« *political and moral values* »).

<sup>1916</sup> F. GIAVALUCCHI, « Le devenir africain du monde, une utopie ambiguë », *Esprit*, n° 483, 2022, p. 131-140, p. 133-134.

<sup>1917</sup> Sur le rôle que joue le constitutionnalisme dans la constitution de l'idée de peuple et d'un socle de valeurs nationales – et non seulement la transformation sociale –, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1918</sup> CCAS, 19 novembre 2020, *Mablangu*, *op. cit.*, §76 : « *There is nothing foreign or alien about the concept of intersectional discrimination in our constitutional jurisprudence. It means nothing more than acknowledging that discrimination may impact on an individual in a multiplicity of ways based on their position in society and the structural dynamics at play. There is an array of equality jurisprudence emanating from this Court that has, albeit implicitly, considered the multiple effects of discrimination.* »

<sup>1919</sup> CCAS, 8 avril 2011, *The Citizen 1978 (Pty) Ltd and Others v McBride* (Edwin Cameron), opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §217-218.

avons déjà » avec notamment le primat de la dignité humaine<sup>1920</sup>. Albie Sachs mobilisait parfois la notion, mais au service d'une vision particulièrement affective du droit et de la Cour elle-même qui ne traduit pas nécessairement une position de fond, de la même manière qu'il évoquait parfois l'image de la justice africaine rendue sous un arbre<sup>1921</sup>.

Une explication de la réception des travaux critiques de Karl Klare malgré tout se trouve sans doute dans le fait qu'un courant qu'une auteure a qualifié de « pragmatiste » a repris du réalisme américain sa vocation à transformer la réalité socio-économique, dans une optique de justice matérielle<sup>1922</sup>, sans pour autant adhérer à une position critique sur l'interprétation juridique. Ce changement de sens permet d'expliquer pourquoi un juge comme Pius Langa reprend si facilement le texte de Karl Klare, dans le double sens de la transformation de la réalité sociale et de la culture juridique : mais si cette dernière est assurément conçue en rupture avec le supposé formalisme de l'Apartheid, elle n'est pas pour autant admise comme le phénomène plus subjectif auquel appelle Karl Klare<sup>1923</sup>. Ainsi, s'il est souvent admis que les constitutions transformatrices mettent en cause une distinction nette entre droit et politique, il semble que le terme de « politique » ne soit pas toujours compris de la même manière. Chez les réalistes américains, il renvoie aux préférences politiques que le juriste utilise plus ou moins consciemment dans son travail interprétatif<sup>1924</sup>. Chez beaucoup d'auteurs sud-africains ou latino-américains qui invoquent Klare, la politique renvoie plutôt à un ensemble de valeurs constitutionnelles, conçues avec une certaine objectivité<sup>1925</sup>. Personne ne songerait à dire qu'il n'y a pas de politique dans la Constitution sudafricaine, mais ce n'est pas nécessairement la politique à laquelle pensent les discours critiques américains, qui ont pourtant participé à formuler les termes du débat juridique dans les deux pays. C'est précisément parce que la Constitution a changé en 1996 que les juristes et juges sud-africains ont pu dire que leur jurisprudence était progressiste tout en restant juridique au sens où elle était déduite du texte constitutionnel.

---

<sup>1920</sup> *Ibid.*, note 221 : « *We should only borrow what we do not have. Our first port of call should be the interpretation and development of our Constitution and our law in general based on our unique history, experience and conditions.* »

<sup>1921</sup> Voir *infra*, chapitre 6.

<sup>1922</sup> K. VAN MARLE, « Transformative Constitutionalism as/and Critique », *op. cit.* note 217, p. 293-295. Il s'agirait d'un « progressive realism » tel que distingué d'un « radical realism » dans le contexte américain. En Afrique du Sud, l'auteure y associe notamment Theunis Roux, et cite David Bilchitz et Sandra Liebenberg pour leurs travaux sur les droits économiques et sociaux, même s'il n'est pas clair qu'elle les rattache à un courant issu du réalisme juridique.

<sup>1923</sup> Pius Langa le précise bien : il reprend Karl Klare en détail mais pose une limite à la transformation de la culture juridique, en ce que « *Judges do not have a free rein to determine what the law is. (...) This limit on judicial law-making is encapsulated in the idea of the separation of powers.* » (P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 269, spec. p. 158)

<sup>1924</sup> Le sens du politique peut néanmoins là aussi être complexifié pour mieux comprendre la justice constitutionnelle, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1925</sup> Voir P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 269, p. 357.

Sans surprise, Ronald Dworkin a loué l'approche de la Cour constitutionnelle en jugeant que deux lectures pouvaient être faites du texte de 1996, l'une substantielle, qui visait à donner à chacun le droit aux biens sociaux visés, l'autre égalitaire, consistant à s'assurer de la bonne répartition des ressources existantes ; la Cour aurait choisi l'une ou l'autre des approches dans ses premières affaires, trouvant à chaque fois la bonne interprétation<sup>1926</sup>. D'un point de vue critique, on peut comprendre l'influence de l'objectivisme moral et du libéralisme juridique si l'on les conçoit comme une activité de justification, comme le fait par exemple Dennis Davis, qui reprend l'aspect post-moderniste de la critique du raisonnement juridique proposée par Duncan Kennedy<sup>1927</sup>. Le droit n'est alors pas conçu comme une détermination stricte mais un matériau qui peut être travaillé par la délibération<sup>1928</sup>, tout comme il était manié par les juristes libéraux contre l'Apartheid<sup>1929</sup>. Cette approche pragmatique peut encore être nuancée par une étude plus normative<sup>1930</sup>. La justification peut alors être conçue comme un processus de réflexivité irréductible à la détermination de principes, sans quoi elle ne serait plus qu'une légitimation du pouvoir politique<sup>1931</sup>.

## 2. L'interprétation contextuelle de la Cour

Si la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud semble manier les principes et les valeurs comme des règles, elle n'obère pourtant pas une logique de pondération. Au contraire, elle recourt abondamment à la proportionnalité, quand bien même elle s'en sert, en matière de droits sociaux,

---

<sup>1926</sup> R. DWORKIN, « Response to overseas commentators », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 4, 2003, p. 651-662, spec. p. 651-653.

<sup>1927</sup> D. DAVIS, « Duncan Kennedy's a Critique of Adjudication: A Challenge to the Business as Usual Approach of South African Lawyers », *op. cit.* note 218.

<sup>1928</sup> *Ibid.*, p. 709. La délibération peut alors s'entendre comme la détermination de principes juridiques au sein d'une communauté juridique au sens de Ronald Dworkin, D. DAVIS, « Dworkin: A Viable Theory of Adjudication for the South African Constitutional Community », *op. cit.* note 217.

<sup>1929</sup> D. DAVIS, « Duncan Kennedy's a Critique of Adjudication: A Challenge to the Business as Usual Approach of South African Lawyers », *op. cit.* note 218, p. 703s.

<sup>1930</sup> Pour une critique, voir le texte de J. VAN DER WALT, « The Quest for the Impossible, the Beginning of Politics: a Reply to Dennis Davis », *South Africa Law Journal*, vol. 118, n° 3, 2001, p. 463-472, qui récuse le qualificatif utilisé par Dennis Davis tout en estimant que l'usage de Duncan Kennedy fait par l'auteur n'aurait jamais sa place dans le curriculum sud-africain de toute façon. À l'inverse selon Johann van der Walt, il faut accepter de se défaire d'une prétention objective et démocratique, puisqu'il ne peut y avoir de sens déterminé au droit ni de peuple à représenter (citant Claude Lefort) : « *we are irredeemably fated to play out our language games. We are stuck within our own normative practices. There is simply no chance of articulating a transcendent critique that would not be yet another expression of the very normative practices we are criticizing.* » (*Ibid.*, p. 464-465).

<sup>1931</sup> J. VAN DER WALT, H. BOTHA, « Democracy and Rights in South Africa: Beyond a Constitutional Culture of Justification », *Constellations*, vol. 7, n° 3, 2000, p. 341-362. J. VAN DER WALT, « The Quest for the Impossible, the Beginning of Politics: a Reply to Dennis Davis », *op. cit.* note 301, p. 469, qui insiste au contraire sur le caractère « sacrificiel » de la justification qui devrait toujours mener à se priver de quelque-chose, comme de la fidélité au droit conçu comme objectif. Et Johan van der Walt de reprocher à Duncan Kennedy d'être décisionniste (d'où son scepticisme et sa critique des droits), alors qu'il faudrait au-contraires dépasser la justification pour ne plus considérer qu'un espace vacant du pouvoir : « *The distinction between justification and justice is the beginning of politics. The distinction between justification and justice postpones indefinitely the claim that our justifications reflect or constitute the reality of politics or a just political order. In other words, the distinction between justification and justice vacates the scene of power. It proscribes the occupation of this scene. It reserves this scene for the entry of more than one and/or multiple entries.* » (*Ibid.*, p. 469).

pour mesurer les violations plutôt que pour mettre en balance les droits ou principes entre eux. D'une manière générale, la Cour réduit souvent les conflits normatifs à leur concrétisation et situe dans cette dernière les valeurs invoquées, plutôt qu'à l'échelle d'un raisonnement théorique. Elle a alors créé une spécificité dans son raisonnement. Dans la décision *Port Elizabeth*, Albie Sachs, face aux dispositions encadrant l'expulsion d'occupants irréguliers, estime que

La fonction du juge dans ces circonstances n'est pas d'établir une hiérarchie entre les différents intérêts en cause, en privilégiant le droit de propriété sur le droit à ne pas être privé de son domicile ou inversement d'une manière abstraite et mécanique. Il s'agit plutôt de pondérer et de réconcilier des demandes opposées d'une manière la plus juste possible en prenant en compte les intérêts en cause et les facteurs propres à chaque cas particulier.<sup>1932</sup>

Le formalisme est alors associé au raisonnement normatif tout entier et la pondération n'est plus celle du test de proportionnalité tel qu'envisagé par Ronald Dworkin ou Robert Alexy, qui consiste à pondérer des principes entre eux. Il s'agit plutôt d'une concrétisation au seul niveau des intérêts factuels. Albie Sachs refuse explicitement toute hiérarchie des valeurs, mais aussi un espace juridique autonome : une telle qualification reviendrait selon lui à distinguer le texte de l'esprit, alors que les valeurs traversent les deux comme un « implicite au sein de la structure et la conception de l'ordre constitutionnel », et ont pour fonction d'aider la Cour à résoudre des conflits (factuels) entre les intérêts en jeu<sup>1933</sup>.

La situation factuelle des requérants ou des personnes qui se trouvent dans la même situation n'est pas oubliée pour autant ; elle est dissoute dans une aporie normative. La Cour échappe au paradoxe qui pourrait être associé à une telle approche par un recours abondant à la notion de contexte, sans que l'on sache bien si elle constitue la norme ou permet de l'appliquer. La

---

<sup>1932</sup> CCAS, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, *op. cit.*, §37 : « *In sum, the Constitution imposes new obligations on the courts concerning rights relating to property not previously recognized by the common law. It counterposes to the normal ownership rights of possession, use and occupation, a new and equally relevant right not arbitrarily to be deprived of a home. The expectations that ordinarily go with title could clash head-on with the genuine despair of people in dire need of accommodation. The judicial function in these circumstances is not to establish a hierarchical arrangement between the different interests involved, privileging in an abstract and mechanical way the rights of ownership over the right not to be dispossessed of a home, or vice versa. Rather it is to balance out and reconcile the opposed claims in as just a manner as possible taking account of all the interests involved and the specific factors relevant in each particular case.* »

<sup>1933</sup> CCAS, 5 octobre 2007, *Sidumo and Another v Rustenburg Platinum Mines Ltd and Others (Navsa)*, opinion concordante d'Albie Sachs, §148-149 : « *Acceptance of hybridity is based on the fact that protected rights in a constitutional democracy overlap, intersect and mutually reinforce each other. Though in particular factual situations the interests secured by the rights might collide, there can be no intrinsic or categorical incompatibility between the rights themselves. Courts should not feel obliged to obliterate one right through establishing the categorical or classificatory pre-eminence of another. On the contrary, the task of the courts is to seek wherever possible to balance and reconcile the constitutional interests involved. In this endeavour the courts will be strongly guided by the constitutional values at stake. The values of the Constitution are strong, explicit and clearly intended to be considered part of the very texture of the constitutional project. They are implicit in the very structure and design of the new democratic order. The letter and the spirit of the Constitution cannot be separated; just as the values are not free-floating, ready to alight as mere adornments on this or that provision, so is the text not self-supporting, awaiting occasional evocative enhancement. The role of constitutional values is certainly not simply to provide a patina of virtue to otherwise bald, neutral and discrete legal propositions. Text and values work together in integral fashion to provide the protections promised by the Constitution. And by their nature, values resist compartmentalisation.* »

Cour en retient plusieurs définitions qui semblent contradictoires en évoquant le « contexte social et historique » comme une méthode d'interprétation des droits fondamentaux, venant alors fonder les droits sociaux sur la réalité sociale, mais aussi de l'interprétation systématique des droits<sup>1934</sup>, et enfin un élément de contrôle du caractère raisonnable des mesures, justifiant de considérer le point de vue des pouvoirs publics<sup>1935</sup>. Lorsqu'elle évoque la réalité sociale, la Cour semble bien plutôt la situer dans une phase de concrétisation – d'où la dénomination de « contexte » pour nommer cette réalité – qui serait extérieure à l'interprétation des droits. Il est alors difficile de déterminer si les valeurs et principes invoqués sont conçues par la Cour comme un contexte moral, notamment lorsqu'elle les présente au moment où elle évoque le contexte social qui pèse sur l'interprétation constitutionnelle plus que cette interprétation elle-même<sup>1936</sup>; ou si elle manie les valeurs et principes comme des règles qui seraient uniquement déduites du texte constitutionnel, laissant alors la morale à l'état pré-juridique ou factuel. Dans la définition même du contrôle de proportionnalité – hors des droits sociaux – la Cour a ainsi pu juger que l'enjeu

est celui du degré qui doit être évalué dans les aspects sociaux et législatifs de la mesure, en considérant les moyens disponibles de manière réaliste dans notre pays à ce jour, mais sans perdre de vue les valeurs ultimes à protéger.<sup>1937</sup>

Or la Cour décide parfois sans citer les valeurs, les principes ou la notion d'interprétation, à l'instar de la décision *Occupiers of 51 Olivia Road* qui établit pourtant une nouvelle ligne jurisprudentielle en

---

<sup>1934</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §22-23 : « *Interpreting a right in its context requires the consideration of two types of context. On the one hand, rights must be understood in their textual setting. This will require a consideration of Chapter 2 and the Constitution as a whole. On the other hand, rights must also be understood in their social and historical context. (...) Our Constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter. Affording socio-economic rights to all people therefore enables them to enjoy the other rights enshrined in Chapter 2. The realisation of these rights is also key to the advancement of race and gender equality and the evolution of a society in which men and women are equally able to achieve their full potential.* » et §25 : « *Rights also need to be interpreted and understood in their social and historical context. The right to be free from unfair discrimination, for example, must be understood against our legacy of deep social inequality* ». La Cour distingue encore cette conception du contexte entre la réalité sociale et les droits constitutionnels autre que celui en cause, *Makwanyane*, §9 : « *the Constitution must not be construed in isolation, but in its context, which includes the history and background to the adoption of the Constitution, other provisions of the Constitution itself* ».

<sup>1935</sup> *Ibid.*, §42 : « *In determining whether a set of measures is reasonable, it will be necessary to consider housing problems in their social, economic and historical context and to consider the capacity of institutions responsible for implementing the programme* ».

<sup>1936</sup> C'est par exemple le cas de la décision *Soobramoney*, à laquelle renvoie la décision *Grootboom*, §8 : « *We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order.* »

<sup>1937</sup> CCAS, 2000, *S v Manamela and Another*, §32 : l'enjeu « *is one of degree to be assessed in the concrete legislative and social setting of the measure, paying due regard to the means which are realistically available in our country at this stage, but without losing sight of the ultimate values to be protected.* ». Comme l'exprime la Cour dans CCAS, 3 mars 2004, *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others*, §37, lors du contrôle de proportionnalité, « *different and sometimes conflicting interests and values may have to be taken into account. Context is all important and sufficient material should always be placed before a court dealing with such matters to enable it to weigh up and evaluate the competing values and interests in their proper context.* » (§37).



faisant reposer sur les autorités publiques une obligation d'engagement substantiel dans des discussions entre les parties à une expulsion<sup>1938</sup>. Comme si les principes et valeurs étaient déjà entrés, par la jurisprudence, dans les dispositions constitutionnelles que la Cour ne fait qu'assortir d'un nouveau mode de contrôle, lequel aurait été contenu dans le précédent.

La Cour a pourtant bien eu recours à un élément extérieur à la logique interne du texte, tout en le cachant par un parallogisme : lorsqu'elle déclare ne pas être compétente pour apprécier les ressources publiques, parce que le texte ne l'y habiliterait pas, elle s'estime en réalité bien compétente pour dire qu'il faut limiter les droits du fait de ressources limitées<sup>1939</sup>. La justification exigée des autorités publiques dans la réalisation progressive des droits sociaux est d'ailleurs autant juridique que politique (« *policy arguments* ») selon la Cour<sup>1940</sup>. On se retrouve alors face à un raisonnement qui postule une distinction entre droit et politique ou morale en admettant que ces derniers, comme éléments extérieurs, viennent informer – au prix d'une autre distinction contestable – l'application, mais non l'interprétation des normes. Cette aporie est bien montrée dans la décision *Mazibuko* dans laquelle la Cour estime qu'« il est clair » que la Constitution n'impose pas de fournir une quantité d'eau « à la demande » - c'est-à-dire un contenu minimal délimité – mais des mesures progressives et raisonnables<sup>1941</sup> ; la juridiction refuse tout autant de fixer ce contenu en tant qu'il pourrait s'agir de l'une de ces mesures, arguant cette fois-ci de raisons factuelles, typiques d'un contrôle de proportionnalité, qui amènent la Cour à juger de la suffisance de la quantité d'eau déjà allouée par les autorités publiques<sup>1942</sup>. Ce second temps d'application ou de concrétisation inclut en réalité une dimension normative que la Cour refuse de considérer en la renvoyant entièrement au factuel, alors même que la raison qu'elle avance comme factuelle au rejet de l'attribution d'un minimum d'eau tient au caractère inéquitable d'une allocation universelle<sup>1943</sup>. Cet argument aurait très bien pu être intégré à une construction de la norme donnant l'accès à l'eau, tout comme plus largement la

---

<sup>1938</sup> CCAS, 19 octobre 2008, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (Zakeria Jacobo).

<sup>1939</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1940</sup> CCAS, 2001, *Moise v Greater Germiston Transitional Local Council: Minister of Justice and Constitutional Development intervening* (*Women's Legal Centre as amicus curiae*), §19.

<sup>1941</sup> CCAS, *Mazibuko*, *op. cit.*, §50 : « *Applying this approach to section 27(1)(b), the right of access to sufficient water, coupled with section 27(2), it is clear that the right does not require the state upon demand to provide every person with sufficient water without more; rather it requires the state to take reasonable legislative and other measures progressively to realise the achievement of the right of access to sufficient water, within available resources.* ». La Cour avance là encore un argument textuel négatif – la Constitution ne l'imposerait pas – et un argument relatif à la compétence du juge – il ne serait pas en mesure de déterminer un contenu minimal, *Ibid.*, §56-65.

<sup>1942</sup> *Ibid.*, §78s. Alors même que la Cour s'est estimée incompétente pour juger de la quantité d'eau à allouer...

<sup>1943</sup> *Ibid.*, §89 : « *Establishing a fixed amount per stand will inevitably result in unevenness because those stands with more inhabitants will have less water per person than those stands with fewer people. This is an unavoidable result of establishing a universal allocation.* ». La Cour rejette à l'inverse les moyens fondés sur l'égalité de traitement concernant le mode de paiement par compteur pré-payé, *Ibid.*, §145s.

limitation des ressources aurait pu faire l'objet d'une conceptualisation par la Cour dans son contrôle en matière de droits sociaux.

Les passages les plus célèbres des décisions *Soobramoney*, *Grootboom* ou *TAC* portent sur l'appréciation des politiques publiques vis-à-vis de l'urgence des soins médicaux ou du relogement sans théorisation d'un contenu normatif au-delà, comme l'a noté David Bilchitz de manière célèbre<sup>1944</sup>. Toute l'approche interprétative choisie par la Cour depuis 1996 revient à mêler principes ou valeurs, déduction ou objectivisme moral, et concrétisation ou casuistique. Elle a embrassé les valeurs qu'elle a déduit de la Constitution de 1996 sans prétendre les créer quand bien même elle leur donnait nécessairement un sens, mais a échappé, en même temps, à leur donner un sens trop précis, par un usage abondant de la concrétisation. Pour Stu Woolman, en « refusant d'en dire plus que ce qui est nécessaire pour résoudre un litige », en donnant l'impression qu'elle ne rend pas de compte à « la communauté des interprètes » de la Constitution, la Cour s'approche d'une « kleptocratie plus que d'une logocratie »<sup>1945</sup>.

La Cour a donné un exemple intéressant de théorisation et d'évitement lorsqu'elle était saisie de la demande d'un syndicat minier, qui avait mené une grève et contestait qu'une convention collective restreignant le droit de grève lui soit applicable, puisqu'il n'était pas signataire de la convention et n'était pas majoritaire dans l'entreprise où elle avait été signée, mais dans les mines dans lesquelles avait eu lieu la grève. Or, si la loi permet d'étendre les conventions aux syndicats majoritaires dans le « lieu de travail » (*workplace*) des employés, le syndicat plaide pour une définition issue du langage commun, qui vise chaque lieu indépendant, ici les mines, et exclut donc que l'accord général lui soit applicable<sup>1946</sup>. La Cour admet que l'interprétation est une question factuelle qui se confond avec l'application à un cas déterminé, citant Ronald Dworkin, pour concevoir le droit comme une construction à partir de diverses sources, dont le langage ordinaire<sup>1947</sup>. Mais la Cour distingue tout de même un sens législatif (*statutory*) qui vise ici l'ensemble des rapports de travail, et donc l'entreprise comme lieu de travail<sup>1948</sup>. Cette question n'est pas une question de constitutionnalité et correspondait au *judicial review* des décisions des juridictions inférieures. Mais le

---

<sup>1944</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>1945</sup> S. WOOLMAN, « The amazing, vanishing Bill of Rights », *South Africa Law Journal*, vol. 124, 2007, p. 762, p. 784-785.

<sup>1946</sup> CCAS, 21 février 2017, *Association of Mineworkers and Construction Union and Others v Chamber of Mines of South Africa and Others*, *op. cit.*, §24s.

<sup>1947</sup> *Ibid.*, §34 : « Applying a statutory definition to the facts is seldom purely “a question of fact”. It is not as though a definition displays a colour and you hold a garment up against it and ask whether it matches. Rather, applying a definition is itself a question of verbal construction, in which constitutional values and statutory objectives remain ever-present. Interpretation and application are coequal tasks ». En effet, « All interpretations of law are themselves in a sense “factual”: certain textual and other sources (for example, statutes, common and customary law) are excavated and marked out as factually “law”, in contradiction to non-law. But this process itself involves a contextual analysis of those sources. »

<sup>1948</sup> *Ibid.*, §35-40.

syndicat jugeait également la disposition législative contraire au droit constitutionnel à la négociation collective, en lui faisant appliquer, selon l'interprétation du lieu de travail à laquelle il s'oppose, une convention à laquelle il n'a pas pris part. La Cour rejette un tel argument en mettant en avant le principe majoritaire qui a été respecté au niveau de l'entreprise, bien qu'au détriment du syndicat requérant dans les mines concernées, et évoque bien différentes interprétations possibles<sup>1949</sup>. De même, la juridiction fait allusion au contexte difficile propre aux relations de travail dans les mines<sup>1950</sup>. La juridiction retient ici une interprétation qui lui semble protéger mieux, d'un point de vue abstrait et général, le droit à la négociation collective, selon un raisonnement ou une « justification » typiquement principiel<sup>1951</sup>. Si bien que la Cour n'en vient pas à examiner les conséquences concrètes de son interprétation pour les droits concernés, et que le contexte, à l'inverse, n'a été utilisé que pour rejeter une lecture alternative.

## §2. La construction normative de la Cour constitutionnelle de Colombie

La Cour constitutionnelle de Colombie a développé des raisonnements qui répondent à l'influence de la théorie constitutionnelle nord-américaine et globalisée dans le pays à partir des années 1990, mais les dépassent par leur richesse philosophique (A). Malgré ses audaces dans l'élaboration d'une norme assumée comme jurisprudentielle, et non textuelle, la Cour a maintenu une ambivalence sur la création normative (B).

### A. L'axiologie de la Cour colombienne

Le constitutionnalisme colombien s'est construit avec l'Amérique du Nord et, dans une moindre mesure, l'Europe (1). La Cour constitutionnelle a élaboré une approche axiologique qu'il est aisé de relier à ces influences (2).

#### 1. L'influence de Ronald Dworkin en Colombie

La spécificité d'un constitutionnalisme du Sud n'est pas aussi évidente dans la jurisprudence qu'elle ne l'est dans les discours généraux et les présentations spontanées des ordres juridiques colombien et sud-africain. Si Daniel Bonilla Maldonado rend hommage aux productions innovantes

---

<sup>1949</sup> Ibid., §51 : « Perhaps a different definition of "workplace" might have worked equally well, or maybe even better, or been fairer to smaller or emergent unions. AMCU makes a plangent case for saying so. But that is not the question before us. Our task as judges is not to pick and choose between the rights and wrongs, advantages and disadvantages, of different constituency models. Our responsibility is much narrower. It is to determine whether the model Parliament has in fact chosen passes scrutiny under the Bill of Rights. »

<sup>1950</sup> Ibid., §2 : « Behind that question, with its lawyerly remoteness, lies the grievous struggle for better wages and conditions for the generations of mineworkers who have laid the foundations for this country's wealth. And at its fore is an increasingly intense contest between unions about which will represent the workers in that struggle now. This litigation is itself part of that contest. »

<sup>1951</sup> Ibid., §50 : « the best justification for the limitation the principle imposes is that majoritarianism, in this context, benefits orderly collective bargaining. »

du constitutionnalisme transformateur, l'auteur colombien admet que celui-ci fait figure d'exception dans le discours doctrinal du Sud et note que bien souvent les cours constitutionnelles elles-mêmes ne font que « reproduire » les concepts et interprétations des juridictions du Nord, par exemple sur le principe de proportionnalité<sup>1952</sup>. Il est alors difficile de simplement caractériser le constitutionnalisme du point de vue d'une origine, qu'il s'agisse de la revendiquer ou de s'en défaire ; ce sont des usages qu'il faut retracer à partir d'influences.

La Cour constitutionnelle de Colombie offre des raisonnements qui, en plusieurs dizaines de pages et parfois une centaine, donne à voir de nombreuses références théoriques et philosophiques. H.L.A Hart et surtout Ronald Dworkin sont souvent cités par la juridiction<sup>1953</sup>. Hart l'est quand il s'agit de mettre en avant la texture ouverte des notions juridiques dans les cas difficiles<sup>1954</sup>, mais c'est Dworkin qui a la préférence des juges<sup>1955</sup>, quand ils ne le citent pas en même temps que son maître britannique<sup>1956</sup>. L'auteur américain est mobilisé lorsqu'il s'agit de fonder un pouvoir créatif du juge sur l'indétermination du droit, mais en dénouant l'illégitimité d'une telle création, lorsque la Cour fait des principes et valeurs une interprétation « systématique, finaliste ou axiologique » de la Constitution ; elle démontre alors qu'il ne s'agit pas d'une création mais d'une garantie des droits<sup>1957</sup>. Ronald Dworkin est influent également au sein de la doctrine constitutionnaliste. On l'observe dans les travaux de Mauricio Garcia Villegas, Rodrigo Uprimny – universitaire et brièvement juge – et César Rodríguez Garavito, qui travaillent chacun sur le constitutionnalisme dans une approche substantielle, en lien avec la sociologie du droit inspirée du

---

<sup>1952</sup> D. BONILLA MALDONADO, « Toward a Constitutionalism of the Global South », *op. cit.* note 9, p. 22-23.

<sup>1953</sup> 83 décisions font référence à Dworkin entre sa création et le 2 janvier 2022, le plus souvent pour évoquer la différence entre règles et principes, lorsqu'il s'agit de dégager l'un des seconds et de le pondérer avec une autre exigence ou norme. Diego López Medina relève 16 références à Hart et 20 références à Dworkin dans la jurisprudence de la Cour entre 1991 et 2003, venant surtout des opinions des juges Gaviria (10 pour Hart, 4 pour Dworkin) et Martínez (10 pour Dworkin, 4 pour Hart), et dans une moindre mesure Cifuentes (respectivement 1 et 4), avec une dizaine de références à Alexy, comme Manuel José Cepeda dans CCC, T-941/01, à l'occasion d'une analyse de la décision Lüth du Tribunal fédéral allemand, D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46 p. 436 et 443s.

<sup>1954</sup> En particulier, Carlos Gaviria Díaz, qui fut juge et universitaire, exprime un attachement solide au positivisme de Hart – et non à Dworkin –, voir CCC, C-083/95, CCC, C-661/97, CCC, C-179/94, CCC, C-651/97, CCC, C-239/97. Pour une rare référence à Kelsen et Hart en tant qu'ils sont distincts, et surtout opposés – et même préférables à Dworkin, dont les principes sont en réalité des règles, voir CCC, C-083/95 (Carlos Gaviria Díaz), §6.2.5, afin de définir les « principes généraux du droit » et la « doctrine » (*doctrina*), évoqués par l'article 230 de la Constitution comme alternative au fondement de la loi pour les décisions judiciaires, comme respectés par une loi contestée de 1887 qui citait des règles générales et la jurisprudence antérieure, les règles étant pour la Cour la même chose que les principes visés par le texte de 1991.

<sup>1955</sup> Il y a 22 références à Herbert Hart dans la jurisprudence de la Cour au 2 janvier 2022, contre 83 pour Dworkin (voir supra note 1953). Alejandro Martínez Caballero est le plus prolix sur Dworkin, voir CCC, T-002/92. CCC, C-340/94. Eduardo Cifuentes Muñoz le cite souvent également, voir CCC, C-486/93, CCC, C-045/96 (opinion dissidente).

<sup>1956</sup> Comme dans la décision T-426/92, *supra*.

<sup>1957</sup> CCC, T-002/92 (Alejandro Martínez Caballero), §2.1.1 et §2.2.

mouvement *Law and society*<sup>1958</sup>. On l'observe également dans les travaux influents de Carlos Bernal Pulido – universitaire et membre de la Cour – sur le principe de proportionnalité qui s'inspire des idées de Robert Alexy<sup>1959</sup>. On l'observe enfin dans les travaux de Manuel José Cepeda Espinosa, lui aussi juge et membre de la Cour, plus attaché à une vision institutionnelle et contentieuse<sup>1960</sup>. Tous ces auteurs participent d'une vision principielle du droit constitutionnel. Avec leurs approches propres, ils mettent en avant le sens social du texte de 1991 sans le voir autrement qu'une norme s'imposant à l'État. S'il est spécifiquement rattaché à l'État social de droit et s'il embrasse les principes et valeurs avec une certaine précision, ce discours n'est pas isolé dans la forme du raisonnement produit, entre dignité, fondamentalisation des droits et proportionnalité.

La circulation des idées juridiques, notamment dans la théorie constitutionnelle, doit aux travaux de la doctrine qui créent un discours et ses termes pour appréhender la réalité juridique, et aux enseignements professés dans les facultés de droit, dont le rôle est particulièrement important en Amérique latine<sup>1961</sup>, où « l'imagination des juristes » est un trait notable<sup>1962</sup>. L'inspiration civiliste du Code civil de 1887, inspiré de la France, se mêlait alors à l'influence de l'Église catholique dans l'enseignement, avec de premières universités catholiques dès le XVII<sup>ème</sup> siècle. La théorie constitutionnelle en particulier a connu un essor immense dans les années 1990 et 2000, après des enseignements qui se concentraient sur les rapports entre pouvoirs, si bien que la rupture avec le formalisme s'entend non pas comme une seule question d'interprétation, mais comme une vision substantielle du constitutionnalisme, enrichi du discours des droits, principes et valeurs. Les idées nord-américaines contemporaines en la matière, en particulier les idées de Ronald Dworkin sur les règles et les principes, ont été popularisées chez les juristes latino-américains par Carlos Nino dans

---

<sup>1958</sup> Voir R. UPRIMNY YEPES, M. GARCIA VILLEGAS, « Corte Constitucional y emancipación social en Colombia », *op. cit.* note 87. M. GARCIA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional : derecho, democracia y cambio social en América Latina », *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, 2012, p. 89-110. R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », *op. cit.* note 87. R. UPRIMNY YEPES, « The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America : Trends and Challenges », *Texas Law Review*, vol. 89, n° 7, 2011, p. 1587-1610. Voir plus largement l'ouvrage important, et les contributions de Rodrigo Uprimny, Mauricio García Villegas et César Rodríguez Garavito, dans B. de S. SANTOS, M. GARCIA VILLEGAS, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, Santafé de Bogotá, Colombie, Colciencias : Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas : Centro de Estudios Sociais, Universidad de Coimbra : Instituto Colombiano de Antropología e Historia : Universidad Nacional de Colombia : Siglo del Hombre Editores, 2001.

<sup>1959</sup> Voir C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, *op. cit.* note 181. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.* note 189

<sup>1960</sup> Voir M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n° 4, 2004, p. 529-700 M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40. M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017

<sup>1961</sup> J.A. COUSO, « The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America », in J.A. COUSO, A. HUNEEUS, R. SIEDER (dir.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010, p. 141-160

<sup>1962</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46, p. 87.

un ouvrage de 1992<sup>1963</sup>. Elles ont pu être importées des États-Unis ou de l'espace comparatiste par les universitaires qui sont devenus eux-mêmes juges<sup>1964</sup>. De même, une influence spécifique en Colombie réside dans le droit international, notamment celui des droits de l'homme, qui agit comme une source doctrinale et juridique<sup>1965</sup>. La Cour fait ainsi souvent référence à des décisions étrangères, en particulier nord-américaines et européennes<sup>1966</sup>.

En Colombie comme en Afrique du Sud, le formalisme a été présenté comme un repoussoir, dépassé par le moment constituant des années 1990. Manuel José Cepeda Espinosa a expliqué ce formalisme par trois facteurs : premièrement, le fonctionnement du pouvoir en Colombie, entre les partis du Frente nacional – qui fait penser au régime à la Westminster que connaissait l'Afrique du Sud ; deuxièmement, la sous-valorisation du droit et des droits par la culture communiste qui formait la principale opposition à l'autoritarisme sur le continent latinoaméricain ; troisièmement, une influence de la culture juridique française<sup>1967</sup>. Les juges et juristes colombiens du XX<sup>ème</sup> siècle et en particulier la Cour suprême concevaient de la même manière les dispositions législatives et les dispositions constitutionnelles et n'évoquaient comme principes que ceux qu'ils estimaient issus du Code civil, sans définition spécifique ni référence à une axiologie<sup>1968</sup>. Selon Diego Lopez Medina, qui a publié un ouvrage sur les influences régionales et transnationales de la théorie du droit latinoaméricaine, l'approche « formaliste » de l'école de l'exégèse française a eu une importance majeure, particulièrement sur le droit civil colombien<sup>1969</sup>, avant d'être contestée par un « antiformalisme » inspiré par la libre recherche de François Gény en droit privé, plus conceptuelle, plus ouverte aux questions morales, et des idées solidaristes de Léon Duguit, avec une approche sociale du droit public<sup>1970</sup>. La Théorie pure du droit de Hans Kelsen a alors joué un rôle déterminant

---

<sup>1963</sup> C. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Analisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional*, Editorial Astrea, 1992

<sup>1964</sup> Pour un examen de leur parcours, voir *infra*, chapitre 6, section 2.

<sup>1965</sup> Voir A.V. BOGDANDY et al. (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, *op. cit.* note 6.

<sup>1966</sup> Entre 1992 et 2001, la Cour colombienne a invoqué 154 décisions étrangères : 54 allemandes, 45 espagnoles, 39 étatsuniennes et 16 françaises, D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46, p. 414-415. On trouve par exemple des références élogieuses aux décisions *Brown v. Board of education* (CCC, T-429/92) et *Roe v. Wade* (CCC, T-133/94) de la Cour suprême des États-Unis.

<sup>1967</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 331, p. 545. Aussi le formalisme de la Cour suprême, dans ce contexte, visait à masquer une action politique parfois réelle, et pas toujours aussi déférente qu'il a pu être dit en 1991, aux yeux du pouvoir politique, M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, *op. cit.* note 331, p. 3-4, voir *supra*, chapitre 1, section 1, §2.

<sup>1968</sup> D. LANDAU, « The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modelling Judicial Behaviour in Latin America », *George Washington International Law Review*, vol. 37, n° 3, 2005, p. 687-744, p. 718-723. Il s'agit d'une situation qui fait encore penser à la culture juridique française, même lorsqu'elle inclut des normes constitutionnelles bien admises comme supérieures, voir *infra*, en conclusion de ce chapitre, avec une référence à Denis Baranger.

<sup>1969</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, *op. cit.* note 46, p. 129-233.

<sup>1970</sup> *Ibid.*, p. 235-340.

en légitimant l'approche formaliste traditionnelle tout en renforçant et en modernisant le positivisme, répondant partiellement aux critiques qui lui était adressées<sup>1971</sup>. Ce renforcement se paie du prix d'une déformation de la Théorie pure par les universitaires qui en ont fait une opposition franche et moderne aux approches antérieure<sup>1972</sup>, tandis que les juristes dans leur ensemble ont plutôt eu tendance à mêler les idées de Kelsen et celles du civilisme<sup>1973</sup>. Il en a résulté une pensée juridique attachée à la règle et à la valeur de la loi, contre toutes les précautions de Kelsen lui-même à l'égard des méthodes d'interprétation<sup>1974</sup>. En 1991 au contraire, la rencontre d'une juridiction constitutionnelle nouvelle et d'une discussion juridique transnationale a produit l'idée, dans la culture juridique nationale, que les décisions n'étaient plus l'application de règles mais la subsumption de principes ; l'accueil réservé aux idées de Ronald Dworkin et Robert Alexy fut d'autant plus grand que la lecture colombienne de Kelsen était pauvre, en le réduisant à une simple logique déductive et littérale<sup>1975</sup>.

Une nouvelle génération de juristes apparaît dans les années 1990, qui privilégie les raisonnements abstraits aux règles concrètes inspirées du Code civil, et regarde les débats nord-américains plutôt que du côté de Kelsen ; ce sont aussi des juristes plus jeunes et anglophones qui s'opposent aux anciens professeurs et juges<sup>1976</sup>. On peut citer en premier lieu Manuel José Cepeda Espinosa lui-même, qui avant d'être membre de la Cour constitutionnelle, fut conseiller du président Gaviria et personnellement impliqué dans le processus constituant, y introduisant ses lectures nord-américaines et une approche du droit comme instrument du changement social inspirée du courant *Law and society*<sup>1977</sup>. Il raconte avoir amené en personne le projet de Constitution rédigé par le gouvernement à Ronald Dworkin à New-York, avec lequel il décrit des échanges très riches<sup>1978</sup>. S'inspirant des limites qu'il observait dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, Dworkin aurait suggéré d'ajouter à la formulation de l'article 13 sur le principe d'égalité la mention des mesures à prendre pour les groupes susceptibles de discrimination, formule sur laquelle

---

<sup>1971</sup> *Ibid.*, p. 343-345.

<sup>1972</sup> *Ibid.*, p. 346-348 et 354s. À l'inverse, et contre une idée reçue, le jusnaturalisme et les théories catholiques du droit naturel n'ont pas une influence déterminante dans la doctrine colombienne selon l'auteur. Ce sont bien les idées du positivisme de l'école libre et du solidarisme contre lesquelles Kelsen est mobilisé.

<sup>1973</sup> Voir plus largement *Ibid.*, p. 341-399.

<sup>1974</sup> *Ibid.*, p. 48-409.

<sup>1975</sup> *Ibid.*, p. 414. Sur l'introduction des travaux de Hart et Dworkin, par les traductions et publications en Espagnol, voir *Ibid.*, p. 440-461.

<sup>1976</sup> D. LANDAU, « The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modelling Judicial Behaviour in Latin America », *op. cit.* note 339, spec. p. 689-711.

<sup>1977</sup> Voir *infra*, chapitre 6, section 2. César Rodríguez Garavito a dans une telle approche une communauté inspiré du discours constitutionnaliste américain qu'il distingue des experts du néolibéralisme, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1978</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 331, spec. p. 31.

la Cour constitutionnelle s'est ensuite appuyée pour élaborer sa jurisprudence progressiste en matière d'égalité.

Le sociologue du droit César Rodríguez Garavito propose de distinguer deux courants, l'un néolibéral, l'autre néoconstitutionnel, qui s'élaborent au même moment dans les années 1990 mais sont portés par des élites différentes<sup>1979</sup>. D'un côté, « une communauté technocratique » d'experts, hauts-fonctionnaires et universitaires, avec de forts liens à l'international, se constitue autour du président Gaviria et dans l'appareil d'État colombien à partir de 1990<sup>1980</sup>. Ils adhèrent à la vision du marché et de l'État qui prévaut dans les organisations internationales. D'un autre côté, une nouvelle élite juridique se forme à partir de la constituante de 1991, dans le groupe qui rédige la Constitution, avec des conseillers du président Gaviria, avec de jeunes juristes colombiens qui ont étudié aux États-Unis où ils trouvent dans le discours des droits des outils intellectuels pour penser les conflits sociaux<sup>1981</sup>. Contre les analyses qui postulent la coïncidence des projets néolibéral et néoconstitutionnaliste, et notamment la thèse de Ran Hirschl<sup>1982</sup>, César Rodríguez Garavito estime qu'il s'agit de deux mouvements parallèles et dont les élites (économico-technocratique et juridique) communiquent, notamment *via* l'influence étatsunienne dans la réforme de la justice pénale portée par le programme USAID<sup>1983</sup>. Mais ce sont également les approches critiques du droit anglophones qui nourrissent, à partir des années 2000, un déplacement du droit vers le changement social et les luttes politiques<sup>1984</sup>.

## 2. La jurisprudence axiologique de la Cour constitutionnelle de Colombie

La Cour constitutionnelle colombienne a élaboré un discours normatif particulièrement créatif, même s'il ne s'agit pas tout à fait de la création libre envisagée par les discours réalistes. Elle

---

<sup>1979</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009, p. 14-15 et 43-45. L'auteur s'appuie notamment sur l'analyse proposée par Dezalay et Garth. Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>1980</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

<sup>1981</sup> *Ibid.*, p. 53-55.

<sup>1982</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>1983</sup> *Ibid.*, p. 56 : « *El consenso entre neoliberalismo y neoconstitucionalismo fue incorporado al texto final de la Constitución, gracias a la influencia de la propuesta del Gobierno en la Asamblea Constituyente y a la composición pluralista de ésta. Fiel a su misión de reconciliar las facciones de un sistema político profundamente dividido y violento, la Asamblea terminó por adoptar ambos tipos de normas: las que permitían la reforma neoliberal (es decir, las que mejoraban la protección de la propiedad y el castigo de los delitos) y las que permitían oponerse a esa reforma (es decir, los derechos sociales exigibles judicialmente y las garantías procesales a los acusados en juicios penales).* ». L'auteur montre notamment comment le programme USAID a financé la réforme de la justice pénale en Colombie, après des débats lors de la Constituante à cet égard, *Ibid.*, p. 46-71. Le gouvernement de Gaviria, qui fait la proposition initiale de Constitution, s'est particulièrement démarqué pour avoir orienté la lutte contre les cartels de la drogue vers une coopération policière et judiciaire des narcotrafiants, et la question des extraditions a été longuement discutée à la constituante, D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, *op. cit.* note 106, p. 267s.

<sup>1984</sup> M. GARCIA VILLEGAS, « Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano », *Análisis político*, vol. 27, n° 82, 2014, p. 167-195, p. 175.



s'insère au contraire dans ce qui est conçu comme une interprétation du texte constitutionnel, bien qu'elle ne soit pas littérale. D'après la juridiction, la notion de droits fondamentaux relève bien d'une reconnaissance par le juge, à partir du texte constitutionnel, alors que celui-ci ne contient pas les droits elle-même. La décision fondatrice T-406/92 liste ainsi les critères de reconnaissance de tels droits en deux étapes, chacune décomposée en deux ou trois éléments, qui mêlent les différentes approches connues de la théorie du droit<sup>1985</sup>. Le premier critère tient aux « exigences essentielles » que sont le contenu des droits et notamment leur « noyau essentiel », que la Cour relie au « jusnaturalisme du XVII<sup>ème</sup> siècle », à la « connexion aux principes », et à l'existence d'un consensus historique et d'une volonté collective » qui rendent « le critère de la consécration explicite insuffisants »<sup>1986</sup>. Le deuxième critère est « analytique » : il s'agit de lire les « droits expressément consacrés » et ceux qui, sans l'être, ont le « caractère de droit inhérent à la personne », et nécessitent une « interprétation systématique ou téléologique », comme les droits sociaux qu'il faut consacrer par connexité avec d'autres droits comme le droit à la vie<sup>1987</sup>. L'autre versant du critère analytique est présenté comme « factuel », par opposition à la seule interprétation du texte constitutionnel<sup>1988</sup>. Cette construction est élaborée à partir d'une affaire concernant des droits sociaux : il s'agissait pour la Cour de justifier leur justiciabilité malgré un texte qui les plaçait dans un chapitre différent de celui renvoyant explicitement aux droits justiciables. La Cour construit donc la notion de droits fondamentaux à partir des différents chapitres du texte de 1991 en reconnaissant leur justiciabilité en *tutela* en fonction de ces facteurs textuels, axiologiques et factuels.

La justification renvoie explicitement à la position des juges dans la société. La Cour affirme qu'il n'est plus possible d'attendre des juges qu'ils interprètent les textes sacrés et rendent ensuite des décisions sans équivoque, en raison de la complexité des sociétés et des systèmes juridiques contemporains, de « la pluralité croissante des intérêts dans une société capitaliste » et de l'asymétrie entre des exécutifs forts et des législatifs faibles<sup>1989</sup>. Au lieu de cela, les juges devraient rétablir le lien entre le droit et la réalité sociale par l'interprétation juridique. Il ne s'agit pas de renier une construction théorique pour s'intéresser à la réalité sociale et factuelle, ni d'opposer l'idéologie ou la politique à une lecture du texte qui serait spécifiquement juridique, mais bien de lier l'ensemble

---

<sup>1985</sup> CCC, T-406/92 (Ciro Angarita Baron, auquel se joignent Eduardo Cifuentes Muños et, dans une opinion concordante, José Gregorio Hernandez Galindo).

<sup>1986</sup> *Ibid.*, §15 : « Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente. »

<sup>1987</sup> *Ibid.*, §15.

<sup>1988</sup> Voir *infra*, B.

<sup>1989</sup> CCC, T-406, 92, *op. cit.*, §9-10.

dans une approche judiciaire nouvelle de la norme. Par la suite, la Cour a développé l'idée d'une Constitution qui ne soit pas seulement un acte normatif sur le fondement duquel contrôler la validité des actes mais le support d'un modèle de société : elle a ainsi distingué à partir de lectures systématiques des dispositions écrites plusieurs ensembles que forment les Constitutions : économique, écologique, sociale<sup>1990</sup>, au-delà de la « Constitution politique » (*Constitución* ou *carta política*) – la dénomination courante du texte de 1991.

La Cour mobilise ainsi une norme qu'elle reconstruit à partir des dispositions textuelles, mais sans s'y limiter. Plusieurs objets normatifs sont ainsi pour elle à la fois droit, valeur et principe : ainsi du droit à la vie<sup>1991</sup> ou de la dignité humaine<sup>1992</sup>. De même, l'État social de droit occupe une place centrale dans la jurisprudence depuis 1992. Les termes du premier article de la Constitution, « la clef normative qui irradie tout le texte fondamental<sup>1993</sup> », ont une « charge sémantique énorme » d'après la décision T-406/92 ; la Cour reconnaît qu'ils sont en eux-mêmes similaires aux mots de ce qu'elle nomme le constitutionnalisme occidental<sup>1994</sup>, mais dont l'erreur, selon elle, est d'y avoir associé une théorie normativiste « cohérente et rationnelle » là où les énoncés constitutionnels, nécessairement indéterminés, donnent lieu à des « solutions bancales et contradictoires »<sup>1995</sup>. La réponse à ce problème ne peut consister à fuir le terrain des valeurs, qui « représentent le catalogue axiologique dont découlent le sens et la finalité des autres règles du système juridique peuvent ou non être explicitement consacrées<sup>1996</sup> ». Citant Ronald Dworkin, la Cour estime que les valeurs et principes juridiques<sup>1997</sup> ne sont pas des mots ou même des symboles, mais des réalités qui « irradient le cadre institutionnel<sup>1998</sup> » et doivent être distinguées des règles. La Cour va plus loin lorsqu'elle

---

<sup>1990</sup> CCC, T-411/92 (Alejandro Martínez Caballero), §2.2 : « *La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento -en la medida que regula la creación jurídica-, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural.* »

<sup>1991</sup> La Cour estime de manière constante que le droit à la vie n'a pas pour seul sens d'empêcher la mort, pour justifier une décision déclarant constitutionnelle un amoindrissement de la peine pour l'aide à l'euthanasie (CCC, C-239/97, *op. cit.*, §C-1) ou pour dépénaliser elle-même l'avortement (CCC, C-355/06 (Jaime Araújo Rentería et Clara Inés Vargas Hernández)).

<sup>1992</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1.

<sup>1993</sup> CCC, T-406/92, §6. Voir aussi CCC, T-426/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §7, qui parle d'unité normative de la Constitution.

<sup>1994</sup> CCC, T-406/92, *op. cit.*, §15.

<sup>1995</sup> *Ibid.*, §4. Selon la Cour, il faut se défaire de la « *pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente* » (*Ibid.*, §4).

<sup>1996</sup> *Ibid.*, §7 : « *Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no* ».

<sup>1997</sup> La Cour distingue alors (au-delà de Dworkin qui distinguait principes et règles) les valeurs, générales, des principes plus concrets, comme l'État social de droit, relevant de l'office du juge, tandis que la définition des valeurs reviendrait au législateur.

<sup>1998</sup> *Ibid.*, §7 : « *No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional* ».

estime que l'État social de droit, c'est-à-dire l'alliance entre l'État social et la démocratie constitutionnelle, constituent une « transformation quantitative et qualitative » dont le sens est d'augmenter la « création juridique »<sup>1999</sup>. On trouve un enchaînement d'idées similaire à celui proposé par Karl Klare six ans plus tard.

## B. La théorisation exigeante de la Cour

Au-delà des influences, la Cour constitutionnelle de Colombie a construit une norme à côté du texte de 1991 tout en l'y reliant (1), justifiant ses interprétations les plus audacieuses par des recours explicites à la théorie du droit (2).

### 1. L'esprit du texte de 1991 d'après la Cour

Une différence argumentative majeure distingue la Cour constitutionnelle de Colombie de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. La première élabore des constructions normatives sophistiquées à partir du texte mais de manière explicitement distincte de l'énoncé, en joignant souvent plusieurs dispositions d'une manière que la doctrine comparatiste qualifie parfois de faisceau de droits ou « *bundle of rights* » pour évoquer un ensemble de demandes et prérogatives<sup>2000</sup>. Le changement radical opéré à partir de 1991 réside alors dans la manière qu'a eu la Cour d'élaborer une norme ou un discours sur la normativité constitutionnelle, qui n'est pas dissociable de sa manière de rédiger ses décisions, par de longs raisonnements empruntant à la discussion doctrinale et à la philosophie. Les jugements sont présentés d'une manière très structurée avec des intertitres, résumant les faits, la procédure, les arguments des parties et les interventions des *amici curiae* et institutions comme la *Procuraduría*, avant un exposé de la motivation, souvent la partie la plus longue, qui commence généralement par une démonstration du sens de la norme. La Cour l'applique ensuite aux faits et conclut d'un dispositif, avant de laisser place aux éventuelles opinions concordantes ou dissidentes. La partie argumentative propre au jugement prend un ton d'objectivité en reliant le texte, la jurisprudence et des références externes. Ce trait argumentatif et conceptuel n'est pas dissociable d'une approche institutionnelle qui place la Cour au centre de l'ordre juridique et politique, avec l'idée que la Constitution est une norme juridique mais aussi sociale, qui s'impose à tous les acteurs, et n'est pas seulement un ensemble de règles organisant les pouvoirs. C'est ce

---

<sup>1999</sup> *Ibid.*, §3.

<sup>2000</sup> Voir par exemple J. KING, « Social rights in comparative constitutional theory », in G. JACOBSON, M. SCHOR (dir.), *Comparative constitutional theory*, E. Elgar, 2018, p. 144-166, spec. p. 150-151, qui évoque autant les prérogatives découlant d'un concept de droits sociaux que les biens sociaux visés par les théories de Sen et Rawls. Le terme lui-même vient plutôt de Wesley Hohfeld qui définissait les droits comme un ensemble de réclamations et prérogatives plutôt qu'une entité métaphysique ou morale, en particulier pour théoriser un droit de propriété au-delà de la seule possession légale d'un bien, P. IRELAND, « Property law », in E. CHRISTODOULIDIS, R. DUKES, M. GOLDONI (dir.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar, 2019, p. 260-282

changement que la Cour a théorisé et justifié en produisant elle-même un discours sur ce changement.

Lorsque la Cour présente les critères d'identification d'un droit fondamental en 1992, elle distingue un critère essentialiste d'un critère analytique, lequel renvoie à une interprétation systématique, mais également à une étape « factuelle » distincte, selon une démarche que la Cour qualifie d'« inductive » et qui vient des faits de l'espèce ; la réconciliation faits et normes s'opère par l'action du juge<sup>2001</sup>. Les « représentations collectives » et « la vision de la société » intègrent alors l'interprétation<sup>2002</sup> dans une manière plus explicite de concevoir le fait que la notion de contexte en Afrique du Sud. Pour réduire l'argument d'un pouvoir discrétionnaire, la Cour distingue les valeurs – qui devraient être fixées par le législateur ou le constituant – qui ne peuvent être que des fins fixées par le législateur du fait de leur « texture ouverte<sup>2003</sup> », des principes juridiques, plus précis, à « l'axiologie déjà reconnue », comme l'État social de droit ou la dignité humaine, ce qui « réduit l'espace de l'interprétation »<sup>2004</sup>. Comment reconnaître cet axiologie ? La Cour colombienne admet que les principes ont « toute la force normative » du texte constitutionnel en général, mais qu'ils doivent être interprétés (laissant une « discrétion au juge »), ce qui relève selon la Cour d'un

---

<sup>2001</sup> CCC, T-406/92, *op. cit.*, §15 : « (...) será a través de la interpretación que los jueces hagan de la relación entre los textos y los hechos que se vayan presentando, como se irá construyendo la delimitación de los derechos mencionados. Por lo pronto, los jueces y la Corte cuentan, para su interpretación, por un lado, con el texto constitucional, con el catálogo de valores que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta toda el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho, y por el otro con una realidad social colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora. A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos (...). »

<sup>2002</sup> *Ibid.*, §15 : « La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos. »

<sup>2003</sup> *Ibid.*, §7 : « Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. »

<sup>2004</sup> *Ibid.*, §7 : « Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana. » Ou encore, §7 : les principes sont des « prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional ». À l'inverse, les valeurs ont « una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. ». Aussi, « Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. »

problème d'efficacité et non un « manque de force normative »<sup>2005</sup>. En effet, la crise de « l'État libéral / constitutionnel » ne vient pas de « l'énonciation » des droits (ou des querelles sur l'interprétation) mais de leurs relations et de leur mise en œuvre, c'est-à-dire de la relation entre norme et faits que le juge fait dialoguer par la résolution des cas soumis en *tutela*, en particulier dans « la réalité propre du sous-développement »<sup>2006</sup>.

La Constitution de 1991 est ainsi ramenée à l'objectif d'effectivité qui fonde la normativité selon la Cour : le fait vient, par induction, justifier la norme ; le fait n'appartient donc pas à un contexte extérieur à un droit constitutionnel autonome mais fait partie du processus interprétatif autant que créatif qu'est le raisonnement judiciaire. On quitte alors supposément la « prétention rationaliste qui consiste à prévenir l'ensemble les conflits sociaux possibles en assignant à chacun une solution normative correspondante<sup>2007</sup> ». Le juge constitutionnel doit plutôt réconcilier la norme et le fait, c'est-à-dire le droit et la société<sup>2008</sup>, s'il veut éviter que l'État social de droit en reste à une formule rhétorique et une « élégante » philosophie politique<sup>2009</sup>. La Cour colombienne s'en remet enfin à une observation de nature historique, en notant qu'un « saut qualitatif » aurait eu lieu d'un État libéral vers un « État interventionniste » et une « complexité juridique » qui exigerait la régulation du juge dans les litiges concrets qui surviennent<sup>2010</sup>. Elle s'appuie sur Alexander Bickel et Mauro Cappelletti et estime que le pouvoir du juge est alors nécessaire face à l'affaiblissement du pouvoir législatif dans « la dispersion des intérêts de la société capitaliste<sup>2011</sup> ». La juridiction reproduit un anachronisme fréquent quand elle estime que l'on a changé de conception de la loi pour préférer des principes et droits fondamentaux garantis par le juge, alors que c'est l'action du juge qui a produit cette conception et non un changement social. La justification apportée par la Cour à sa jurisprudence relative aux droits sociaux s'appuie alors sur la place de ces droits au cœur

---

<sup>2005</sup> La Cour vise alors la distinction qu'elle fait entre valeurs (générales) et principes (concrets, et donc efficaces), CCC, *ibid.*, §7 : « La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia »

<sup>2006</sup> *Ibid.*, §11 : la Cour estime alors « 1) que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia; 2) que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela); 3) de esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina). »

<sup>2007</sup> *Ibid.*, §4 : « pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente ».

<sup>2008</sup> *Ibid.*, §2 : « Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica. »

<sup>2009</sup> *Ibid.*, §1 : « el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado »

<sup>2010</sup> *Ibid.*, §8 : « El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. » ; « no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad »

<sup>2011</sup> *Ibid.*, §9. Pour une étude de l'argument démocratique dans la justice constitutionnelle contemporaine, voir *infra*, chapitre 8.

de l'organisation des pouvoirs, soit une question normative, que la juridiction relie pourtant également à une situation de fait à laquelle elle ne ferait que répondre.

Tout en insistant sur l'induction, la Cour dit s'appuyer sur les principes et valeurs qui proviendraient du texte constitutionnel et semble alors bien plutôt raisonner de manière déductive. Lorsqu'elle définit les droits sociaux comme fondamentaux, alors qu'ils ne figurent pas dans le chapitre dédié dont les dispositions peuvent faire l'objet de *tutela*, la Cour estime que c'est l'exigence d'effectivité des droits d'une part, et l'interprétation systémique de la Constitution en opérant une connexion entre les dispositions relatives aux droits d'autre part, qui l'exigent - parce que la Constitution l'exige. Aussi,

Le juge de *tutela* doit recourir à une interprétation systématique, finaliste ou axiologique pour démêler, à partir du cas particulier, s'il s'agit ou non d'un droit fondamental, ce que l'on pourrait appeler un 'travail de recherche spécifique', scientifique et raisonné, de la part du juge. Le juge est confronté à ce que la doctrine appelle un 'concept juridique indéterminé' : les droits fondamentaux constitutionnels, qui peuvent être ou ne pas être en même temps ou peuvent exister simultanément d'une manière ou d'une autre, mais leur signification est toujours définie dans les circonstances de temps, de manière et de lieu. Pour le professeur García de Enterría, qui a introduit la notion de 'concept juridique indéterminé', 'l'appréciation politique de la réalité peut peut-être faire l'objet d'un pouvoir discrétionnaire, mais la réalité en tant que telle, que l'événement se soit produit ou non et selon comment il s'est produit, ne peut pas faire l'objet d'une réalité discrétionnaire, car on ne peut pas laisser à la discrétion de l'Administration le soin de discerner si un événement s'est réalisé ou non ou de déterminer que quelque chose s'est produit s'il ne s'est pas réellement produit'. (...) Cette indétermination ne permet cependant pas au juge d'agir de manière totalement et absolument libre. L'interprétation du cas particulier s'inscrit dans les paramètres établis par la Constitution elle-même.<sup>2012</sup>

La citation d'Eduardo García de Enterría n'est pas anodine : l'universitaire espagnol a participé à la rédaction de la Constitution de 1978 et fut membre de la Cour européenne des droits de l'homme. L'ouvrage cité n'est pas un hasard non plus : le droit administratif y est présenté comme un

---

<sup>2012</sup> CCC, T-002/92 (Alejandro Martínez Caballero), §2.2, d : « *El Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una 'especial labor de búsqueda', científica y razonada por parte del Juez. El Juez está frente a lo que la doctrina denomina un 'concepto jurídico indeterminado': los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Para el profesor García de Enterría, introductor de la noción 'concepto jurídico indeterminado', la 'valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una realidad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así'. Esta indeterminación sin embargo, no le permite al juez actuar total y absolutamente libre. La interpretación del caso particular se mueve dentro de parámetros establecidos por la propia Constitución.* »

ensemble de règles formelles et techniques qui traduisent une visée substantielle de défense de la démocratie et de la liberté face au pouvoir<sup>2013</sup>. La construction proposée par la Cour constitutionnelle repose sur l'article premier dont on a vu que la juridiction considérait qu'il « irradiait » le texte entier<sup>2014</sup>, formant son postulat d'où découlerait toutes les normes et droits particuliers. Une lecture systématique permet alors d'adosser les droits sociaux à l'État social de droit ou à la dignité humaine au motif que l'article premier présente un « lien ontologique », des « caractères essentiels », une « nature propre » : « l'État colombien est ainsi »<sup>2015</sup>.

De telles déductions s'opèrent non plus à partir de dispositions textuelles mais des principes qui ne seraient pas sans lien avec des dispositions textuelles. Si les approches néoconstitutionnalistes cherchent à se défaire de toute métaphysique jusnaturaliste, elles réduisent la question du fondement du système juridique entier à une définition *prima facie* des droits, avant la pondération ou la concrétisation<sup>2016</sup>. En revanche, la reconstruction colombienne suit une voie différente de l'approche néoconstitutionnaliste que l'on retrouve aux États-Unis ou en Allemagne – et peut-être dans une moindre mesure en Afrique du Sud – puisqu'elle repose largement sur la satisfaction des besoins primaires et la garantie de l'État social de droit qui par un effet d'irradiation normative ou d'induction factuelle légitimeraient l'ensemble de l'ordre juridique. Le fait se mêle au droit du fait même que le droit viserait l'ordre social. Le raisonnement que mène la Cour colombienne ressemble alors à une déduction qui justifierait une induction. La déduction du texte vient ici justifier l'interprétation qui, elle, doit être inductive, venant constituer la médiation entre fait et normes qu'évoque la juridiction : ce serait le texte qui commanderait (par déduction) de regarder l'effectivité et donc les faits (par induction)<sup>2017</sup>. La Cour procède en deux temps, qui consistent d'abord à faire

---

<sup>2013</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Lucha contra las inmunidades del Poder. Cuadernos de Civitas*, Editorial Civitas S.A., troisième édition, 1983.

<sup>2014</sup> CCC, T-406/92, *op. cit.*, §20 : « Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa. »

<sup>2015</sup> *Ibid.*, §6 : « El Estado Colombiano es tal », la cours soulignant en gras la locution « es tal ».

<sup>2016</sup> De manière typique, Carlos Bernal Pulido montre que le concept de validité *prima facie* provient avant tout de la philosophie morale, et que des auteurs comme Ronald Dworkin et Robert Alexy l'ont ensuite utilisé pour définir la validité juridique des principes par distinction d'avec leur application concrète, par la pondération, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.* note 189, p. 815-823. Dès lors, les droits *prima facie* pourraient être fondés sans recours à la morale puisque « l'institutionnalisation dans les textes constitutionnels confère aux droits fondamentaux une existence dans le monde juridique, indépendante et prioritaire à leurs fondements moraux » (C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, *op. cit.* note 181, p. 13), ce qui n'implique pas « l'idée d'une constitution 'métaphysique' sous-jacente qui fonctionne indépendamment du texte constitutionnel » (*Ibid.*, p. 13). Or, Carlos Bernal Pulido défend ensuite qu'une fois le principe institutionnalisé, « Son contenu est limité au cadre sémantique de la disposition constitutionnelle qui l'établit. L'application d'un principe par la pondération présuppose la subsomption de celui-ci dans l'hypothèse de fait de la disposition constitutionnelle qui l'établit » (*Ibid.*, p. 14).

<sup>2017</sup> *Ibid.*, §12.

des mots du texte plus que des « symboles » ou de la « rhétorique » en leur donnant un sens systématique, normatif au sens philosophique autant que juridique, puis dans un second temps à justifier son rôle par une reconstruction *ex post* de l'énoncé constitutionnel ici pris très largement, dans son ensemble rendu cohérent. Lorsqu'elle sonde l'intention du constituant, la Cour admet que les discussions ont surtout porté sur « les droits de l'homme » et non « du concept de droit fondamental »<sup>2018</sup>, relevant même la réticence exprimée lors d'une séance de l'Assemblée constituante à élaborer une liste limitative de droits, laissant entendre que celle-ci doit au contraire évoluer au-delà du moment constituant, ce qui, selon la Cour, revient au juge par la *tutela*<sup>2019</sup>. On peut pourtant douter de cette lecture des débats, puisque lors de la séance en cause, Alvaro Echeverry Uruburu fait explicitement référence au législateur pour compléter la liste des droits<sup>2020</sup>, tandis que Juan Carlos Esguerra dans une séance ultérieure était favorable à la *tutela* mais contre la création d'une Cour constitutionnelle<sup>2021</sup>. L'important n'est pas ici d'opposer une lecture à une intention mais de cerner les formes du discours constitutionnel colombien, qui sous l'influence de la Cour a renvoyé au juge une opération non seulement d'interprétation du texte, mais d'interprétation vivante à partir de la vie sociale et, surtout, de mise en cohérence normative.

C'est là une explication conceptuelle cruciale de l'activisme judiciaire du « Sud ». La Cour s'estime créatrice, libre car interprète de principes et valeurs trouvés au-delà des règles, tout en estimant que cette création est commandée par le texte. Cela revient à dire qu'elle n'est pas créatrice du commandement qu'elle reçoit d'être créatrice. C'est ici une tautologie : le texte nécessite une interprétation, explique et admet la Cour, pour être opposé au législateur car c'est là une « force normative », qui viendrait de la nature du texte même, comme texte « fondamental »<sup>2022</sup>, mais sans définir cette fondamentalité ni en quoi elle serait obligatoire autrement que par sa propre force. La Cour est silencieuse et étonnamment formaliste sur ce point, et l'on notera également les références

---

<sup>2018</sup> *Ibid.*, §14 : « Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos »

<sup>2019</sup> *Ibid.*, §16.

<sup>2020</sup> Asamblea nacional constituyente, *Informe de la sesión de la plenaria del día 29 de junio de 1991*, p. 238-239 : « la Comisión Codificadora incurrió en una gravísima confusión; de suerte que confundió aplicación inmediata de los derechos que quiere decir que hay derechos que simplemente basta su consagración en la Constitución para que tengan operancia y efectividad, que no necesitan ley que los reglamente; aquel viejo argumento de que no hay ley que reglamente un derecho entonces no se puede aplicar, no, hay unos derechos de aplicación inmediata así no exista ley reglamentaria y eso es una cosa distinta con el amparo o con el derecho de tutela como aquí se ha llamado, que obviamente está prescrito para unos derechos fundamentales, pero obviamente el error partió de allí porque dice la Comisión que se amparan los derechos de tutela, se amparan con la tutela, esos derechos de aplicación inmediata lo cual es un gravísimo error; yo pienso que una cosa es que se enumeren cuáles son derechos de aplicación inmediata, es decir que no hay tal ley reglamentaria y otra cosa es que se diga cuáles derechos van a ser amparados por la tutela que eso sí puede ser reglamentado en la ley estatutaria respectiva. ». Or, précisément, Alvaro Echeverry Uruburu juge ici que la Commission a fait une erreur en confondant application immédiate des droits avec liste limitative, ce en quoi il n'est pas suivi par la majorité ; mais la Cour ne retient que le fait qu'il estime que l'application immédiate ne peut vouloir dire que la liste des droits en *tutela* n'est pas limitative, ce que confirme Juan Carlos Esguerra (cité par la Cour) mais sans plus évoquer, cette fois, qui doit créer les nouveaux droits.

<sup>2021</sup> Asamblea nacional constituyente, *Gaceta constitucional*, n°24, 20 mars 1991, p. 5.

<sup>2022</sup> CCC, T-406/92, *op. cit.*, §7.



qu'elle fait à des théoriciens du normativisme qu'elle veut dépasser : comme Hans Kelsen ou H.L.A Hart, la Cour prétend décrire la dynamique des normes sans pouvoir expliquer la norme fondamentale qui les fonderait, ici le rôle du juge, c'est-à-dire la justification externe d'un raisonnement sur la garantie juridictionnelle de la Constitution. Le constitutionnalisme transformateur suppose pourtant que le juge dispose, par la force de la Constitution, d'un mandat pour transformer la société<sup>2023</sup> ; c'est bien ce que fait Karl Klare en définissant la Constitution sud-africaine comme transformative et en exigeant que les juristes en prennent la mesure, mais tout en jugeant qu'ils devaient le faire en vertu du caractère post-libéral de la Constitution, conçu comme un commandement objectif.

Dès lors, pour justifier en droit le rôle de la Cour, il devient nécessaire de faire appel à des normes ou principes qui se situent en dehors du droit ou d'un système de pensée associé au droit. Pour Carlos Gaviria Diaz, qui fut universitaire et membre de la Cour, le « nouveau constitutionnalisme latino-américain » dépasse le constitutionnalisme issu de la révolution française, cette idéologie (qui) se prévaut d'un rôle révolutionnaire pour renverser le despotisme fondé sur le mythe du droit divin des rois. Mais la victoire acquise, elle propose alors de préserver le nouvel ordre jugé juste et plausible. Son rôle devient conservateur.<sup>2024</sup>

Or, un changement de paradigme a eu lieu en Colombie par rapport à l'État démocratique et libéral et à la pensée kelsenienne : il est admis, en tous cas par la Cour, que la Constitution dite « utopique » de 1991 est « elle-même normative (ce qui semble être une redondance)<sup>2025</sup> ». L'activisme judiciaire est alors conçu comme une création de l'État démocratique et libéral où « une telle pratique judiciaire paraît détournée, hétérodoxe, mais reste parfaitement conforme au présupposés et objectifs fondateurs d'un État social et constitutionnel de droit<sup>2026</sup> ». C'est précisément ce dépassement qui a eu lieu et vient ici justifier un rôle principal simplement confié au juge, dont l'action reste « légitimée par la constitution elle-même<sup>2027</sup> ». Mais ce rôle vis-à-vis de la Constitution reste pourtant explicable, pour l'auteur, par un changement de regard sur la démocratie. Ce sont en particulier des sens de la démocratie qui sont mobilisés, et qui en particulier semblent dépassés,

---

<sup>2023</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §2.

<sup>2024</sup> C. GAVIRIA DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2015, p. 19-28, p. 22.

<sup>2025</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>2026</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>2027</sup> *Ibid.*, p. 26.

pour Carlos Gaviria Diaz comme dans le discours élaboré par la Cour, par les notions de droits et de minorité<sup>2028</sup>.

## 2. Le recours explicite aux principes face aux cas controversés

La conception de l'interprétation élaborée en 1992 a peu changé par la suite : elle a simplement accompagné un enrichissement de la construction normative élaborée par la Cour constitutionnelle. Aussi, la référence explicite à la théorie du droit dans la jurisprudence de la Cour a pu justifier la réponse à des questions politiques et sociales controversées<sup>2029</sup>. Une telle référence se retrouve aussi sous la forme de l'appel à un principe constitutionnel supérieur en l'absence de règle applicable<sup>2030</sup>, y compris pour un principe qui n'est pas relié à la Constitution mais à la seule théorie du droit<sup>2031</sup>. La Cour mobilise par exemple la théorie du droit pour résoudre une « antinomie » au sein même de la Constitution en lisant les normes en fonction de « l'axiologie » constitutionnelle<sup>2032</sup>. La théorie du droit sert enfin à argumenter des positions au sein même de la

---

<sup>2028</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2029</sup> Par exemple pour donner une première interprétation de l'État social de droit et des droits sociaux, CCC, T-406/92, *op. cit.*, pour juger constitutionnelle la réduction de la peine relative à l'euthanasie au nom de la moralité commune, CCC, C-239/97, *op. cit.*

<sup>2030</sup> Par exemple, la Cour estime que bien que l'autorité publique suivait un raisonnement *a priori* correct en refusant une pension de réversion à un enfant en l'absence de règles légales la prévoyant, il existait, selon Dworkin, des situations justifiant de recourir à des principes plus généraux, et ici à la protection spéciale et au principe de solidarité qui imposaient de considérer l'état de précarité de l'enfant, Dworkin étant relié à l'obligation plus large de respecter l'effectivité des droits constitutionnels, CCC, T-515/12 (María Victoria Correa), §5.2-5.3.

Invoquant les « règles de la logique » comme un principe non-écrit de cohérence entre les décisions du Conseil d'État soumises au contrôle de la Cour, citant Dworkin à cette fin, CCC, SU-399/12, opinion concordante de Jorge Iván Palacio Palacio, §3.2.

Citant la défense de mesures de discrimination positive dans la sélection des universités par Ronald Dworkin, pour juger qu'un étudiant afrocolombien devait être admis par une faculté de médecine, sur le fondement du droit à l'éducation et du droit à l'égalité, qui lui avait refusé le bénéfice d'un programme spécial dédié aux afrocolombiens, CCC, T-680/16 (Jorge Iván Palacio Palacio), §6.2.

<sup>2031</sup> Par exemple, invoquant un « *principio de integridad del derecho en el orden constitucional* » en citant Ronald Dworkin, pour imposer à l'État l'obligation d'adopter des mesures « *sólidas, consistentes y armónicas* », et en particulier un régime garantissant les droits de l'enfant mais aussi à une procédure équitable dans les procédures d'adoption des enfants d'une personne handicapée, jugeant qu'en l'espèce une personne handicapée avait été privée de ses droits en ne pouvant intervenir dans l'adoption de son fils, CCC, T-468/18 (Diana Fajardo Rivera), §6.1.

<sup>2032</sup> Alors qu'elle était saisie de la constitutionnalité de dispositions législatives qui permettaient une exception à l'obligation de collaborer à la justice lorsque les incriminés sont des parents de sang jusqu'à quatrième degré, et seulement un degré lorsqu'ils sont parents par la loi, notamment après l'adoption, la Cour requalifie la demande comme une « antinomie » entre les dispositions constitutionnelles qui font une telle différence d'un côté, dont la loi est conçue comme une concrétisation, et les dispositions relatives à l'égalité et en particulier à l'égalité de traitement des personnes adoptées par rapport au lien de sang, d'un autre côté (CCC, C-1287/01, Marco Gerardo Monroy Cabra). La Cour cite Noberto Bobbio sur les critères de résolution des antinomies, qui ne peuvent se concevoir, dès lors, du point de vue d'un système juridique complet, puis Ronald Dworkin et Robert Alexy sur la distinction entre les règles et les principes, lesquels sont susceptibles de contradiction et de pondération (§5-6). Qualifiant l'égalité de droit fondamental, de principe et de valeur (§7) – qu'elle distingue des principes comme la jurisprudence depuis 1992 en évoquant une « *Constitution axiologique* », mais sans y associer de rôle particulier ici – la Cour estime qu'il suffit ici de lire la loi en harmonie avec les droits, principes et valeurs eux-mêmes interprétés de manière harmonieuse, sans qu'il ne s'agisse en réalité d'une autre contradiction que celle de la concrétisation de ces normes selon la Cour, pour étendre la protection apportée aux personnes adoptées jusqu'au quatrième degré (§11).

Cour en estimant que l'opinion majoritaire est trop peu justifiée vis-à-vis des principes<sup>2033</sup>. Mêlant cette dernière situation à celle d'une lacune, une opinion dissidente a pu, par exemple, s'appuyer sur la justification apportée par Ronald Dworkin à la décision *Brown v. Education*, qui créait une nouvelle interprétation dans une situation – la ségrégation – qui n'était, selon l'auteur, pas interdite par la Constitution, mais cherchait alors un nouveau principe, constituant une bonne interprétation, correspondant au sens contemporain de l'égalité<sup>2034</sup>. La Cour cite même à une occasion la lecture que Ronald Dworkin propose de l'affaire *Riggs v. Palmer* à propos de laquelle il estimait qu'un principe nouveau était la bonne solution à une affaire, puisqu'il était trouvé dans la communauté juridique<sup>2035</sup> ; l'opinion colombienne dit alors explicitement combler une « lacune axiologique<sup>2036</sup> ». Pour un lecteur français, ce type de lacune est connoté négativement - Hans Kelsen écrivait qu'elles étaient une justification à la création normative qu'il rejetait<sup>2037</sup>. Mais c'est à une autre conception du droit qu'appelle la Cour colombienne. Ronald Dworkin ne propose d'ailleurs pas tant de résoudre des lacunes axiologiques que d'invoquer des principes qui, pour moraux, sont aussi juridiques, mais il propose alors une justification efficace aux situations dans lesquelles le juge fait appel de manière explicite à la création pour répondre à des questions politiques et sociales. Sans faire de référence explicite à la théorie du droit, la Cour a pu estimer qu'elle devait dans certains cas rendre des décisions dites « intégratives », lorsqu'elle ne peut s'appuyer sur des dispositions pour

---

<sup>2033</sup> Par exemple, dans son opinion dissidente à la décision C-007/16 (Alejandro Linares Cantillo) qui rejetait une demande tendant à contester l'exclusion des femmes du service militaire au nom du principe d'égalité, quand bien même une décision antérieure de la Cour avait jugé cette exclusion constitutionnelle, la juge Gloria Stella Ortiz Delgado estime que l'opinion majoritaire n'est pas suffisamment argumentée du point de vue d'une « théorie du droit » en citant notamment la « moralité politique » contenue par les principes juridiques au sens de Ronald Dworkin. La juge estime que la Cour est alors amenée à réitérer une décision précédente et le « stéréotype de genre » qu'elle porte alors qu'il aurait suffi, faute de pouvoir défendre un tel principe aujourd'hui, de rejeter la demande sur un fondement procédural.

Un autre exemple est l'opinion dissidente de Eduardo Cifuentes Muñoz et Alejandro Martínez Caballero dans la décision CCC, C-045/96 (Vladimiro Naranjo Mesa), qui estimait que l'opinion majoritaire n'exerçait pas de contrôle de proportionnalité d'une mesure de censure prévue par la loi pour un régime d'exception, en s'appuyant simplement sur le fait que les droits ne sont pas absolus et l'ordre public comme droit, alors, selon les deux juges, citant Dworkin, que les droits s'opposent en réalité à des fins telles que l'ordre public puisque « *la teoría del constitucionalismo democrático está construida, en gran parte, a partir del reconocimiento de que existe una compleja tensión entre la persecución de bienes colectivos y la protección de los derechos de las personas.* » (§8).

<sup>2034</sup> La juge Diana Fajardo Rivera cite la justification de la création normative par Ronald Dworkin à l'appui d'une opinion dissidente qui conteste l'application rétroactive d'un revirement par la Cour, qui privait le requérant de droits sociaux, en l'espèce un droit à pension et à la sécurité sociale, la magistrate estimant qu'à l'inverse, le principe du précédent doit s'imposer à la Cour sauf si, comme dans le cas d'une décision comme *Brown*, se présente un nouveau principe, CCC, SU-023/18 (Carlos Bernal Pulido), opinion dissidente de Diana Fajardo Rivera, spec. §2.1-2.8 et §2.6 pour la référence à Dworkin. La résolution de l'incertitude propre au droit appelle, elle, à une référence à Hart, §2.4.

<sup>2035</sup> CCC, T-122/17 (Luis Guillermo Guerrero Pérez), §8.

<sup>2036</sup> *Ibid.*, §6.1s.

<sup>2037</sup> Comme l'estimait Kelsen, jugeant que les secondes étaient un prétexte à la création normative par les juristes, H. Kelsen, « On the theory of interpretation (1934) », *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 127-135, p. 133 : « *The so-called 'gap', then, is nothing but the difference between the positive law and a system held to be better, more just, more nearly right.* », voir supra, chapitre 2, section 2, §1, A., 1.

résoudre un litige, au motif de la force normative de la Constitution qui ne pourrait exister comme une partie incomplète<sup>2038</sup>.

La référence à une interprétation principielle renvoie également à un positionnement culturel et géographique dans la circulation des idées. La Cour était saisie d'une question particulièrement intéressante en 2016 lorsqu'était contestée de manière abstraite l'article 27 du Code civil de 1887 selon lequel, « quand le sens de la loi est clair, sa teneur littérale ne doit pas être ignorée au motif de consulter son esprit<sup>2039</sup> »<sup>2040</sup>. Pour les requérants, qui font appel à Robert Alexy et Ronald Dworkin et à « différents courants de théorie du droit »<sup>2041</sup> pour insister sur l'indétermination des énoncés juridiques, une telle disposition est contraire à l'article 4 qui proclame la suprématie de la Constitution. La Cour rejette la demande après avoir présenté le Code civil comme le produit de la culture juridique importée d'Europe au XIX<sup>ème</sup> siècle, associée à la suprématie du législateur, citant Karl Von Savigny et Jean-Jacques Rousseau, au sein d'un « Constitutionnalisme libéral »<sup>2042</sup>, alors que « le sens des textes (...) n'est pas statique mais essentiellement dynamique et fonctionne comme une variable dépendant de l'usage fait de ces expressions par la communauté linguistique » : la Cour estime alors que la pondération joue au moment de la concrétisation et que la règle en question n'empêche pas une telle concrétisation, dans le respect de la suprématie constitutionnelle<sup>2043</sup>. Il

---

<sup>2038</sup> CCC, C-109/95 (Alejandro Martínez Caballero), §18 : « *Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4). Por ello, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su momento, o como lo ha tantas veces afirmado esta Corporación, la Carta de 1991 cubre 'retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso'* »

<sup>2039</sup> Code Civil de Colombie, article 27 : « *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.* »

<sup>2040</sup> CCC, C-054/16 (Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>2041</sup> Selon les mots de la Cour, *Ibid.*, §3.5.

<sup>2042</sup> *Ibid.*, §8-10.

<sup>2043</sup> *Ibid.*, §12.1 : « *(E)l derecho legislado, al expresarse mediante el lenguaje ordinario, tiene atributos propios de ambigüedad y vaguedad que llevan a que las reglas sean usualmente indeterminadas y que solo se muestren determinables cuando se considere el contexto en que son aplicadas. Adicionalmente, cuando se trata de normas construidas bajo la estructura propia de los principios, su aplicación dependerá en toda circunstancia de su armonización concreta en cada caso particular, cuando son ponderadas frente a otras reglas y principios en tensión. Además, de una manera más general, la filosofía del lenguaje desde mediados del siglo anterior ha hecho énfasis en que la significación de los textos, entre ellos las normas jurídicas, no es estático sino esencialmente dinámico y opera como una variable dependiente del uso que de esas expresiones haga la comunidad lingüística de que se trate, que en el caso analizado corresponde a los intérpretes de las previsiones contenidas en el orden jurídico. En contrario, la norma legal demandada supone que las previsiones legales pueden tener, cuando son "claras", un significado estático e inmanente, cualidades que no son posibles cuando se trata de formulaciones jurídicas expresadas en lenguaje natural. Lo anterior no implica, en modo alguno, que en muchas ocasiones el método gramatical sea útil para comprender el derecho. Con todo, estos escenarios no se derivan de la claridad intrínseca del lenguaje jurídico, sino a que en contextos determinados las posibilidades interpretativas son escasas, por lo que el intérprete puede fácilmente llegar a la conclusión sobre la univocidad del precepto, pero en razón a que el escenario en que es aplicado no ofrece mayores retos sobre su comprensión.* ». De manière intéressante, l'intervention du ministère de la Justice – à laquelle la Cour fait droit – invoque « *Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy et Recasen Siches* » pour estimer que le juge a un rôle créateur, lorsqu'il résout des cas concrets, ce à quoi la disposition ne fait pas obstacle, *Ibid.*, §3.

existerait bien des « cas faciles » où la loi serait « claire », mais du fait de l'application concrète et non de l'énoncé lui-même<sup>2044</sup>. Le juge cite alors Ludwig Wittgenstein<sup>2045</sup> et Jacques Derrida<sup>2046</sup>, mais aussi Robert Alexy sur l'interprétation comme argumentation, qualifiant de fonction « directive » de la Constitution la garantie de « la rationalité et le caractère raisonnable de l'ordre juridique<sup>2047</sup> ». La Cour distingue cette fonction directive d'une fonction hiérarchique (la conformité des normes inférieures à la norme constitutionnelle) et d'une fonction intégrative (l'intégration des valeurs que sont l'État social de droit, la dignité humaine, le pluralisme l'égalité ou encore la diversité ethnique et culturelle)<sup>2048</sup>. Ces sens ne sont bien entendu pas explicites dans le texte et relèvent d'un travail doctrinal par l'opinion judiciaire elle-même. Sans nécessairement reproduire de telles références, la Cour a souvent mobilisé explicitement la notion d'indétermination afin de garder un pouvoir interprétatif sur la loi : par exemple en jugeant à de nombreuses reprises que la notion de bonnes mœurs (*buenas costumbres*) dans les dispositions législatives n'était pas contraire aux principes de libre développement de la personnalité et de pluralisme du fait qu'il restait possible de l'interpréter en fonction des valeurs constitutionnelles et de la « moralité sociale » du moment<sup>2049</sup>.

Hormis les premières affaires qui ont posé ses interprétations principales à partir notamment de l'État social de droit, la Cour fait plus souvent référence à la théorie du droit à l'occasion de son contrôle abstrait des lois qu'en *tutela*, dont les décisions, très nombreuses, et à l'effet souvent *inter partes*, donnent souvent lieu à des justifications plus brèves. L'aspect concret du contrôle en *tutela* ressort néanmoins de la mobilisation d'un discours relatif aux faits et à l'effectivité : l'appel aux principes constitutionnels plus généraux permet de résoudre des cas présentés comme difficiles et des solutions d'espèce qui ne visent pas à juger de la validité d'une norme, voire amènent à faire

---

<sup>2044</sup> *Ibid.*, §12.1.

<sup>2045</sup> *Ibid.*, §12.1.

<sup>2046</sup> *Ibid.*, §6.2.

<sup>2047</sup> *Ibid.*, §6.2.

<sup>2048</sup> *Ibid.*, §6.1-6.3.

<sup>2049</sup> CCC, C-382/19 (Alejandro Linares Cantillo), §31-40, confirmant la limitation de la publicité des décisions de justice à l'atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Voir également CCC, C-427/94, confirmant l'interdiction faite aux agents du procureur de commettre des actes contraire aux bonnes mœurs sur le lieu de travail. CCC, C-404/98, confirmant la criminalisation de l'inceste. CCC, C-113/17, confirmant le critère de bonnes mœurs pour justifier les restrictions aux rassemblements de personnes mineures.

exception à une norme alors présentée comme une règle<sup>2050</sup>. À propos du contrôle de proportionnalité en matière de principe d'égalité, la Cour a pu estimer que « la proportionnalité ne doit pas être confondue avec l'opportunité ou le caractère optimal de la mesure adoptée : il s'agit de deux critères politiques qui sont donc exclus du jugement juridique de constitutionnalité<sup>2051</sup> ». La Cour distingue alors pourtant le caractère rationnel de la différenciation entre les situations qui relève de la « logique formelle » et de « cohérence interne », du caractère raisonnable qui, lui, relèverait « de la logique humaine – matérielle » et d'« hypothèses factuelles »<sup>2052</sup>. La Cour estime de surcroît que le caractère raisonnable « signifie qu'un jugement, un raisonnement ou une idée est conforme à la prudence, la justice ou l'équité qui régissent le cas spécifique<sup>2053</sup> ».

La Cour définit en outre la proportionnalité non seulement comme le triple test bien connu et théorisé par Alexy mais comme la composante d'une appréciation plus large de ce caractère

---

<sup>2050</sup> CCC, T-058/95 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §4 : « *los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles* ». En effet, à propos d'une pension accordée par le juge de *tutela* alors même que la Cour ne souhaitait pas, d'une manière générale, accorder des pensions différentes de celles fixées par la loi, par des règles, donc, il faut faire appel aux principes et même à la « *justice matérielle* » (§2). Mais en l'espèce, la Cour rejette l'invocation par la requérante d'un principe qui permettrait de faire obstacle à une règle administrative qui l'empêchait de bénéficier d'une substitution de pension d'invalidité à son égard, au motif que la séparation de biens qu'il s'agissait de démontrer pouvait être obtenue facilement devant le juge ordinaire.

Dans une autre affaire, jugeant qu'une pension doit être complètement accordée aux enfants et non à la veuve et mère survivante, responsable de la mort du mari et père, elle-même emprisonnée pour ce crime, laissant par ailleurs les enfants sans moyens de subsistance, la Cour fait explicitement référence à Ronald Dworkin pour permettre l'invocation de principes généraux, ici les droits des enfants garantis par la Constitution et le droit international, pour faire exception à une règle, CCC, T-270/16 (María Victoria Calle Correa), §4.4. De manière intéressante, la Cour replace une pondération au sommet de la dialectique principe-exception, autant qu'elle opère un retour au texte comme fondement du droit positif : deux principes s'opposaient ici puisque la conjointe survivante avait porté atteinte au droit à la vie de l'époux défunt (§4.5), mais celui relatif à la protection de l'enfance prévaut.

Ou encore, la Cour estime qu'elle doit déterminer les « *sous-principes* » de la participation en matière d'environnement, citant Dworkin, CCC, T-361/17, §8.3 : « *la acción de tutela es el mecanismo preferente para resolver la presente controversia, en la medida en que exige la intervención del juez constitucional de más alta jerarquía, puesto que se requiere que se unifique y aclare la interpretación sobre el alcance de un derecho fundamental, esto es, la participación ambiental. Este juez constitucional tiene el deber de concretar una norma de carácter indeterminada o abierta, al delimitar en el caso concreto las sub-reglas de ese principio* ». Ici, le droit à la participation, le droit à la vie, le droit à l'eau potable et le droit à un environnement sain étaient invoqués à l'égard d'un ensemble de décisions autorisant l'exploitation de mines dans une zone humide, ainsi que les décisions des autorités publiques qui délimitaient les parties protégées de ces zones : la Cour donne droit aux demandes en distinguant l'accès aux informations, la participation réelle et délibérative, l'existence de voies de résolution des litiges, voir §13.5 et §20.3.2.1.

<sup>2051</sup> CCC, C-503/93 (Antonio Barrera Carbonell), §1) : « *La proporcionalidad no debe confundirse, sin embargo, con la "oportunidad" o el carácter de óptima opción de la medida adoptada: estos dos son criterios políticos que quedan, por lo tanto, excluidos del juicio jurídico de constitucionalidad.* »

<sup>2052</sup> *Ibid.* : « *la diferenciación constitucionalmente admisible y no atentatoria al derecho a la igualdad goce de racionalidad. Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consiste en que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.*

*Se observa que las semejanzas y diferencias entre racionalidad y razonabilidad son manifiestas, según se desprende de las siguientes líneas:*

- Mientras que la RAZONABILIDAD hace relación a lo constitucionalmente admisible, la RACIONALIDAD hace relación a la conexidad;

- La primera apunta a una finalidad legítima mientras que la segunda apunta a una finalidad lógica;

- Una -la primera- hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra -la segunda- hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural;

- Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano -material-, mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal. »

<sup>2053</sup> *Ibid.* : « *la razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto.* ».

raisonnable<sup>2054</sup>. Il ne peut y avoir de logique en matière de principes, mais simplement « l'expérience des institutions humaines », la « raison pratique » et les « raisonnements dialectiques » et « l'équité » inspirée de la mesure aristotélicienne, qui s'opposent à la « justice entendue comme conformité à la loi »<sup>2055</sup>. La Cour résume une telle approche lorsqu'elle juge que le droit constitutionnel colombien fonctionnait selon une « logique du raisonnable », quand la « logique formelle » antérieure, issue de la théorie pure du droit, était une « logique du rationnel »<sup>2056</sup>. Aussi, pour la Cour, il faut viser la recherche de solutions aux contradictions et aux paradoxes, en utilisant des prémisses normatives formellement valides sur lesquelles le juge constitutionnel se fonde pour choisir la solution qui lui semble la plus appropriée et la plus juste, dans le respect des valeurs, des principes et des préceptes constitutionnels. Dans le cas de la *tutela*, la décision face à des normes juridiques en tension doit être motivée, ce qui n'implique pas un carcan sur l'interprétation du contenu normatif par l'acteur juridique.<sup>2057</sup>

Aussi, poursuit-elle,

le respect des droits fondamentaux est placé dans le cadre de la préservation du jeu démocratique, ce qui signifie qu'il faut rechercher parallèlement le respect de ces droits et le plein exercice de la démocratie, dont l'une des expressions est la garantie institutionnelle de l'inviolabilité des opinions des membres du Congrès. Sans droits fondamentaux, il n'y a pas de démocratie, et sans démocratie, il est illusoire de penser au plein épanouissement des droits fondamentaux.<sup>2058</sup>

L'interprétation est alors mise au service de la démocratie dont la forme n'est pas définie autrement que par la tautologie représentée par le respect des droits. Il s'agissait néanmoins d'une affaire concernant les propos exprimés par un député, dont la Cour estime qu'ils ne constituent pas une

---

<sup>2054</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, §1, A. 2.

<sup>2055</sup> CCC, T-230/94 (Eduardo Cifuentes Muñoz) : « De acuerdo con esto, la lógica predominante en el examen de la igualdad es aquella de la razonabilidad, fundada en la ponderación y sopesación de valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos. Aristóteles ya había previsto esta característica cuando expuso el ideal de la prudencia - lograda a partir de una larga experiencia del funcionamiento de las instituciones sociales - como método para tomar decisiones justas. Cuando se trata de la acción humana, no se puede juzgar con base en la demostración incontestable. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador sólo dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos. Igual le sucede al legislador; sus decisiones sólo tienen en cuenta lo ordinario y lo circunstancial. Por eso, cuando una situación se aleja de lo corriente, el juez debe inspirarse en la idea de equidad. A la justicia entendida como conformidad con la ley, Aristóteles opone, cuando ello es necesario, una justicia superior fundada en la equidad. ». Voir aussi CCC, T-422/92, §17. CCC, C-022/96, §6.3.2. T-230/94, §2.2.

<sup>2056</sup> CCC, T-322/96 (Alejandro Martínez Caballero), §6.

<sup>2057</sup> *Ibid.*, §6 : « Lo anteriormente indicado facilita encontrar soluciones a las contradicciones y a las paradojas, empleando premisas normativas formalmente válidas sobre las cuales el Juez Constitucional ejerce una opción escogiendo la solución que le parece la más adecuada y la más justa, dentro de los valores, principios y preceptos constitucionales. Tratándose de la tutela, la decisión frente a normas jurídicas en tensión, tiene que ser razonada, lo cual no implica una camisa de fuerza a la interpretación del contenido normativo por parte del operador jurídico. »

<sup>2058</sup> *Ibid.*, §6 : « En tal contexto se ubica el respeto a los derechos fundamentales dentro de la preservación del juego democrático, es decir que, paralelamente, se debe buscar el respeto a tales derechos y la plenitud del ejercicio democrático, una de cuyas expresiones es la garantía institucional de la inviolabilidad de las opiniones de los Congresistas. Sin derechos fundamentales no hay democracia y sin democracia es iluso pensar en el pleno desarrollo de los derechos fundamentales. »

atteinte aux droits du requérant. La Cour arbitre alors entre le sens moral qu'elle a pu donner aux droits et leur concrétisation, selon une logique d'équité. Elle présente de manière typique cet équilibre – qui n'est pas la pondération entre deux normes – comme une complémentarité sans y voir une éventuelle contradiction<sup>2059</sup>.

L'équité sert alors le discours axiologique qui lui-même prétend pourtant à la vérité juridique. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, moins portée à des références explicites à la théorie du droit, la notion de raisonnable qui guide le mode de contrôle des mesures contestées sur le fondement de droits sociaux relève d'une même approche de pondération plutôt que de validité formelle<sup>2060</sup>. En Colombie, le juge constitutionnel admet la part morale ou éthique de son raisonnement lorsqu'il exerce un contrôle de proportionnalité. L'invocation de principes juridiques plutôt que la seule équité, vise à empêcher, dans les mots de la Cour elle-même, « une vision complètement conséquentialiste du droit qui introduirait des variables psychologiques, sociologiques et idéologiques, etc., qu'il serait impossible de contrôler<sup>2061</sup> ». De fait, la juridiction a élaboré un discours normatif ambitieux, empreint d'éthique et de morale, plutôt qu'un pragmatisme du genre de celui qu'a choisi la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud avec en outre moins de transparence sur ses méthodes et influences. La Cour colombienne va plus loin en citant une forme de factualité qui fait écho à l'efficacité évoquée dans la jurisprudence relative aux droits sociaux depuis 1992 lorsqu'elle décide, en 2016, de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Alors que celui-ci est inscrit comme celui d'un homme et d'une femme dans la Constitution tel que la jurisprudence de la Cour elle-même l'avait confirmé jusqu'en 2016, la juridiction se réfère à la « réalité », au « contexte » et « au droit vivant », par une interprétation présentée comme « systématique », pour s'estimer compétente à donner un sens contemporain de la Constitution<sup>2062</sup>. La Cour renvoie alors à la « sensibilité du juge », au « sens de la justice » et à « l'équité » nécessaires à « offrir une solution réelle aux conflits sociaux » dans une « réalité changeante »<sup>2063</sup>, qu'elle associe

---

<sup>2059</sup> Sur les sens de la démocratie, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2060</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>2061</sup> CCC, T-058/95, *op. cit.*, §2 : « el derecho -a diferencia de la moral, por ejemplo - exige cierta objetividad formal que no puede ser modificada so pena de inestabilidad e inseguridad jurídicas. Si el derecho no contara con este tipo de objetividad mínima, cada ciudadano podría poner de presente las más intrincadas y personales condiciones personales para poner en tela de juicio su sometimiento al derecho. Una visión completamente consecuencialista del derecho introduciría variables de tipo psicológico, ideológico, sociológico, etc, que serían imposibles de controlar. La aplicación del derecho sería totalmente impredecible y la práctica jurídica se convertiría en un juego de azar. »

<sup>2062</sup> CCC, SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos), §1.

<sup>2063</sup> La cite alors sa décision T-605/92 : « La sensibilidad del juez hacia los problemas constitucionales es una virtud imprescindible en la tarea de hacer justicia. Las decisiones jurídicas deben respetar el principio de legalidad y a la vez ofrecer una solución real a los conflictos sociales. En esta tarea, el sentido de la justicia y la equidad permiten hallar el derecho. La ley, por sí misma, es siempre deficiente frente de la realidad cambiante que está llamada a regular. Al intérprete le corresponde actualizar su contenido según las cambiantes circunstancias históricas y sociales y dar una aplicación correcta de las normas con la clara conciencia que su cometido es resolver problemas y no evadirlos. », *Ibid.*, §1.



aux principes et valeurs tels que théorisés par Ronald Dworkin<sup>2064</sup>. Mais la Cour note une contradiction entre la lecture littérale du texte (un homme et une femme entendus comme un homme et une femme) et l'égalité promue par la Constitution par ailleurs, qui avaient pourtant été jugés conformes dans une jurisprudence antérieure<sup>2065</sup>.

À cette occasion, la Cour présente la Constitution de 1991 comme un texte vivant qui doit être adapté aux changements sociaux, politiques et culturels ; l'invocation d'une contradiction interne au texte ne doit pas étonner, puisque la Cour a admis depuis 1991 opérer une reconstruction à partir du texte. Si le constat d'une telle contradiction peut mener à la pondération d'une norme avec des principes ou valeurs distinguées des règles<sup>2066</sup>, la Cour résout ici la difficulté qu'elle soulève en faisant appel à la philosophie du langage. Citant le *Tractatus* de Wittgenstein, la Cour estime que le langage est un système de règles, un système de valeurs et une manière de vivre en société<sup>2067</sup> – ce qui évoque sa conception de la norme constitutionnelle. Dès lors,

la formulation d'un concept juridique, tel que celui du mariage, répond non seulement à la représentation d'un fait social, mais implique également un ensemble de valeurs, d'émotions et de relations de pouvoir existant dans une société donnée. Il s'agit donc d'un concept évolutif, dont la compréhension a varié au cours des siècles.<sup>2068</sup>

La Cour remonte à l'antiquité et analyse le droit de vingt pays pour délimiter un sens du mariage et en exclure, dans le sens contemporain, la procréation et l'orientation sexuelle<sup>2069</sup>. La juridiction synthétise sa jurisprudence relative à l'adoption et aux obligations maritales ainsi qu'aux droits des personnes homosexuelles et transgenres<sup>2070</sup>. La Cour impose enfin une nouvelle définition du mariage aux autorités publiques et au législateur en insistant sur le constitutionnalisme comme respect non des règles, mais des principes constitutionnels (Dworkin est cité) parmi lesquels figurent les droits qui protègent les minorités, contre la « tyrannie de la majorité » dénoncée depuis

---

<sup>2064</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>2065</sup> CCC, C-577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), qui jugeait la définition du mariage conforme à la Constitution, tout en reconnaissant les mêmes droits aux personnes de même sexe via l'union civile.

<sup>2066</sup> Voir *supra*, note 2032.

<sup>2067</sup> CC, SU-214/16, *op. cit.*, §6. : « La noción de “juegos de lenguaje” articula signos y acciones, colocando el acento en el carácter social y contextual del significado que tienen las palabras dentro de una determinada cultura, un sistema de valores y unas formas de vida. El lenguaje no pretende ser sólo un espejo de la realidad, sino además un “sistema de reglas” compartidas por los hablantes, que nos permite interactuar y comprendernos mutuamente. De allí que utilizar un lenguaje sea “actuar conforme a una forma de vida, asumir un modo de vivir en la sociedad”. Emplear un determinado lenguaje es estar de acuerdo con un conjunto de patrones de conducta socialmente preestablecidos. »

<sup>2068</sup> *Ibid.*, §6. : « Así las cosas, la configuración de un concepto jurídico, como es aquel del matrimonio, responde no sólo a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad. Se trata, en consecuencia, de un concepto evolutivo, cuya comprensión ha variado a lo largo de los siglos. »

<sup>2069</sup> *Ibid.*, §6.-8.

<sup>2070</sup> *Ibid.*, §9.

Tocqueville<sup>2071</sup>. Le juge justifie autant une création normative qu'un revirement dans sa propre création, en s'appuyant sur un argument de légitimité qu'elle construit à partir d'une théorie du droit et du rôle des droits dans la démocratie.

En 2022, lorsqu'elle autorise l'avortement alors qu'elle avait décidé, en 2006, d'une dépénalisation partielle, la Cour évoque un « changement de contexte normatif »<sup>2072</sup>. La juridiction s'appuie sur sa jurisprudence relative au précédent, qui permet de réexaminer une question en faisant reposer sur le demandeur une « charge argumentative » particulière ; elle juge qu'en plus d'un changement dans l'objet du contrôle, il y a « un changement du sens matériel de la Constitution en ce qui concerne la compréhension du problème social de l'avortement consenti »<sup>2073</sup>. L'interprétation tient donc à la réalité sociale plutôt qu'à l'énoncé. La question posée au juge en 2006 portait sur la nature de l'infraction, du point de vue du droit à la santé, en connexité avec le droit à la vie et à la dignité humaine, ainsi que de l'autonomie personnelle et du droit au libre développement de la personnalité<sup>2074</sup>. La Cour de 2022 estime que la question posée est différente puisqu'il s'agit désormais de considérer les obligations positives de l'État dans la protection des femmes souhaitant avorter<sup>2075</sup>, c'est-à-dire la santé, la dignité et l'autonomie comme droit fondamental et non plus seulement comme des libertés violées par le législateur. La Cour note en particulier l'inscription dans la loi, en 2015, de la santé comme droit fondamental, ainsi que plusieurs travaux parlementaires et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui ont abordé l'avortement sous l'angle de la protection de la santé, si bien qu'il y a lieu de considérer des obligations d'adopter des mesures positives pesant sur l'État<sup>2076</sup>. Non seulement le fondement demeure identique hormis un changement d'interprétation opéré par le juge, de manière interne à la construction normative juridictionnelle, mais, de surcroît, la Cour relève elle-même que c'est sa décision de 2006 qui a provoqué le changement législatif. C'est donc bien la Cour qui a provoqué le changement qui justifie qu'elle s'éloigne elle-même de son précédent. La justification principale à

---

<sup>2071</sup> *Ibid.*, §1.

<sup>2072</sup> CCC, C-055/22 (Antonio José Lizarazo Ocampo et Alberto Rojas Ríos), §188 : « (iii) *Variación del contexto normativo del objeto de control: se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo, o cuando el sistema normativo en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones. Se hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada, en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad —y, por tanto, luego de la decisión del pasado—, integran el sistema normativo específico al que pertenece.* ». La décision antérieure dont la Cour distingue l'affaire présente est CCC, 355/06, voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1, A., 1. Pour un raisonnement similaire quant à la fin de vie, qui avait déjà fait l'objet de décisions, voir CCC, C-233/21 (Diana Fajardo Rivera), évoquant le changement de contexte normatif comme exception à la chose jugée, §122-149.

<sup>2073</sup> CCC, C-055/22, *op. cit.*, §189 : « *un cambio en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática social del aborto consentido.* ».

<sup>2074</sup> CCC, 355/06, §5 et 8, voir également la demande, I-3.

<sup>2075</sup> *Ibid.*, §201-208.

<sup>2076</sup> CCC, C-055/22, *op. cit.*, §248-256.

cet égard semble bien être la référence à une « Constitution dynamique<sup>2077</sup> » telle qu'interprétée par le juge. Il s'agit en réalité plutôt d'une évolution du discours du juge en réaction à sa réception politique et sociale. Si, dans les deux décisions, l'élaboration conceptuelle s'éloigne explicitement du texte et cite plus longuement la théorie que dans la décision fondatrice de 1992, la Cour ne fait qu'en poursuivre la logique en jugeant sa création normative au moins aussi légitime que celles des représentants, à la différence qu'elle ne cherche pas particulièrement, ici, à déduire cette position du texte de 1991. Dès lors, les droits ne peuvent être regardés en fonction des seuls processus électoraux, qui considèrent avant tout la majorité, mais des principes plus larges, comme la dignité de la personne humaine, qui permettent de donner des droits aux « minorités radicales que sont les personnes »<sup>2078</sup>. Les droits sont alors conçus comme des « victoires » sur la politique<sup>2079</sup> et le droit comme une construction autonome du politique, mais pas du social qui en serait distinct.

---

<sup>2077</sup> Ibid., §256 : « Finalmente, no puede desconocerse el proceso de evolución jurisprudencial progresiva y constante que se ha desarrollado con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, orientado al desarrollo de los contenidos de los derechos de las mujeres a la salud sexual y reproductiva, así como a definir el alcance de las obligaciones del Estado para enfrentar las barreras estructurales de acceso de esta población a las garantías superiores referidas. Admitir lo contrario supondría negar el carácter dinámico de la Constitución del que ciertamente se hizo parte la disposición acusada. »

<sup>2078</sup> CCC, C-350/94 (Martínez).

<sup>2079</sup> CCC, T-773/13 (María Victoria Calle Correa), opinion concordante de María Victoria Calle Correa, qui soutient la décision accordant une *tutela* d'une personne malade chronique qui n'a pas vu son contrat de travail reconduit, quand bien même l'entreprise se défendait de connaître sa situation de santé, au motif que ses droits étaient atteints, et citant la métaphore de Ronald Dworkin qui voit les droits comme des « succès » ou des « triomphes » au sens des cartes des jeux de tarot et de bridge.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 5

Les juges et les juristes constitutionnalistes sud-africains et colombiens ont participé dans leur nouvel ordre constitutionnel propre à la reconstruction des présupposés, des méthodes et des formes du raisonnement juridique, en reconfigurant notamment le rapport entre normes, valeurs et faits. Le formalisme est associé dans les deux pays aux régimes autoritaires ou excluants du passé ; il est conçu comme un masque aux raisons profondes qui motivaient le pouvoir dans des systèmes juridico-politiques inégalitaires. Dans les années 1990, un nouveau mode de raisonnement ou de nouvelles méthodes d'interprétation ont été jugées non seulement adaptées mais nécessaires à la séparation des pouvoirs et à la garantie des droits. C'est l'un des sens que Karl Klare envisageait quand il évoquait un constitutionnalisme transformateur en étudiant l'Afrique du Sud. Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur est alors un ensemble discursif volontiers présenté comme une spécificité post-coloniale et critique, distincte d'un constitutionnalisme du Nord. Ces approches ne permettent pas, toutefois, de comprendre la construction de ce discours, qui reproduit dans un effet de circulation des éléments dominants et critiques ainsi que les intérêts des élites postcoloniales du Sud, dont le projet politique est d'ailleurs bien admis comme l'une des causes des inégalités des pays étudiés<sup>2080</sup>. Une dimension rhétorique du constitutionnalisme transformateur vient justifier le rôle des juges et l'importance des droits.

Or, le rejet du formalisme ne se traduit pas par une création assumée du juge. Les juges et juristes des deux pays ont alors repris largement des éléments des constitutionnalismes de pays comme les États-Unis et l'Allemagne, avec des auteurs comme Ronald Dworkin, H.L.A Hart ou Robert Alexius. Le constitutionnalisme est alors un ensemble de droits, valeurs et principes qui demeurent définies comme juridiques. Dès lors, les discours dominants concevant le droit comme une activité autonome dotée de ses propres références se mêlent aux discours critiques appelant à une prise de conscience du rôle politique ou idéologique du droit comme y appelait Karl Klare, quitte à ce que les premiers vident les seconds de leur substance. En ce sens, les juges tels que ceux des Cours colombienne et sud-africaine auraient mis fin au formalisme non parce qu'ils ne lisent plus le texte constitutionnel et regardent plutôt leurs présupposés politiques, mais parce qu'ils y associent des principes. L'inverse du formalisme n'est donc pas la transparence axiologique et idéologique des auteurs critiques mais un raisonnement substantiel, qui peut bien être conçu comme juridique par distinction d'une approche supposément politique. Ce n'est pas tant le juge qui assume un mode de raisonnement politique ou moral au sein d'un activisme progressiste, qu'un juge qui se dit fidèle à un texte qui est lui-même présenté comme progressiste. Le changement survenu dans

---

<sup>2080</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2.

les années 1990 serait simplement l'inclusion ou plutôt le changement des valeurs dans un raisonnement qui se donne à voir comme constitutionnel.

Les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie ont produit chacune une construction qui visait à présenter leur interprétation comme liée au texte, en allant au-delà et en deçà de ce qu'attendait Karl Klare du constitutionnalisme transformateur. Au-delà de ce qu'attendait Karl Klare, puisque la Cour colombienne élabore une norme constitutionnelle autonome et comble des lacunes qu'elle revendique comme axiologique à l'aide de principes mais aussi de nombreuses références à la théorie du droit. Le pouvoir normatif est relié à un mandat constitutionnel, mais celui-ci est conçu dans son esprit plutôt qu'une lettre ou même une lecture systématique du texte de 1991 ; il existe dans le discours de la Cour un État social de droit ou une Constitution écologique qui englobent des droits fondamentaux et des principes, ce qui explique que les obligations découlant des droits sociaux et de la dignité humaine sont définies par une morale catégorique ou déontique plutôt qu'utilitariste ou pragmatique. En-deçà de l'idée de Klare, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'en tient à une forme déductive du raisonnement, qui peut être qualifiée de néoformalisme, bien que les règles qui fondent cette déduction aient été remplacées par des formules plus substantielles qualifiées de valeurs et de principes, qui sont néanmoins présentées comme des déductions. La Cour fait rarement référence à la théorie du droit et plus souvent aux décisions de cours canadiennes ou étatsuniennes, tandis que la notion d'uBuntu est rarement utilisée au soutien d'une interprétation. La Cour s'appuie surtout sur la discussion des dispositions constitutionnelles en les lisant alternativement de manière littérale, systématique et téléologique, c'est-à-dire en fonction de principes qui sont conçus à la fois comme une norme sociale et comme le fruit de la Constitution, sans produire de discours propre à la reconfiguration de la tension entre fait et norme.

Les cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud occupent alors deux positions dans une approche qui n'est pas l'abandon d'un constitutionnalisme libéral, occidental, traditionnel ou positiviste, mais son avènement et son dépassement. Les deux juridictions ont également produit une spécificité commune qui tient non à la nature sociale de leur interprétation, mais à l'usage explicite de la réalité sociale dans leur raisonnement. La réalité sociale s'envisage alors comme un point de départ, soit la dimension factuelle à partir de laquelle le raisonnement judiciaire doit raisonner de manière inductive pour ensuite seulement appliquer la norme aux faits (Colombie) ; la réalité sociale peut également être présentée comme un contexte servant à interpréter le texte, quitte à réduire l'interprétation à l'énonciation des principes à la casuistique de la proportionnalité (Afrique du Sud). Surtout, la réalité sociale ainsi conçue amène les juges à produire plus ou moins explicitement une interprétation qui ne porte pas seulement sur le texte ou le texte augmenté d'un

contexte mais sur le fait, le contexte et la société elle-même. Il s'agit d'une référence parfois conçue comme externe par les juges qui s'intègre néanmoins dans la norme dans le discours judiciaire. Ce processus intégratif est l'un des moyens d'actualiser ou plutôt de construire cette norme à partir des changements sociaux et politiques qu'ont connu l'Afrique du Sud et la Colombie dans les années 1990, et qui continuent de résonner dans cette manière de raisonner jusqu'à aujourd'hui. L'interprétation normative est alors celle du texte constitutionnel et celle de la société.

Dès lors, il paraît superficiel de distinguer théorie et pratique ou droit et politique et social, avec d'un côté l'interprétation, d'un autre le contexte ou la réalité déçue des droits. Le politique et le social sont en réalité intégrés à l'interprétation elle-même et c'est ainsi qu'il faut comprendre certains discours au ton postcolonial ou aux emprunts critiques : il s'agit d'un rejet de la rationalité juridique conçue comme la seule discussion des normes enfermées dans un texte, au profit d'une ouverture à une réalité sociale ou à un contexte parfois mal définis et pas toujours assumés explicitement. Les opinions des deux juridictions, bien qu'élaborées et particulièrement explicites dans le cas colombien, ne remontent jamais au présupposé fondamental de la création normative du juge. Le paradoxe de l'activisme judiciaire réside dans une construction normative dans laquelle le juge accepte dans une certaine mesure son rôle créateur mais estime, paradoxalement, que ce rôle créateur provient d'un texte d'une manière qui, cette fois-ci, semble ne plus requérir sa création. Car pour rester des juges, c'est-à-dire faire admettre leurs décisions comme du droit et non de la morale, les juges s'efforcent de relier leurs propositions à un droit autonome. Ils l'ont fait dans les deux pays par une théorisation exigeante (Colombie) ou une concrétisation pragmatique (Afrique du Sud).

Ce sont alors une suite d'oppositions qui paraissent sans réponses dans le discours des juges et des juristes entre création judiciaire et l'objectivisme, fait et norme, texte et contexte. Comment concilier ces approches, qui ne sont pas particulièrement audacieuses en termes de théorie constitutionnelle, avec le rôle pourtant particulier joué par les deux cours et l'ampleur, notamment, du discours qu'elles ont produit ? Qu'y-a-t-il d'autre dans ce discours que ces justifications parfois explicites, parfois absentes ? Ces mots généreux, ambitieux, parfois très libres qui ressortent des décisions, et pas seulement lorsqu'elles revendiquent des qualificatifs postcoloniaux ou critiques, sont-ils seulement une rhétorique qui masque une jurisprudence somme toute classique, imprégnée de la dignité humaine et des libertés construites à la suite des révolutions américaine et française ? Si les deux cours étirent chacun de ces modes d'appréhension de l'activisme d'une manière rare et remarquable, c'est une reconfiguration du lien qui se produit et qu'il faut caractériser.

## CHAPITRE 6 : LA NARRATION DES JUGES

Une nouvelle forme de rationalité propre au raisonnement en matière de droits et principes substantiels apparaît avec l'activité des cours constitutionnelles contemporaines. Ce changement présente désormais une évidence dans les démocraties d'Europe et d'Amérique du Nord où ces formes ont été générées et discutées, mais leur import et surtout leur réinvention dans des pays du Sud comme l'Afrique du Sud et la Colombie dévoilent, comme à l'occasion d'un glissement, des failles et des réinventions. La notion même de rationalité est contestée au sein du corpus du constitutionnalisme nouveau et transformateur, puisqu'elle porte une idée universaliste qui, d'une part, suscite le décentrement d'un regard post-colonial, d'autre part, dans les pays mêmes du Nord, a été accusé de détourner le regard des inégalités réelles au nom de la seule égalité formelle. Les différentes théories de la justice et du droit proposées par Rawls, Dworkin ou Habermas sont en effet concentrées sur la construction des discours dans l'Occident du XX<sup>ème</sup> siècle et d'une forme de rationalité juridique autonome<sup>2081</sup>. Or, l'appel constant à la réalité sociale comme contexte par les discours du constitutionnalisme transformateur vise à déplacer les constructions normatives vers le fait.

Une approche purement théorique du raisonnement judiciaire, qui cherche dans les décisions du juge une forme de rationalité, que celle-ci soit jugée spécifiquement juridique, politique ou axiologique, objective ou normative, moderne ou post-moderne, universaliste ou post-colonial, n'est toutefois pas suffisante pour comprendre l'activité judiciaire. D'une part, ces qualificatifs sont l'œuvre d'une rationalisation par la doctrine – parfois constituée de juges ou d'anciens juges – et plus largement d'une théorie de la justice constitutionnelle. La pratique peut être plus diverse et correspondre plutôt, à l'instar du constitutionnalisme nouveau et transformateur, à un mélange d'éléments dogmatiques et d'éléments critiques. D'autre part, une décision n'est pas le contenu mais le produit du raisonnement autant que sa justification. Mais là encore, il ne s'agit pas seulement de cette justification que de la manière dont elle est montrée. Une évidente question de style se pose. Le juge fait alors un récit de la Constitution et de sa propre création normative au sein d'un discours constitutionnaliste.

---

<sup>2081</sup> Jeremy Waldron note ainsi un défaut des droits sociaux par rapport aux théories de la justice : « *socio-economic rights purport to address the claims of direst need directly and vividly - and often as a last resort - whereas the importance of these other competing claims - about property, markets, desert, and fiscal and macroeconomic concerns - is presented a little further back from the margins of life and death. Or to put it more crudely : it is easy for defenders of socioeconomic rights to make their opponents sound heartless.* » (J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 773-808., p. 777). L'auteur note ainsi « *the disparity between the tone and rhetoric of argument for socioeconomic rights - intense, concrete and passionately concerned - and the tone and rhetoric of argument for theories of justice - dry, detached, abstract, and impossibly elaborate* » (*Ibid.*, 777), avec des principes « *that are intended to operate at a more general level* » (*Ibid.*, 778).

En Afrique du Sud et en Colombie, les Cours constitutionnelles ont développé une activité particulière du fait de leur style autant que de leur raisonnement. Les controverses y ont pris la forme d'expressions personnelles et de divergences rhétoriques autant qu'argumentatives. Une autre fonction des droits sociaux apparaît alors dans le rôle émotionnel de leurs usages (et donc d'une certaine instrumentalité). L'invocation des valeurs qui se confond avec l'évaluation personnelle vantée par les tenants des besoins de base en matière de droits sociaux<sup>2082</sup> est le signe d'une fin de la croyance en une autorité ou une légitimité absolue du droit, au profit d'une conception instrumentale ou subjective du raisonnement juridique et judiciaire. Ces droits s'insèrent alors dans des espaces de réclamation au sein desquelles le juge exerce une activité réactive autant que créatrice en déployant un rapport particulier à la société.

L'analyse de l'activisme judiciaire doit alors s'ouvrir à des approches et théories qui vont au-delà des explications traditionnelles de l'activisme, qu'elles soient normatives ou réalistes, pour s'intéresser aux discours et à leurs effets (section 1). Une analyse de la fabrique et de l'économie du discours au sein des Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie permet de comprendre comment les juridictions se sont positionnées au sein d'un ordre juridique et discursif particulier (section 2).

---

<sup>2082</sup> Voir *supra*, chapitre 3.



## SECTION 1 : LA PRODUCTION DES EMOTIONS PAR LES DISCOURS JUDICIAIRES

Les juges ne sont alors pas seulement les producteurs ou les gardiens des règles, des principes et des valeurs ; ils les discutent et deviennent des narrateurs de l'idéal constitutionnel dans une société historique donnée, surtout lorsqu'ils théorisent, comme en Afrique du Sud et en Colombie, un lien entre la norme et la réalité sociale et le fait. On peut ainsi aborder les décisions judiciaires par leur style et en particulier les traces d'affect qu'elles donnent à voir (§1) pour s'interroger sur ce que l'usage de l'affect par les juges traduit en termes de raisonnement (§2).

### §1. L'émotion qui saisit le juge

Les raisonnements judiciaires peuvent être abordés par l'angle de l'émotion qui ressort des décisions (A). On en voit des traces particulières dans des décisions expressives en Colombie et en Afrique du Sud (B).

#### A. Les traces d'émotion dans le discours judiciaire

L'émotion renvoie à une manière d'appréhender le style judiciaire (1). Une méthode d'analyse particulière permet d'en analyser les traces dans la jurisprudence (2).

##### 1. *Styles et rationalité judiciaires*

Les manières de raisonner apparaissent dans les façons de s'exprimer et ce qui est appelé style judiciaire depuis que des juristes s'y intéressent comme un objet d'étude à partir des années 1970<sup>2083</sup>. Le raisonnement, la rigueur, le style et ses qualités intrinsèques sont alors autant d'éléments qui permettent de comprendre une jurisprudence. La question de la forme rejoint alors les transformations qui ont pu être observées en théorie du droit, et en particulier, pour les juridictions suprêmes qui évoquent droits, valeurs et principes, l'importance de la communauté juridique pour décrire ou prescrire les méthodes d'interprétation. Ainsi la Cour constitutionnelle de Colombie rend de longues décisions chargées de discussions et références philosophiques et doctrinales pour bâtir une norme sociale, tandis que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, toute aussi prolixe, recourt plus facilement à une déduction qui lui fait livrer des interprétations des dispositions écrites<sup>2084</sup>. On retrouve une différence de style, particulièrement riche en Colombie, plus sec en Afrique du Sud, ou encore une différence de niveau de discours, philosophique et politique d'un côté, plus mesuré d'un autre.

---

<sup>2083</sup> P. BRUNET, J.-L. HALPERIN, R. NOLLEZ-GOLDBACH, « Les "styles judiciaires" : diversité des approches, nécessité des évolutions », *Droit et société*, vol. 91, n° 3, 2015, p. 465-471, spec. p. 466-467.

<sup>2084</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

La notion de style judiciaire est souvent utilisée pour distinguer des cultures juridiques, mais il faut encore chercher à comprendre comment et pourquoi un juge rédige d'une certaine manière<sup>2085</sup>. Aussi le style judiciaire des deux juridictions de notre étude diffère, mais pas la présentation formelle de leurs décisions, conformes aux standards internationaux pour une juridiction suprême et eux-mêmes inspirés de la *Common law*, avec une opinion qui fait entre une vingtaine et une centaine de pages, des paragraphes numérotés, des sections correspondant aux faits, à la procédure, aux arguments des parties, aux motifs et à la partie décisive. Dès lors, il faut considérer la manière par laquelle le style est une manière pour les juges qui rédigent les opinions de convaincre au-delà du délibéré<sup>2086</sup>, c'est-à-dire de constituer une narration particulière sur la norme et son interprétation. Le rejet du formalisme central dans les discours du constitutionnalisme transformateur ne renvoie pas seulement à un mode de raisonnement, sur lequel se concentrent les travaux, mais également à un mode d'expression.

Le mouvement *Law and emotion* est venu poursuivre le travail d'ouverture de la rationalité juridique amorcé par *Law and society* dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Contre l'objectivisme du positivisme juridique moderne, et à partir d'une contestation plus vaste de la raison associée au cartésianisme, il faudrait reconsidérer le rôle joué par l'émotion dans le raisonnement des juristes. Les approches sont très variées<sup>2087</sup> mais si l'on en reste à l'observation générale, la parenté est évidente avec *Law and literature*<sup>2088</sup>, qui vise à rapprocher le discours juridique du discours littéraire. Comme l'a formulé Martha Nussbaum, une auteure majeure du champ, le langage du jugement devrait être à certains égards [...] comme le langage de l'amateur de littérature. J'entends par là non pas nécessairement de bons mots et un style élevé, mais un langage qui exprime le type d'imagination capable de percevoir l'humanité individuelle des personnes

---

<sup>2085</sup> J.-L. HALPERIN, « Les styles judiciaires, des traditions nationales ? », *Droit et société*, vol. 91, n° 3, 2015, p. 491-504

<sup>2086</sup> Comme le souligne Jean-Louis Halpérin, « les styles judiciaires ont des liens forts en amont avec les problématiques de l'argumentation judiciaire et en aval avec celles de l'autorité et de la diffusion des normes. Le style est ainsi envisagé comme une forme qui extériorise partiellement le discours « interne » des juges. Dans les pays de droit civil habitués à des juridictions collégiales et le plus souvent à l'absence d'opinions dissidentes, la pensée individuelle de chaque juge est coulée dans le moule anonyme d'une décision collective. Dans les juridictions de common law avec un juge unique ou des opinions séparées, la publication de l'opinion du juge opère très vraisemblablement une métamorphose ou une novation du discours que le juge s'est tenu à lui-même et a tenu à ses collègues lors du délibéré. On passe ainsi, presque insensiblement, à un autre effet du style, en tant que « signe de reconnaissance » (sinon de validité) d'une décision qui peut faire précédent et acquérir une autorité jurisprudentielle comme norme générale. Le style, par ses caractères stéréotypés et par des signaux compréhensibles au-delà des juges (notamment par les autres juristes, lecteurs de ces décisions judiciaires) est alors un moyen d'assurer (ou du moins de favoriser) l'autorité de la jurisprudence. » (*Ibid.*, p. 492-493).

<sup>2087</sup> Pour une approche synthétique du courant, voir K. ABRAMS, H. KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions », *Minnesota Law Review*, vol. 94, n° 6, 2010, p. 1997-2074

<sup>2088</sup> Le mouvement *Law and emotion* repose alors sur l'apport des sciences humaines, de la même manière que le courant droit et littérature visait autant à importer des techniques d'analyse issues de la littérature qu'il visait par ailleurs à voir le droit comme une littérature. Voir par exemple F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2006. A. SARAT (dir.), *Imagining Legality. Where Law Meets Popular Culture*, University of Alabama Press, 2011. P. SEGUR, « Droit et littérature. Éléments pour la recherche », *Droit & littérature*, n° 1, 2017, p. 107-123.

concernées et leurs circonstances ; de reconnaître que chacun a une histoire compliquée avec des facteurs qui font qu'elle n'est pas la même que celle d'un autre.<sup>2089</sup>

La question de savoir si l'émotion affecte ou non le raisonnement du juge, et dans quelle mesure, est difficile à trancher. Les courants critiques du droit y ont répondu par l'emphase, l'interprétation normative renvoyant selon eux à une subjectivité de l'interprète, contre la prétention du droit à l'universalité. Jerome Frank estimait, dès 1930, que la psychologie fournissait les meilleures explications aux décisions judiciaires<sup>2090</sup>. Le raisonnement juridique n'est pas plus rationnel que n'importe quelle décision humaine. Dès les années 1960, la psychologie cognitive s'intéresse à la manière dont l'émotion peut être, plutôt que l'opposé d'une rationalité objective trop mise en avant par la philosophie cartésienne puis kantienne et contre l'inconscient psychanalytique, un instrument de connaissance des systèmes de valeur<sup>2091</sup>. L'objectivité telle qu'elle est imaginée par le rationalisme n'existe pas mais cela ne veut pas dire que tout est subjectivité au sens où le pense, justement, ce rationalisme, c'est-à-dire en y voyant un chaos des préférences personnelles. Selon une approche cognitiviste, au contraire, « les émotions ne sont pas vides de sens, elles incarnent des pensées<sup>2092</sup> ». Le courant émotiviste en sociologie va plus loin et estime que les jugements de valeur, ne pouvant

---

<sup>2089</sup> M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *St. John's law review*, vol. 70, n° 1, 1996, p. 24 : « *the language of judging should be in some respects (...) like the language of the lover of literature. By that, I mean not necessarily fine words and high style, but a language that is expressive of the kind of imagination that's capable of perceiving the individual humanity of the people involved and their circumstances; recognizing that each has a complicated story with factors that make it not the same as anyone else's.* »

<sup>2090</sup> J. FRANK, *Law and the modern mind (1930)*, Routledge, 2009. Pour l'auteur, la croyance en l'objectivité du droit provient essentiellement d'une relation émotionnelle à l'autorité qui vient de l'enfance : « *Modern civilization demands a mind free of father-governance. To remain father-governed in adult years is peculiarly the modern sin. The modern mind is a mind free of childish emotional drags, a mature mind. And law, if it is to meet the needs of modern civilization must adapt itself to the modern mind. It must cease to embody a philosophy opposed to change. It must become avowedly pragmatic. To this end there must be developed a recognition and elimination of the carry-over of the childish dread of, and respect for, paternal omnipotence; that dread and respect are powerful strongholds of resistance to change. Until we become thoroughly cognizant of, and cease to be controlled by, the image of the father hidden away in the authority of the law, we shall not reach that first step in the civilized administration of justice, the recognition that man is not made for the law, but that the law is made by and for men.* » (*Ibid.*, p. 268-269, et, plus largement, voir p. 14-25 et 75-82).

<sup>2091</sup> K. OATLEY, *Understanding emotions*, Blackwell, J.M., 1996. C. TAPPOLET, *Émotions et valeurs*, PUF, 2000. Le sociologue Raymond Boudon a proposé de parler d'une « rationalité axiologique » pour qualifier la manière dont on pouvait raisonner à propos des valeurs, l'émotion n'étant alors qu'un moyen de les connaître et en aucun cas l'origine des jugements moraux, R. BOUDON, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, 1995.

<sup>2092</sup> M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *op. cit.* note 9, p. 25 : « *emotions are not just mindless ; they embody thoughts* ». Plus précisément, « *emotions have many cognitive features, and embody forms of thought* » (*Ibid.*, p. 25). En s'appuyant notamment sur Aristote mais également dans une moindre mesure sur Antonio Damasio (*infra*), le philosophe va légèrement au-delà du cognitivisme en estimant que les émotions sont un moyen de connaître les valeurs mais sont, peut-être, en elles-mêmes, la seule forme connaissable de jugement, en faisant le lien entre notre environnement extérieur et nos valeurs, objectifs et désirs ainsi connus, M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001, spec. p. 43-45. Le discours populaire contemporain a bien intégré l'intelligence émotionnelle comme la meilleure connaissance de soi par les émotions, voir P. SALOVEY, J.D. MAYER, « Emotional Intelligence », *Imagination, Cognition and Personality*, vol. 9, n° 3, 1990.

être connus ou n'ayant d'existence en soi, doivent être compris comme l'expression d'émotions<sup>2093</sup>, comme le présentait déjà David Hume en mettant en avant les perceptions dans les comportements humains<sup>2094</sup>. Du côté des neurosciences, Antonio Damasio a proposé une critique célèbre de la distinction faite par Descartes entre corps et esprit, alors que des « marqueurs somatiques » formeraient des voies neuronales rapides face aux décisions à prendre : ces circuits passeraient par la mémoire des émotions et non une pensée distincte de l'action, si bien que le cerveau serait capable de fonctionner en deçà de toute conscience réflexive<sup>2095</sup>. La question centrale du rapport entre émotion et rationalité morale est alors de déterminer ce qui dans cette dernière constitue un espace autonome<sup>2096</sup>.

C'est à partir d'interrogations semblables que le mouvement *Law and emotion* conteste un libre arbitre profondément ancré dans les imaginaires du constitutionnalisme moderne : celle du juge Hercules imaginé par Ronald Dworkin, qui décide, en souverain et en lui-même – alors qu'Hercules est lui-même une métaphore, ce qu'est le droit applicable. Le juge-philosophe reste contraint par un objectivisme moral plutôt qu'une subjectivité sensible. De telles images présupposent un jugement infaillible, dicté par le droit ou qui sait ce qu'est *le* droit. C'est à l'inverse ce dernier mot donné avec autorité qui suscite les critiques envers la légitimité du juge constitutionnel par rapport aux représentants élus, expliquant la nécessité de donner à ce mot la force de la certitude. Comme l'écrivait le juge de la Cour suprême des Etats-Unis Robert Jackson, « nous ne sommes pas finaux parce que nous sommes infaillibles, mais nous sommes infaillibles uniquement parce que nous sommes finaux<sup>2097</sup> ». Les discours sur la légitimité démocratique reposent précisément sur une image du dernier mot qui renvoie au discours produit par le juge et

---

<sup>2093</sup> Voir A.J. AYER, *The problem of knowledge*, Macmillan, 1956. A.J. AYER, *Langage, vérité et logique (1936)*, Flammarion, 1956, trad. J. Ohana. C.L. STEVENSON, « The emotive theory of ethical terms », *Mind*, vol. 46, 1937, p. 14-31. La sociologie tend plutôt à étudier le rapport entre les émotions et les systèmes sociaux. Allan GIBBARD estime notamment que si les jugements moraux sont bien l'expression d'émotions, ils n'excluent pas des raisonnements axiologiques, puisqu'ils doivent se conformer à un système de normes dans cette expression même en public, qui régule les émotions appropriées, A. GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Harvard University Press, 1990. ; Voir aussi J. M. BARBALET, *Emotion social theory and social structure: A macrosociological approach*. Cambridge university press, 1998.

<sup>2094</sup> D. HUME, *A treatise of human nature*, Mary K. Norton, 1739

<sup>2095</sup> A. DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Putnam Publishing, 1994.

<sup>2096</sup> Pour Pierre Livet, l'émotion n'est pas seulement un moyen de connaissance (cognitivisme), elle a également une action sur la rationalité axiologique des normes et valeurs, qui n'est pas une réalité objective accessible par une raison pure propre aux concepts (rationalisme), ni une préférence subjective réductionniste (émotivisme) : les émotions permettent de connaître ses croyances et de les « sonder », et par-là d'agir sur elles par un processus de révision, P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, PUF, 2002, p. 8 : « la réalité des valeurs, ce sont les interactions entre le monde et les agents. Nos émotions enregistrent nos réactions à ces interactions. Bien évidemment elles modifient ces interactions, et il nous faut donc attendre de pouvoir repérer des invariants dans ce paysage modifié par ces rétroactions ». Il existe dès lors un pré-conceptuel affectif qui interagit, sous la forme de la révision, avec le conceptuel, c'est-à-dire une certaine rationalisation consciente : les émotions orientent, dans une « structure interactive », imbriquée et complexe, nos représentations du monde, nos sentiments sur les choses, opinions, croyances et préférences (*Ibid.*, p. 35 et p. 153-176).

<sup>2097</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 9 février 1953, *Brown v. Allen*, p. 540 (opinion concurrente).

qui soit empêcherait d'autres paroles – celles du débat public ou du législateur – soit au contraire, pour les tenants d'une approche dialogique, viendrait nourrir la discussion publique<sup>2098</sup>.

## 2. Une méthode d'analyse des discours judiciaires

L'émotion reste difficilement saisissable hors de la conscience du sujet, précisément parce qu'elle est immédiate et spontanée, mais aussi parce qu'il est difficile d'y accéder à moins d'être un psychologue clinicien ou un neuroscientifique. En revanche, il semble que l'on peut retrouver des traces d'émotion dans les raisonnements judiciaires, *a fortiori* dans les opinions des juridictions au sein desquelles il est admis qu'un individu ou un groupe déterminé s'exprime, comme c'est d'ailleurs le cas aux États-Unis, le contexte d'élaboration de beaucoup de travaux du mouvement, ainsi qu'en Afrique du Sud et en Colombie. On peut alors observer une diversité dans les opinions rendues pour chaque décision et au sein même des décisions rédigées lorsqu'elles présentent une dissidence ou une concordance<sup>2099</sup>. Que l'émotion ait joué un rôle ou non dans la délibération et la rédaction, elle apparaît dans la décision et est, à cet égard, un élément rhétorique de l'argumentation<sup>2100</sup>. C'est une définition minimaliste du rapport entre le droit et les émotions. Comment qualifier cette émotion ? On retiendra qu'elle est la marque d'une réaction immédiate et spontanée : la peur, le rejet, l'adhésion, la joie, la tristesse, la colère, la surprise (les psychologues parlent d'« émotions de base »<sup>2101</sup>), qu'on peut éloigner d'une « certaine confusion entre l'intuition du juste et les émotions suscitées par une affaire donnée<sup>2102</sup> ». L'émotion diffère en effet du sentiment, plus stable et qui semble plus aisément proche des valeurs, d'où la capacité cognitive qui y a été associée<sup>2103</sup>. Malgré la définition minimaliste adoptée, il n'est pas aisé de trouver une trace d'émotion dans une décision de justice, car il ne s'agit jamais que de la rédaction *ex post* d'un raisonnement, rédaction qui ne peut, par définition, contenir de l'émotion. On peut avoir gommé tout ce qui semblait trop peu objectif pour figurer dans les motifs : ce que l'on laisse n'est plus immédiat mais délibéré et produit. On

---

<sup>2098</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §2 et *infra*, chapitres 7 et 8.

<sup>2099</sup> Pour une étude de la jurisprudence en matière de transformation sociale comme une texture idéologique qui apparaît au fil des décisions et opinions, voir *supra*, chapitre 4.

<sup>2100</sup> Pour une application à la Cour suprême des États-Unis, voir J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *Columbia Law Review*, vol. 113, n° 6, 2013, p. 1389-1481.

<sup>2101</sup> M. DENIS, *La psychologie cognitive*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2012, p. 279-309.

<sup>2102</sup> E. JEULAND, « L'émotion et le juge », document de travail publié sur Hal (consulté le 3 mars 2021). Dans le cadre de la procédure civile, l'auteur s'intéresse alors à l'influence qu'a sur le juge « la colère, l'irritation, la peur, le début d'un rire ».

<sup>2103</sup> Le sentiment est pour Pierre LIVET « ce qui reste d'affect une fois que le processus de révision et d'accoutumance a stabilisé les errances de l'émotion (...) Les émotions nous donnent ce levier, puisque tout en pouvant se stabiliser en des sentiments qui coïncident avec nos jugements de valeur, elles se révèlent aussi déborder nos jugements de valeur, et surtout différer de ce que nous nous attendions à avoir comme jugements de valeurs. » (P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, *op. cit.* note 16, p. 8). Aussi, « Ce que nous nous finissons par nous représenter comme valeurs, ce sont simplement des chréodes d'interaction au creux desquelles nos réactions émotionnelles restent stables, et deviennent des sentiments. » (*Ibid.*, p. 10).

peut également jouer du style écrit pour faire paraître une émotion qui n'était pas nécessairement celle du délibéré.

En outre, les approches de l'interprétation juridique qui mettent en avant la subjectivité de l'interprète ne se réfèrent bien pas tant à l'émotion qu'à l'affect en général et à la subjectivité en particulier, si bien que l'on perd la dimension immédiate mais aussi a-conceptuelle de l'émotion – il peut s'agir d'opinions, qu'elles soient ou non constituées à partir d'une raison pure ou d'émotions ou d'un mélange des deux. Une approche argumentative semble dès lors plus intéressante puisqu'elle regarde une forme particulière de raisonnement qui fait appel à l'affect immédiat et réactif. Cette approche prolonge alors celle du rapport entre droit et politique qui vient s'intéresser à la manière dont l'activité judiciaire vise à articuler une idéologie sous une forme admise comme juridique. Dès lors, la trace d'émotion peut se définir *a contrario* comme ce qui sort du raisonnement juridique perçu comme objectif et rationnel, serait-ce un paragraphe, une phrase ou un qualificatif. Le risque est alors de ne définir ce nouvel instrument que par la négativité de sa force critique, certes indéniable, et c'est bien comme cela que s'est construit le courant *Law and emotion* : contre un raisonnement qui prétend à l'objectivité et à la raison pure<sup>2104</sup>.

L'émotion renvoie souvent à un style, c'est-à-dire à une expression de l'émotion plus qu'à l'émotion elle-même, comme dans le passage cité plus haut de Martha Nussbaum. C'est un jugement qui serait formulé en des termes souvent présentés comme « littéraires » qu'il faudrait remarquer, sans que l'on sache bien ce que ce littéraire signifie<sup>2105</sup>. On retiendra là encore un style qui sort de celui que l'on attend spontanément du juriste, par un lyrisme qui déborde la raison habituelle et du reste de la décision concernée, puisque l'objectivité n'est jamais qu'un usage de style admis au sein de la culture juridique concernées. Plus que la seule trace d'un affect, c'est alors l'émotion suscitée qui attire le regard, dont le lien avec une argumentation rationnelle mieux acceptée interroge. L'émotion n'est alors pas ce qui viendrait s'opposer à une raison théorique, puisque l'on ne peut sonder la manière dont le juge l'a formée sans faire une psychologie des juges, ce qui excède bien nos compétences. Mais elle est un instrument, c'est-à-dire une médiation entre un objet et l'exécution d'une tâche. Comment, et pourquoi, le juge fait appel au registre de l'affect dans sa production écrite ?

---

<sup>2104</sup> Voir par exemple, K. ABRAMS, H. KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions », *op. cit.* note 7. GROSSI, « Understanding Law and emotions », *op. cit.* p. 55-56 ; J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1392-1394.

<sup>2105</sup> Richard Posner a ainsi pu dire que, bien souvent dans les travaux faisant le lien entre droit et littérature, les juristes ne définissaient pas vraiment ce qu'ils entendaient par littérature et les littéraires ne définissaient pas vraiment ce qu'ils entendaient par droit, R. POSNER, *Law and literature*, Harvard University Press, 3ème ed., 2009, p. 1-17.

## B. Des décisions expressives

Plusieurs registres du rapport entre l'émotion et le droit apparaissent dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud (1) et de Colombie (2). Il s'agit ici d'en présenter des exemples en lien avec la jurisprudence en matière de transformation sociale<sup>2106</sup>. Pour chacun des deux pays, deux formes d'affect apparaissent : le juge donne parfois à voir une présentation affective voire misérabiliste de la situation socio-économique des requérants qui réclament la réalisation de leurs droits les plus basiques ; d'autre fois, l'affect renvoie aux personnes placées dans la même situation, voire de la société entière et à l'idéal social visé par la Constitution.

### 1. Les traces d'affect dans les décisions de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud présente de nombreux qualificatifs renvoyant aux titulaires des droits sociaux qui peuvent susciter de l'émotion ou laisser penser qu'ils en ont suscité chez le juge. Alors que la Cour a centré son approche des droits sociaux sur l'urgence et un contrôle procédural des mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics, le champ lexical de ses décisions renvoie, de manière significative, à la gravité (« *extreme conditions of poverty* », « *intolerable* »<sup>2107</sup>, « *plight* »<sup>2108</sup>, « *great poverty* »<sup>2109</sup>, « *acute* »<sup>2110</sup>, « *calamity* »<sup>2111</sup>) ou à la marginalité (« *exclusion* »<sup>2112</sup>, « *fringe* »<sup>2113</sup>). On ne peut toutefois se contenter de ces mentions puisque les droits sociaux sont toujours proches du domaine de l'affect. Il vaut mieux ne retenir que les qualificatifs les plus poignants, notamment ceux qui sont accompagnés de propositions qui emploient le champ lexical de l'affect et insistent particulièrement sur des ressorts émotionnels. Dès lors, on ne peut plus douter que le juge a volontairement donné ces traces à voir et devient alors l'énonciateur d'un discours au pathos particulier.

---

<sup>2106</sup> Laquelle a donné lieu à une étude plus exhaustive au chapitre 4, *supra*, dont l'on retrouvera ici des décisions déjà analysées pour leur contenu idéologique et interprétatif.

<sup>2107</sup> CCAS, 11 mai 2001, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, ci-après *Grootboom*, (Zakeria Yacoob), §24.

<sup>2108</sup> *Ibid.*, §2 : « *The issues here remind us of the intolerable conditions under which many of our people are still living. The respondents are but a fraction of them. It is also a reminder that unless the plight of these communities is alleviated, people may be tempted to take the law into their own hands in order to escape these conditions. The case brings home the harsh reality that the Constitution's promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream.* »

<sup>2109</sup> CCAS, 27 novembre 1998, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, ci-après *Soobramoney* (Arthur Chaskalson), §8 : « *We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.* »

<sup>2110</sup> *Ibid.*, §30.

<sup>2111</sup> CCAS, 5 juillet 2002, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*, ci-après *TAC*, §2, évoquant l'épidémie du Sida et citant un rapport public.

<sup>2112</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §6.

<sup>2113</sup> *Ibid.*, §7.

Dans la décision *Grootboom*, l'opinion majoritaire rédigée par Zakeria Yacoob revenait de manière éloquente sur la situation des requérants – occupants illégaux d'un terrain municipal – mais aussi des personnes placées dans les mêmes conditions :

Les questions abordées ici nous rappellent les conditions intolérables dans lesquelles beaucoup de nos concitoyens vivent encore. Les requérants ne sont que quelques-uns d'entre eux. Cela nous rappelle également qu'à moins que l'on soulage leur détresse, ces gens pourront être tentés de faire leur propre loi afin d'échapper à leur condition. Cette affaire rappelle la dure réalité d'une promesse d'égalité et de dignité pour tous faite par la Constitution, mais qui reste pour beaucoup un rêve lointain. Personne ne devrait être poussé par des conditions de vie intolérables à recourir à occuper illégalement des terres.<sup>2114</sup>

La terminologie indignée se retrouve tout au long de la centaine de pages qui suivent. Avant de condamner l'État pour ne pas avoir mis en place de procédure d'urgence pour les plus démunis, en élaborant l'instrument précis qu'est le test du caractère raisonnable des mesures publiques, la Cour ajoute :

il n'existe aucune disposition expresse visant à faciliter l'accès à une aide temporaire pour les personnes qui n'ont pas accès à un logement, qui n'ont pas de toit, qui vivent dans des conditions intolérables et qui sont en détresse en raison de catastrophes naturelles telles que des inondations ou des incendies, ou parce que leurs maisons sont menacées de démolition. Ces personnes sont désespérément dans le besoin.<sup>2115</sup>

---

<sup>2114</sup> *Ibid.*, §2 : « The issues here remind us of the intolerable conditions under which many of our people are still living. The respondents are but a fraction of them. It is also a reminder that unless the plight of these communities is alleviated, people may be tempted to take the law into their own hands in order to escape these conditions. The case brings home the harsh reality that the Constitution's promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream. People should not be impelled by intolerable living conditions to resort to land invasions ».

On retiendra également cette présentation dramatique des requérants, §7 : « Mrs Grootboom and most of the other respondents previously lived in an informal squatter settlement called Wallacedene. It lies on the edge of the municipal area of Oostenberg, which in turn is on the eastern fringe of the Cape Metro. The conditions under which most of the residents of Wallacedene lived were lamentable. A quarter of the households of Wallacedene had no income at all, and more than two thirds earned less than R500 per month. About half the population were children; all lived in shacks. They had no water, sewage or refuse removal services and only 5% of the shacks had electricity. The area is partly waterlogged and lies dangerously close to a main thoroughfare. Mrs Grootboom lived with her family and her sister's family in a shack about twenty metres square. »

<sup>2115</sup> *Ibid.*, §52 : « there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods or fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. »



L'émotion est largement suscitée chez le lecteur sans attendre une hypersensibilité de sa part<sup>2116</sup>. L'émotion du juge, elle, apparaît clairement lorsque la Cour évoque la décision d'appel, montrant un léger agacement :

À première vue, la position des défendeurs était si aigüe et invivable lorsque la Haute Cour a entendu l'affaire que la simple humanité exigeait un secours immédiat et urgent de quelque forme que ce soit.<sup>2117</sup>

*Grootboom* n'est que la deuxième décision de la Cour statuant en matière de droits sociaux, ce qui explique peut-être en partie le ton adopté : c'était la première fois qu'elle s'exprimait sur la situation léguée par l'Apartheid en matière d'inégalités spatiales, huit années après la transition. La première décision en matière de droits sociaux de la Cour, *Soobramoney*<sup>2118</sup>, est rédigée de manière moins emphatique par le président de la Cour Arthur Chaskalson, mais son propos sur les inégalités est resté célèbre :

Nous vivons dans une société dans laquelle il existe de grandes disparités de richesse. Des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une grande pauvreté. Le taux de chômage est élevé, la sécurité sociale est insuffisante et beaucoup n'ont pas accès à l'eau potable ou à des soins adéquats. Ces conditions existaient déjà lors de l'adoption de la Constitution et l'engagement à y remédier et à transformer notre société en une société où règnent la dignité humaine, la liberté et l'égalité est au cœur de notre nouvel ordre constitutionnel. Tant que ces conditions continueront d'exister, cet idéal sera une coquille vide.<sup>2119</sup>

La Cour a également pu être attentive aux impressions laissées par l'action publique vis-à-vis des plus démunis et donc aux représentations affectives. Dans *TAC*, c'est « l'anxiété » des requérants et destinataires de la décision face à la maladie du Sida qui est évoquée par la Cour, qui

---

<sup>2116</sup> Le vocable est encore plus affectif dans l'autobiographie de d'Albie Sachs à propos de la même décision *Grootboom*, tout en restant articulée à la construction normative élaborée par la Cour : « *The right of access to adequate housing would have no meaning if a thousand people, in this case as a result of state action, were left without a place to lay their heads and without even minimal shelter, only a spot on a dusty ground and a few pieces of protective plastic sheeting. The problem facing us then was how to find a secure jurisprudential foundation for responding to their situation, that is, how to provide a principled analysis and remedy that would be consonant with our limited institutional capacity, and yet be capable of meaningful enforcement.* » (A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 177).

<sup>2117</sup> CCAS, *Grootboom*, *op. cit.*, §80 : « *At first blush, the respondents' position was so acute and untenable when the High Court heard the case that simple humanity called for some form of immediate and urgent relief.* »

<sup>2118</sup> CCAS, *Soobramoney*, *op. cit.*

<sup>2119</sup> *Ibid.*, §8 : « *We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.* »

admet qu'il s'agit de faire face à une maladie mortelle<sup>2120</sup>, quand bien même elle se livre à une étude précise et chiffrée de la délivrance d'un médicament empêchant la transmission de la mère à l'enfant. Dans l'affaire *Joe Slovo*, qui portait sur l'occupation illégale par une communauté bien installée de la bordure d'une route publique, Albie Sachs écrit dans une opinion concordante :

Pour les personnes qui cherchaient désespérément un endroit où habiter et se reposer, la construction de structures rudimentaires sur un terrain d'où elles ne seraient pas expulsées représentait plus qu'un simple abri contre les éléments. Leurs simples habitations sur des terres publiques leur donnaient une zone d'intimité personnelle et de sécurité familiale, et établissaient des espaces relativement inviolables de vie privée et de tranquillité dans un monde turbulent et hostile [...]. Ils échappaient au statut de parias que la domination coloniale et les lois racistes avaient historiquement transformé en éternels errants sur leur terre natale.<sup>2121</sup>

L'opinion cite ensuite longuement un ouvrage de 1916 sur le vécu d'une femme déplacée<sup>2122</sup>. Albie Sachs est connu pour le style littéraire qu'il a notamment manifesté dans les décisions autorisant le mariage homosexuel ou mobilisant l'autonomie personnelle, allant jusqu'à évoquer, en ouverture de la décision *Fourie* et en des termes fictionnels, l'histoire d'amour de deux personnes avant de les présenter comme deux femmes ne pouvant se marier<sup>2123</sup>. La même approche personnelle des discriminations ressort de la jurisprudence de la Cour relativement à l'orientation sexuelle, où le vécu et l'expérience de la discrimination, tels qu'ils sont construits par la société et approuvés, lorsque le droit à l'autonomie est violé, par les pouvoirs publics, sont placés avant la seule position sociale<sup>2124</sup> ; surtout sous la plume, là encore, d'Albie Sachs.

Dans l'affaire *Khosa*, l'exclusion des résidents étrangers du bénéfice de l'assurance sociale « crée presque inévitablement l'impression que les résidents permanents sont en quelque sorte inférieurs aux citoyens et moins dignes de l'aide sociale »<sup>2125</sup>, dans un pays où la xénophobie, à

---

<sup>2120</sup> CCAS, *TAC*, *op. cit.*, §130 : « *The anxiety of the applicants to have the government move as expeditiously as possible in taking measures to reduce the transmission of HIV from mother to child is understandable. One is dealing here with a deadly disease.* »

<sup>2121</sup> CCAS, 31 mars 2011, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelisha Homes and Others* (Dikgang Moseneke), opinion concordante d'Albie Sachs, §354 : « *For people in desperate quest of some place on earth to lay their heads, the erection of rudimentary structures on land from which they would not be expelled represented more than just establishing a shelter from the elements. Their simple habitations on council land gave them a zone of personal intimacy and family security, and established relatively inviolable spaces of privacy and tranquility in a turbulent and hostile world(...). They escaped the status of pariahs who had been historically converted by colonial domination and racist laws into eternal wanderers in the land of their birth.* »

<sup>2122</sup> *Ibid.*

<sup>2123</sup> Voir *infra*, section 2, §2.

<sup>2124</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 2.

<sup>2125</sup> CCAS, 4 Mars 2004, *Khosa and others v. Minister of Social Development*, §74 : « *almost inevitably creates the impression that permanent residents are in some way inferior to citizens and less worthy of social assistance.* » On notera là encore le ton affectif, presque paternaliste : « *As far as the applicants are concerned, the denial of the right is total and the consequences of the denial are grave. They are relegated to the margins of society and are deprived of what may be essential to enable them to enjoy other rights vested in them under the Constitution. (...) In my view this denial is unfair.* » (§ 77).

l'égard notamment des migrants provenant des pays pauvres situés plus au Nord, touche jusqu'au personnel politique. Le caractère sensible du jugement apparaît également lorsque la Cour cite la romancière Laura Bush sur le bonheur de donner vie et au contraire sa frustration :

La décision d'avoir un enfant par soi-même a été pendant des milliers d'années une part centrale de la vie des êtres humains. C'est une bénédiction que nous prenons souvent pour acquise. Les effets de l'impossibilité de prendre cette décision sont, pour beaucoup d'entre nous, proche d'être dévastateurs. Laura Bush l'exprime de manière éloquente lorsqu'elle écrit que « la langue anglaise manque de mots pour pleurer une absence (...) Qui peut décrire le sentiment d'une petite main qui n'est jamais tenue ? ». Nous ne manquons cependant pas de mots pour décrire les effets de l'expérience de l'infertilité : la douleur ; la tristesse ; le désespoir ; la panique ; l'isolement sont quelques-unes des sensations qui viennent souvent<sup>2126</sup>.

Il s'agissait alors d'une opinion minoritaire qui défendait l'extension de la gestation pour autrui hors du lien génétique des deux parents, en se fondant sur l'intégrité psychologique de la requérante qui vivait seule et était infertile, quand l'opinion majoritaire a confirmé la vision plus traditionnelle proposée par la loi<sup>2127</sup>. La sensibilité apparaît également lorsque la Cour donne droit au choix d'une élève de porter un signe qui importe pour son identité culturelle, malgré les difficultés rencontrées à l'école de ce fait. Le juge Langa écrit alors :

Le port du piercing n'a pas non plus été sans conséquences pour Sunali. Elle était manifestement très stressée et ses notes ont chuté à cause de la réaction de l'école au piercing et de la publicité qui en a résulté. Elle a dû régulièrement s'expliquer devant les membres du personnel et les préfets de l'école et a été menacée de mesures disciplinaires. Malgré ces difficultés, Sunali n'a pas modifié son comportement ni ses convictions. Aucune de ces preuves n'a été contestée et toutes indiquent que Sunali était fermement convaincue que le piercing était important pour son identité. Je suis donc convaincu que cette pratique était une manifestation particulière et particulièrement significative de son identité sud indienne, tamoule et hindoue. C'était sa façon d'exprimer ses racines et sa foi. Alors que d'autres ont pu exprimer la même foi, les mêmes traditions et croyances différemment ou pas

---

<sup>2126</sup> CCAS, 29 novembre 2016, *AB and Another v Minister of Social Development* (Nkabinde), opinion minoritaire de Khampepe, §1-2 : « *The decision to have a child of one's own has for thousands of years formed a central part of the lives of human beings. It is a blessing that is for the most part taken for granted. The effects of an inability to carry out that decision have, for so many of us, been nothing short of devastating. Laura Bush puts it eloquently when she writes that "[t]he English language lacks the words to mourn an absence. (...) Who can describe the feel of a tiny hand that is never held?" We are not in any way short of words when it comes to describing the effects of experiencing infertility: grief; sadness; despair; panic; helplessness; and isolation are but a few of the feelings that often ensue.* »

<sup>2127</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 1.

du tout, l'instruction montre qu'il était important pour Sunali d'exprimer sa religion et sa culture en portant ce piercing.<sup>2128</sup>

La Cour est alors attentive au choix de l'élève au lieu d'une essentialisation des caractéristiques culturelles qui pourraient être sujettes à discrimination au sens de la Constitution. Le style place le juge dans une situation empathique (en se plaçant du point de vue de la requérante) et personnelle (l'usage de la première personne). On retrouve la même idée en 2022 lorsque la Cour juge discriminatoire l'interdiction faite à un père non marié de donner son nom à un enfant en l'absence de la mère du fait de l'importance que revêt le nom<sup>2129</sup>. La Cour note en outre « l'humiliation intolérable » que cela peut représenter pour le père<sup>2130</sup>.

Une autre forme d'émotion dans la jurisprudence ressort des propos relatifs à la société sud-africaine. Le champ lexical traduit alors la fierté et la valeur supérieure du collectif. Les exemples sont nombreux et l'on peut retenir la célèbre deuxième décision rendue par la Cour, *Makwanyane*<sup>2131</sup>, dans laquelle elle juge la peine de mort contraire à la Constitution intérimaire de 1993 en s'appuyant, précisément, sur l'idéal constitutionnel nouveau. Le juge Mahomed, alors vice-président et futur président de la Cour, explique alors :

Dans certains pays, la Constitution ne fait que formaliser, dans un instrument juridique, un consensus historique de valeurs et d'aspirations évoluant progressivement à partir d'un passé stable et ininterrompu pour répondre aux besoins de l'avenir. La Constitution sud-africaine est différente : elle ne retient du passé que ce qui peut être défendu et représente une rupture décisive et un rejet catégorique de la partie du passé qui est honteusement raciste, autoritaire, insulaire et répressive,

---

<sup>2128</sup> CCAS, 5 octobre 2007, *MEC for Education : KwaZulu Natal and others v. Pillay* (Pius Langa), §90 : « *The wearing of the nose stud was also not without consequences to Sunali. She was obviously under a great deal of stress and her grades dropped because of the School's reaction to the nose stud and the related publicity. She was regularly required to explain herself to staff members and prefects at the school and was threatened with disciplinary action. In spite of these difficulties, Sunali did not alter her conduct or belief. None of this evidence was disputed and it all points to a very strong belief on Sunali's part that the nose stud was important for her identity. I am accordingly convinced that the practice was a peculiar and particularly significant manifestation of her South Indian, Tamil and Hindu identity. It was her way of expressing her roots and her faith. While others may have expressed the same faith, traditions and beliefs differently or not at all, the evidence shows that it was important for Sunali to express her religion and culture through wearing the nose stud.* ». De même, §207 : « *Unfettered freedom of testation excludes women, and this results in negative distributive consequences for them. While it may be true that freedom of testation is related to the rights to dignity, privacy and property it also has significant distributive consequences. In a society with stark inequalities based on gender, an unfettered approach to freedom of testation sustains class hierarchies inherited from the colonial and apartheid legacy and frustrates the establishment of a society based on equality and in particular gender equality. In this regard, interpreting the principle of freedom of testation to confer a broad right to disinherit based on gender undermines the constitutional objective to heal the injustices of the past and establish an egalitarian society.* ». Ou encore, §207 : « *By maintaining systems of privilege, it simultaneously traps vulnerable groups such as women in a cycle of poverty and entrenches systemic disadvantage.* »

<sup>2129</sup> CCAS, 22 septembre 2021, *Centre For Child Law v Director-General Dept of Home Affairs and Others* (Margie Victor), par exemple §1 : « *A surname connects us to our heritage and roots us in history and family tradition. In many African cultures, names not only connect a person to their immediate family, but also convey a spiritual connection to one's broader community, clan, and ancestors.* », <sup>2130</sup> *Ibid.*, §66.

<sup>2131</sup> CCAS, 6 juin 1995, *S v Makwanyane and Another*.

ainsi qu'une identification et un engagement vigoureux en faveur d'un *ethos* démocratique, universaliste, bienveillant et égalitaire, expressément formulée dans la Constitution.<sup>2132</sup>

L'accumulation des qualificatifs est impressionnante et produit un effet rhétorique. On peut imaginer les attentes qui pesaient sur le juge en Afrique du Sud et à l'étranger après la fin de l'Apartheid. Une opinion va plus loin encore en s'appuyant sur le terme d'uBuntu, inséré dans l'épilogue de la Constitution intérimaire de 1993 qui évoque la réparation des actes commis sous l'Apartheid ; celui-ci

[...] exprime l'*ethos* d'une capacité instinctive à donner et recevoir de l'amour à ses frères et sœurs ; la joie et l'épanouissement qu'implique la reconnaissance de leur humanité propre, la réciprocité qu'elle génère dans l'interaction au sein de la communauté, la richesse des émotions créatrices qu'elle engendre et les énergies morales qu'elle libère tant chez ceux qui donnent et dans la société qu'ils servent et qui les sert.<sup>2133</sup>

L'émotion est palpable dans le récit qui est fait d'un idéal constitutionnel, mais elle est aussi partie intégrante de ce que cet idéal protège et nourrit. Ce type d'affect est sans doute le plus visible dans l'opinion d'Albie Sachs dans l'affaire *Port Elizabeth* sur les expulsions d'occupants illégaux de terrains privés. Le juge écrit alors, bien au-delà de la seule solution :

Ce n'est pas seulement la dignité des pauvres qui est atteinte lorsque des personnes sans domicile sont chassées d'un lieu à l'autre dans la recherche désespérée d'un endroit où elles pourront, avec leur famille, se reposer. Notre société entière est rabaissée lorsque l'action de l'État renforce plutôt que corrige leur marginalisation.<sup>2134</sup>

Le passage fait suite à la démonstration selon laquelle la Constitution doit être interprétée à l'aide de l'uBuntu, qui « sous-tend l'ensemble de l'ordre constitutionnel » et fait que « nous ne sommes pas des îles en nous-mêmes » en considérant le « besoin humain pour l'interdépendance, le respect

---

<sup>2132</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Ismail Mahomed, §262 : « *In some countries, the Constitution only formalizes, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different : it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution.* »

<sup>2133</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Ismail Mahomed, §262 : « *expresses the ethos of an instinctive capacity for and enjoyment of love towards our fellow men and women; the joy and the fulfilment involved in recognizing their innate humanity; the reciprocity this generates in interaction within the collective community; the richness of the creative emotions which it engenders and the moral energies which it releases both in the givers and the society which they serve and are served by.* »

<sup>2134</sup> CCAS, 1<sup>er</sup> octobre 2004, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, opinion majoritaire d'Albie Sachs, §18 : « *It is not only the dignity of the poor that is assailed when homeless people are driven from pillar to post in a desperate quest for a place where they and their families can rest their heads. Our society as a whole is demeaned when state action intensifies rather than mitigates their marginalization.* »

et l'attention »<sup>2135</sup>. Il s'agit d'une assertion typique d'une expérience sensible du monde. L'uBuntu trouve ici une fonction expressive particulière, alors même que son importance dans les motivations de la Cour est relative.

On observe un tournant dans le discours de la Cour à partir des années 2010, moins lyrique, citant l'oppression avec précision plutôt qu'un vaste idéal constitutionnel. Cela apparaît par exemple dans une affaire concernant les langues enseignées à l'école :

L'Apartheid nous a laissé de nombreuses cicatrices. La plus grande est la différence d'accès aux ressources publiques et privées. La ligne de faille principale de notre oppression passée se situait au niveau de la race, de la classe et du sexe. Elle autorisait une hiérarchie de privilèges et de désavantages. L'inégalité d'accès aux opportunités prévalait dans tous les domaines. Bien que de nombreuses mesures correctives ont été prises depuis l'avènement de la démocratie constitutionnelle, les profondes disparités sociales et l'iniquité qui en découlent sont malheureusement toujours d'actualité. Dans un dessein non dissimulé, la Constitution exige ardemment que ces inégalités sociales soient traitées par une transformation radicale de la société dans son ensemble et de l'enseignement public en particulier.<sup>2136</sup>

Dans une décision récente qui annulait la décision d'appel d'une juridiction spécialisée en matière de concurrence suite à la fusion de deux hôpitaux privés, décision qui jugeait la hausse des tarifs insignifiante pour les patients, la Cour estimait :

Il ne faut pas oublier que pour l'écrasante majorité des Sud-africains, en considérant les vives inégalités économiques de notre pays, même une variation d'un pourcent du prix de l'essence ou du pain constituent probablement un risque pour leurs poches peu profondes et leur survie [...]. Et nous ferions mieux d'éviter de spéculer en la matière.<sup>2137</sup>

---

<sup>2135</sup> *Ibid.*, §17, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1, A., 1.

<sup>2136</sup> CCAS, 14 octobre 2009, *Head of Department, Mpumalanga Department of Education v Hoërskool Ermelo* (Dikgang Moseneke), §45 et 47 : « *Apartheid has left us with many scars. The worst of these must be the vast discrepancy in access to public and private resources. The cardinal fault line of our past oppression ran along race, class and gender. It authorised a hierarchy of privilege and disadvantage. Unequal access to opportunity prevailed in every domain. While much remedial work has been done since the advent of constitutional democracy, sadly deep social disparities and resultant social inequity are still with us. In an unconcealed design, the Constitution ardently demands that this social unevenness be addressed by a radical transformation of society as a whole and of public education in particular.* »

<sup>2137</sup> CCAS, 15 octobre 2021, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa (Pty) Ltd and Another* (Mogoeng Mogoeng), §61 : « *Lest we forget, to the overwhelming majority of South Africans, regard being had to our acute economic inequalities, even a 1% fuel or bread price hike probably constitutes a threat to their presumably shallow pockets and survival.(...) And we would all do well to avoid speculation on this issue.* »

La Cour insiste sur le point de vue de « l'opulence<sup>2138</sup> » qui domine lorsque l'on estime qu'une hausse des prix est insignifiante ; elle rejette alors l'appréciation factuelle et prédictive réalisée par la décision d'appel vis-à-vis de l'effet de la fusion, traduisant même une certaine colère dans son opinion<sup>2139</sup>.

Lorsque la Cour constitutionnelle cite explicitement l'intersectionnalité et le postcolonialisme<sup>2140</sup>, l'impression qui ressort des opinions n'est pas tant celui de l'affect que de l'analyse sociopolitique, même si la juridiction évoque les « inégalités criantes<sup>2141</sup> ». L'affect affleure néanmoins lorsque la juge Nonkosi Mhlantla conclut son raisonnement en évoquant

[...] la manière par laquelle le sort des femmes à cet égard est systémique et comment la répartition toujours inégale des richesses entretient des schémas de désavantage fondés sur le genre, le sexe et d'autres motifs similaires. L'effet de l'exclusion des femmes de l'héritage au seul motif de leur sexe est flagrant.<sup>2142</sup>

De même, dans la décision qui consacre une analyse appuyée sur le concept d'intersectionnalité, la Cour évoque les femmes domestiques noires comme des « survivantes » et estime que

Ces femmes noires sont courageuses, créatives et intelligentes. Elles sont des mères dévouées et des soignantes, elles ont la capacité de faire leur travail dans des conditions difficiles tant psychologiquement que physiquement. Ces femmes noires ne sont pas invisibles ou sans pouvoir. Au contraire elles ont une voix, et nous les écoutons. Ces femmes noires sont au cœur de notre

---

<sup>2138</sup> *Ibid.*, §81 : « Grounding the substantiality of lessened competition on a tariff hike, as “insignificantly” low as the predictive percentage is to the opulent, and with due regard to the already high and ever-escalating costs in the private health care services sector, the already dominant position of a company seeking to take over and the constitutional imperative to fulfil the right of access to health care services do, all things considered, justify the discretionary choice of prohibition as a remedy in this matter. »

<sup>2139</sup> À la question de savoir si le tribunal arbitral a bien estimé ces effets, qu'elle pose elle-même, la Cour affirme avec majuscules et ponctuation exclamative, *ibid.* : « And the answer is NO! ».

<sup>2140</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 3.

<sup>2141</sup> CCAS, 19 février 2021, *King N.O and others v. De Jager and others* (Nonkosi Mhlantla), §204 : « In my view, whilst the first judgment is trailblazing in many ways as it addresses patriarchy and sexism, it does not directly address the enquiry in terms of the common law. There is no need to develop the common law when there is a statute enacted pursuant to section 9(4) of the Bill of Rights to give effect to equality. Our nascent constitutional values are fully embodied in the Equality Act. However, the first judgment seems to conflate the principle of freedom of testation with the rights to dignity, privacy and property as opposed to establishing how the very principle itself must be recalibrated and understood within a constitutional framework based on equality and ubuntu. In doing so, it elevates the status of what is merely a common law rule and clothes it with constitutional protection. While the arguments that freedom of testation is supported by the rights to dignity, property and privacy have merit, they de-contextualise and overlook the way freedom of testation actually operates in a society with stark inequalities such as ours. »

<sup>2142</sup> *Ibid.*, §234, « [...] how the plight of women in this regard is systemic and that the continued uneven distribution of wealth sustains patterns of disadvantage based on gender, sex and related grounds. The impact of the exclusion of women from inheritance merely on account of their gender is indeed egregious. »

société. Leur garantir des droits basiques, et une voie pour réclamer ces droits, est au centre de notre projet constitutionnel transformateur.<sup>2143</sup>

La transformation s'accompagne alors d'un discours que l'on pourrait qualifier de militant relatif aux droits et à leur réclamation, autant qu'il reprend une vision du sujet comme acteur qui rappelle les théories de l'agentivité. En utilisant également le concept d'intersectionnalité, la Cour a pu considérer en quoi l'expression était libre mais pouvait également « dénigrer, humilier et détruire », ou « subvertir la dignité et l'estime de soi »<sup>2144</sup>. De même, en 2021, lorsqu'elle évoque les disparités de l'accès à la santé, la Cour évoque l'idéal sud-africain tout en citant les blancs qui concentrent la richesse comme « nos compatriotes » (de la part d'un juge noir) :

Le colonialisme, le néocolonialisme et l'Apartheid ont orchestré une concentration institutionnalisée de la propriété et du contrôle de tous les éléments importants de notre économie nationale selon des critères raciaux. Il n'est donc pas surprenant que les sommets du secteur des entreprises soient apparemment le terrain exclusif de nos compatriotes blancs. C'est cette réalité incontestable et notre engagement commun à faire en sorte que l'Afrique du Sud appartienne réellement à tous ceux qui y vivent qui permettront de réaliser les impératifs constitutionnels, énoncés dans le préambule, d'améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et de libérer le potentiel de chacun.<sup>2145</sup>

Une forme inédite de dénonciation est alors mêlée à l'expression de l'idéal constitutionnel, marquant une autre appréciation du contexte sud-africain au tournant de 2020, sous la plume de Mogoeng Mogoeng.

---

<sup>2143</sup> CCAS, 19 novembre 2020, *Mablangu and Another v. Minister of Labour and Others* (Margie Victor), §195 : « *Domestic workers – despite the advent of our constitutional dispensation – remain severely exploited, undermined, and devalued as a result of their lived experiences at the intersecting axes of discrimination. Yet, these Black women are survivors of a system that contains remnants of our colonial and apartheid past. These Black women are brave, creative, strong, and smart. They are committed mothers and caretakers and have the ability to perform work in conditions that are challenging both psychologically and physically. These Black women are not “invisible” or “powerless”. On the contrary, they have a voice, and we are listening. These Black women are at the heart of our society. Ensuring that they are afforded basic rights, and an avenue to vindicate these rights, is central to our transformative constitutional project.* »

<sup>2144</sup> CCAS, 31 juillet 2021, *Qwelane v South African Human Rights Commission and Another* (Steven Majiedt), §1 : « *Speech is powerful – it has the ability to build, promote and nurture, but it can also denigrate, humiliate and destroy. Hate speech is one of the most devastating modes of subverting the dignity and self-worth of human beings. This is so because hate speech marginalises and delegitimises individuals based on their membership of a group. This may diminish their social standing in the broader society, outside of the group they identify with. It can ignite exclusion, hostility, discrimination and violence against them. Not only does it wound the individuals who share this group identity, but it seeks to undo the very fabric of our society as envisioned by our Constitution.* ». Aussi, pour la Cour, §185 : « *It would not be just and equitable to allow a person to escape liability in these circumstances. To do so would be to deny an effective remedy to vindicate the rights of the LGBT+ community* »

<sup>2145</sup> CCAS, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa*, *op. cit.*, §4 : « *Colonialism, neo-colonialism and apartheid orchestrated an institutionalised concentration of ownership and control of all things of consequence in our national economy along racial lines. Unsurprisingly, the commanding heights of the corporate sector are seemingly the exclusive terrain of our white compatriots. It is this indisputable reality and our shared commitment to ensuring that South Africa really does get to belong to all who live in it, that the constitutional imperatives, laid out in the Preamble, to improve the quality of life of all citizens and free the potential of each are realised.* »



Le même juge exprimait l'idéal sud-africain en des termes d'indignation et avec un souci particulier des affects quotidiens lorsqu'il admettait le recours de la capitale à l'encontre d'une décision qui l'avait condamnée pour avoir remplacé les noms d'Afrikaners par ceux de dirigeants noirs post-Apartheid. La Cour déclare ainsi que

L'Afrique du Sud est littéralement le dernier pays Africain à s'être libéré d'un système qui ne voyait rien de mal à l'oppression institutionnalisée d'un groupe racial par un autre, pour la seule raison de la couleur de leur peau, de la forme de leur nez et de la longueur ou de la texture de leurs cheveux. La raison sous-jacente avancée pour cette différenciation irrationnelle était que les Africains en particulier et les Noirs en général étaient intellectuellement inférieurs, paresseux et des êtres inférieurs à tout point de vue. En conséquence, il n'y avait pratiquement pas de ville, de village, de rue ou d'institution digne d'intérêt qui portait un nom cherchant à honorer les dirigeants noirs ou à reconnaître leurs institutions ou leur histoire précieuse. Tout ce qui concernait les opprimés était considéré avec dédain comme arriéré et sans importance. La quasi-totalité de la reconnaissance et des honneurs étaient accordés à l'histoire des Blancs et à leurs héros et héroïnes. [...] Plus de trois siècles après la création de ce système, les Sud-Africains de toutes les races ont pris sur eux de créer une plateforme pour la normalisation et l'harmonisation des relations raciales, la démocratisation de leur pays et l'instauration de la paix et de la cohésion sociale. Contre toute attente, la nation est admirablement parvenue à un point où la violence impunie, la haine raciale ou l'asservissement dans toutes ses manifestations sont, contrairement à ce qui se passait auparavant, rarement pratiqués ouvertement et avec fierté.<sup>2146</sup>

C'est alors une ligne jurisprudentielle qui se constitue autour de la langue et de l'identité<sup>2147</sup>. La mention des caractéristiques physiques et supposées produit une lecture profonde, substantielle de l'histoire. La psychologie sociale affleure lorsque sont évoquées les qualités supposées des dominés ou la fierté nationale. On est de toute évidence au-delà d'un seul respect formel de la validité d'une norme à une autre.

---

<sup>2146</sup> CCAS, 21 juillet 2016, *City of Tshwane Metropolitan Municipality v. Afriforum and Another (Mogoeng Mogoeng)*, §1 et 3 : « *South Africa is literally the last African country to be liberated from the system that found nothing wrong with the institutionalised oppression of one racial group by another for no other reason but the colour of their skin, shape of their nose and the length or texture of their hair. The underlying reason advanced for this irrational differentiation was that African people in particular and black people in general, were intellectually inferior, lazy and lesser beings in every respect of consequence. As a result, there hardly was any city, town, street, or institution of note that bore a name that sought to give honour to black people's leaders or recognition to their institutions or treasured history. Everything about the oppressed was dismissively branded as backward and inconsequential. Virtually all recognition and honour was thus respectively given to and bestowed upon white history and their heroes and heroines. The system was all about the entrenchment of white supremacy and privilege and black inferiority and disadvantage. (...) More than three centuries from the inception of that system, South Africans of all races took it upon themselves to create a platform for the normalisation or harmonisation of race relations, democratisation of their country and attainment of peace and social cohesion. Against all odds, the nation has admirably come to the point where unpunished violence, racial hatred or subjugation in all its manifestations is unlike before seldom openly and proudly practised* »

<sup>2147</sup> Voir *infra*, section 2, §2, B., 2 et chapitre 8, section 2, §2, B.

Une difficulté apparaît alors. Si les opinions de la Cour montrent une émotion palpable, la partie décisive des décisions relatives aux droits sociaux revient souvent à une froideur qui semble attendue d'une juridiction, en particulier dans les affaires portant sur les droits sociaux. Les décisions sont autant riches dans le constat de l'état des requérants et de la société, et même de l'idéal constitutionnel, qu'elles sont sèches lorsqu'il s'agit de refuser de reconnaître un contenu minimal aux droits sociaux, en argumentant alors à la manière d'un formalisme déductif. Dans ces affaires, l'émotion mobilisée semble venir renforcer l'idée d'un juge attentif à la société qui l'entoure lorsqu'il décrit celle-ci ou les requérants mais le style de la Cour indique, en même temps et par ailleurs, un juge attaché à une vision stricte du constitutionnalisme qui ne lui fait pas sortir d'une acceptation étroite de ce qu'est le droit, et de ce qu'elle peut décider et justifier<sup>2148</sup>. En outre, l'émotion exprimée dépend des opinions et des membres de la Cour qui les rédigent, avec quelques magistrats plus prolixes que d'autres en matière rhétorique<sup>2149</sup>.

## 2. Les traces d'affect dans les décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie

Comme en Afrique du Sud, la caractérisation de la situation des justiciables donne lieu à des qualificatifs qui laissent voir une émotion dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne. Par exemple dans la décision fondatrice de T-426 de 1992<sup>2150</sup>, rédigée par Eduardo Cifuentes Muñoz, lorsque la Cour reconnaît l'invocabilité des droits sociaux en *tutela*, un retraité en grande précarité, qui avait besoin d'une opération chirurgicale, invoquait le bénéfice d'une procédure lui permettant d'être couvert par le *plan obligatorio de salud* (POS). La Cour commence par évoquer « son état de santé précaire », puis élargit le regard :

La condition d'abandon et de marginalisation sociale de milliers de personnes âgées est inacceptable. [...] Les longues files de personnes âgées qui attendent le versement des pensions pourtant nécessaires à leur survie, l'absence d'un service social de prise en charge des personnes âgées et des handicapés physiques ou mentaux comme il en existe dans d'autres sociétés - ce qui doit nécessairement être atteint - pour garantir la satisfaction de leurs besoins fondamentaux et, en

---

<sup>2148</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §2.

<sup>2149</sup> Voir *infra*, section 2, §2, pour notamment de Pius Langa, Albie Sachs et Mogoeng Mogoeng.

<sup>2150</sup> Cour constitutionnelle de Colombie (CCC), T-426/92, 18 février 1992. Les citations des décisions de la Cour ne font pas toujours l'objet d'une référence, puisque les paragraphes n'y sont pas toujours numérotés. Aussi, elles sont indiquées par leur numéro suivi des deux dernières années du rendu de la décision, comme il est d'usage en Colombie.

général, l'absence d'un système adéquat de protection et d'assistance, sont des facteurs objectifs qui placent ce groupe social dans des circonstances de marginalité et de faiblesse manifeste.<sup>2151</sup>

La rhétorique politique accompagne l'importance historique de la décision et sa portée juridique, qui insiste sur les conditions nécessaires à mener une vie digne et décente<sup>2152</sup>.

Les décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie relatives aux populations déplacées du fait du conflit armé attirent également le regard de qui cherche un contenu émotionnel chargé. La décision T-025/04, qui rassemble des centaines de *tutelas* pour conclure à la violation de la Constitution du fait de l'incapacité des pouvoirs publics à mettre en place une politique de protection des populations<sup>2153</sup>, présente un style étonnamment rationnel, typique du juge qui la rédige, Manuel José Cepeda Espinosa. La situation des déplacés y est présentée sous la forme de statistiques relatives à la malnutrition, aux problèmes de santé ou à la misère exceptionnelles des déplacés : c'est la manière la plus froide d'aborder « un niveau majeur de vulnérabilité »<sup>2154</sup>. L'analyse des politiques publiques, sur deux cents pages dont une annexe, masque mal un agacement vis-à-vis de l'inaction des multiples agences concernées qui ont été incapables d'élaborer un plan d'action. En revanche, le juge renvoie pour la qualification des faits à de multiples décisions rendues par la Cour sur la même situation, en des termes déchirants, évoquant « un problème d'humanité<sup>2155</sup> », « un véritable état d'urgence sociale<sup>2156</sup> », « une tragédie nationale, qui affecte le destin d'innombrables Colombiens et marquera l'avenir du pays pour les décennies à venir » et « un grave danger pour la société politique colombienne<sup>2157</sup> », ou encore la « désintégration sociale », à l'issue d'une liste chargée de pathos des vulnérabilités causées aux victimes<sup>2158</sup>. L'accumulation dépasse largement ce qu'une évaluation normative serrée attend et semble associer une rationalité juridique à l'indignation suscitée par la réalité sociale.

La déclaration d'un état de fait inconstitutionnel<sup>2159</sup> peut être vue comme la conclusion tirée de l'émotion suscitée – une évidence de la violation systématique.. Par ce terme, qui rassemble des

---

<sup>2151</sup> *Ibid.*, §1 et 2 : « Es inaceptable la condición de abandono y marginamiento social de miles de personas pertenecientes a la tercera edad. (...) Largas filas de ancianos en espera del pago de las pensiones necesarias para sobrevivir, la falta de un servicio social de atención a ancianos y disminuidos físicos o mentales como el existente en otras sociedades - al cual necesariamente deberá llegarse - que garantice la satisfacción de sus necesidades básicas, y, en general, la ausencia de un adecuado sistema de protección y asistencia, son factores objetivos que sitúan a este grupo social en circunstancias de marginalidad y debilidad manifiestas. »

<sup>2152</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1, B, 2.

<sup>2153</sup> CCC, T-025/04.

<sup>2154</sup> *Ibid.*, §5.2

<sup>2155</sup> CCC, T-227/97.

<sup>2156</sup> CCC, SU-1150/00.

<sup>2157</sup> *Ibid.*

<sup>2158</sup> CCC, T-602/03 : « (i) le manque de terres et de logements, (ii) le chômage, (iii) la situation des sans-abris, (iv) la marginalisation, (v) la hausse des maladies et de la mortalité, (vi) l'insécurité alimentaire, (vii) le manque d'accès à la propriété chez les ruraux, et (viii) la désintégration sociale. »

<sup>2159</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2, B, 2.

demandes et de multiples fondements mais n'emporte aucun régime particulier, le juge voulait signifier que la Constitution ne reflétait pas la réalité colombienne et que c'est cette réalité, plutôt qu'une action ou un acte déterminés, qui peuvent alors violer la norme<sup>2160</sup>. L'état de fait inconstitutionnel est alors le miroir normatif de l'état d'urgence utilisé sous l'empire de la Constitution de 1886 et auquel il a largement été mis fin après 1991, sous l'action de la Cour, interprétant et appliquant les critères posés par le nouveau texte. Le concept est devenu banal même s'il n'est pas utilisé, par exemple, dans l'importante décision T-760/08 rédigée par Manuel José Cepeda Espinosa lorsqu'il s'agit pourtant de rassembler des *tutelas* en matière de droit à la santé.

Comme en Afrique du Sud, une autre forme d'émotion porte sur la société promue par la Constitution. La décision T-772 de 2003, rédigée par Manuel José Cepeda Espinosa également, est un bon exemple. Un vendeur de rue s'était fait expulser de l'espace public et confisquer ses biens par la police : la Cour condamne alors l'incapacité des pouvoirs publics à fournir une alternative à ceux qui ne peuvent vivre autrement que par ce commerce informel, qui violerait le principe d'État social de droit proclamé par la Constitution de 1991. La formulation de celui-ci oscille entre les canons de l'interprétation normative et le portrait emphatique des nécessiteux :

Il est donc clair que le principe de l'État social de droit a été adopté comme une réponse des systèmes politiques occidentaux à une réalité indéniable : la marginalisation d'une grande partie des populations dans une situation de pauvreté notoire, face au bien-être économique d'une minorité. C'est une même situation qui a conduit l'Assemblée constituante de 1991 à établir le principe de l'État social de droit comme l'un des axes d'organisation du système politique colombien. Il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse de la pauvreté - entendue comme l'absence des conditions matérielles minimales nécessaires à garantir la conservation de la personne en accord avec sa dignité propre - pour réaliser qu'elle constitue un déni intégral des conditions de base d'une jouissance et d'un exercice de tous les droits fondamentaux. Ses effets négatifs tendent à se perpétuer, puisque ceux qui manquent de nourriture, de vêtements, d'éducation, etc., ne pourront pas accéder aux opportunités économiques, d'emploi et sociales aussi facilement que ceux dont les besoins basiques sont satisfaits, reproduisant ainsi un schéma de marginalisation.<sup>2161</sup>

---

<sup>2160</sup> Entretien avec Andrés Guttierrez, 8 juillet 2022.

<sup>2161</sup> CCC, T-772/03 : « Resulta claro, entonces, que el principio del Estado Social de Derecho se adoptó como respuesta de los sistemas políticos occidentales ante una realidad inocultable : la marginación de grandes masas poblacionales en situación de notoria pobreza, frente al bienestar económico de una minoría. Fue el mismo motivo el que llevó al Constituyente de 1991 a erigir el principio del Estado Social de Derecho como uno de los ejes organizadores del sistema político colombiano. No es necesario profundizar demasiado en el análisis de la pobreza - entendida como la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la conservación física de la persona en condiciones acordes con su dignidad inherente -, para concluir que constituye una negación integral de los supuestos básicos para el goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales de quienes se ven aquejados por ella. Sus efectos negativos tienden a perpetuarse, ya que quien no dispone de alimentación, vestido, educación, etc., no podrá acceder a las oportunidades económicas, laborales y sociales existentes con la misma facilidad que quien tiene sus necesidades básicas satisfechas, reproduciendo así el patrón de marginación. »

La Cour revient ensuite à la situation des requérants, dont elle estime qu'elle aurait été déconsidérée par les pouvoirs publics :

[...] les règles minimales du procès équitable applicables à ce type d'action n'ont pas été respectées, personne n'a tenu compte du fait que si M. Palacios Arenas se tenait sur la voie publique pour vendre des hot-dogs, des hamburgers et des boissons non alcoolisées pendant la nuit, c'était parce qu'il devait satisfaire son droit à la subsistance et celui de sa famille en l'absence d'opportunités économiques offertes par l'économie formelle ou par l'État ; il s'agit d'une activité que le requérant a déjà annoncé qu'il continuera à exercer, puisqu'il n'a toujours pas d'autres possibilités de subsistance qui soit licite, et qu'il le fera au risque d'une nouvelle confiscation - puisque ses besoins économiques et ceux de sa famille, y compris ceux de sa fille, ne peuvent attendre.<sup>2162</sup>

Or,

[...] il est constitutionnellement inacceptable que les personnes qui se trouvent dans la situation du requérant soient simplement privées des moyens matériels utiles à un travail alimentaire, sans recevoir aucune offre alternative qui répondrait effectivement à leurs besoins.<sup>2163</sup>

Il y a peu à douter que déclarer la situation « constitutionnellement inacceptable » donne à voir une indignation, même contenue, et cela d'autant plus à l'issue d'une présentation appuyée de la solidarité visée par la Constitution.

Comme en Afrique du Sud et plus encore, la présentation des faits et du contexte social par la Cour colombienne est chargée émotionnellement. Cette présentation vient néanmoins intégrer un contrôle de proportionnalité serré, et pour les quelques paragraphes cités des différentes décisions, une centaine de pages au moins rappellent les obligations légales pesant sur l'État. L'émotion vient donc nourrir l'œuvre de rationalisation qu'est le raisonnement judiciaire, mais en participant à la renouveler : l'État social de droit a ainsi été conçu par la Cour comme une forme de société politique et juridique qui dépasserait l'État de droit associé au libéralisme occidental et à sa conception de l'individu rationnel<sup>2164</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler l'origine du rationalisme selon *Law and emotions*. Pour ce faire, la Cour colombienne a eu recours à un style éloquent, même s'il est

---

<sup>2162</sup> *Ibid.* : « [...] no se siguieron las pautas mínimas del debido proceso aplicable a este tipo de actuaciones, nadie prestó consideración al hecho de que si el señor Palacios Arenas estaba parado en la vía pública disponiéndose a vender perros calientes, hamburguesas y gaseosas durante la noche, era porque necesitaba satisfacer su derecho al mínimo vital y el de su familia en ausencia de oportunidades económicas provistas por el sector formal de la economía o por el Estado; actividad que ya ha anunciado el actor que continuará desarrollando, puesto que todavía no se vislumbran posibilidades alternativas lícitas de subsistencia, y que lo hará incluso frente al riesgo de sufrir un nuevo decomiso – ya que sus necesidades económicas y las de su familia, entre ellas las de su hija, no dan espera -. »

<sup>2163</sup> *Ibid.* : « [...] es constitucionalmente inaceptable que las personas que se encuentran en la situación del peticionario sean sencillamente privadas de los medios materiales que aplican a su trabajo de subsistencia, sin recibir ofrecimiento alternativo alguno que satisfaga sus necesidades en forma efectiva. »

<sup>2164</sup> Voir, par exemple, CCC, T-772/03 et CCC, T-622/16.

parfois plus proche de la démonstration philosophique que de la prose. Il y a de toute évidence une volonté de la Cour d'élaborer un raisonnement substantiel au-delà de ce que l'on considère souvent, sous nos latitudes, comme une interprétation normative : ici, l'interprétation inclut des raisonnements d'ordre philosophique et politique, comme y appellent les courants critiques du droit, mais s'accompagne également d'un style empathique.

L'émotion vient nourrir une construction théorique à la fois politique et juridique. La Cour reconnaît ainsi à propos des populations déplacées un état de fait inconstitutionnel qui « contredit la rationalité implicite du constitutionnalisme », en provoquant une « tension évidente entre le projet politique et la déclaration de valeurs, principes et droits prolixes de la Loi fondamentale, et la réalité quotidienne et tragique que constitue l'exclusion de millions de Colombiens de ce pacte social »<sup>2165</sup>. Dans les décisions sud-africaines, l'émotion est convoquée lorsqu'il s'agit d'évoquer la situation des requérants et de la société nationale, mais les motivations normatives restent distinctes de ce style empathique et donnent même à voir une certaine sobriété. Par exemple, la décision T-426/92 reste assez mesurée en estimant que le « noyau essentiel » des droits sociaux est inviolable, mais en refusant de le définir dans l'abstrait, renvoyant à chaque espèce. D'où la gêne exprimée par Rodrigo Uprimny qui se refusait à admettre la rationalité d'une admission large des recours : il fait alors le lien avec les obligations que feraient peser la Constitution pour expliquer qu'il n'est pas satisfaisant de simplement considérer que tout requérant a droit à la réalisation du minimum vital, quand bien même la solution l'appelle à exprimer ses doutes<sup>2166</sup>. C'est alors un sentiment de contrainte juridique qui apparaît en limitant l'émotion par l'interprétation normative, même si elle se fonde autant sur une interprétation littérale que sur des arguments philosophiques.

## §2. Le juge qui se saisit de l'émotion

Les traces d'affects qui apparaissent dans la jurisprudence interrogent l'objectivité du jugement (A) et l'usage instrumental des droits et du discours constitutionnel (B).

### A. Une dialectique de l'émotion et de l'objectivité rationnelle

L'usage de l'émotion pour analyser la jurisprudence renvoie à la sensation du juste et donc à une sensibilité (1) mais également à la narration et son objectivation dans le style judiciaire (2).

---

<sup>2165</sup> CCC, T-025/04, citant CCC, T-215/02 (Jaime Córdoba Triviño), §2 : « un “estado de cosas inconstitucional” que “contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo”, al causar una “evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos” »

<sup>2166</sup> Voir *infra*, section 2, §1, A., 2.

## 1. L'émotion comme expression de la justice

Dans les différents extraits qui ont été présentés, l'usage du registre pathétique par les juges intègre un raisonnement qui appartient aux canons du droit et, surtout, les redéfinit : le juge produit les catégories du discours normatifs tandis qu'à l'inverse, le phénomène juridique est un phénomène social qui repose sur l'acceptation, parmi les acteurs, de sa force obligatoire, *via* la justification<sup>2167</sup>, si bien que la motivation judiciaire a un aspect persuasif. Les cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie ont dû convaincre de la juridicité de leur discours sur la norme constitutionnelle alors même que leur rôle était nouveau, de même que cette norme – aussi bien l'énoncé de 1991 ou 1996 et ce que les deux juridictions en ont fait<sup>2168</sup>. C'est une dialectique qui s'engage entre des marques d'affect et le raisonnement objectiviste. Comment se réorganisent ces deux pôles ?

Le juriste sud-africain Henk Botha a proposé de parler de « raisonnement métaphorique » pour qualifier le droit post-Apartheid, différent d'un raisonnement qu'il associe à un objectivisme occidental<sup>2169</sup>. Le rôle du juriste ne se réduit pas à la déduction logique mais intègre nécessairement une part affective et imaginaire<sup>2170</sup>, ce qui revient à aller plus loin que l'analyse du raisonnement juridique « post-libéral » proposée par Karl Klare en 1998 ; les deux auteurs ont en commun d'envisager pleinement la culture de justification mise en avant par Etienne Mureinik pour qualifier le nouveau régime<sup>2171</sup>. La métaphore, selon Henk Botha, est plus adaptée qu'un simple pont, puisque celui-ci désigne un point d'arrivée alors que le constitutionnalisme en Afrique du Sud désigne un processus<sup>2172</sup>. On mesure la différence d'avec l'approche de David Bilchitz qui voyait le pont, précisément, comme un concept adapté aux droits en désignant le chemin à parcourir de la réalité

---

<sup>2167</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §2.

<sup>2168</sup> Les différents extraits des deux juridictions ne font d'ailleurs pas référence aux textes : ils portent plutôt sur l'esprit de la Constitution ou à des concepts que les juges ont élaborés à partir du texte, comme l'État social de droit en Colombie.

<sup>2169</sup> H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 1 », *Journal of South African Law*, n° 4, 2002, p. 612-627, p. 612 : « *Lawyers tend to view metaphors, at best, as inessential frills which add little to their understanding of legal materials; at worst, as rhetorical devices which may distort legal meaning. This view of metaphors is part of an objectivist mindset that is deeply embedded in Western legal culture, philosophy and science. It is based on the objectivist assumption that reality exists independently of the language we use to describe it; that we can describe reality correctly if we use the right words. Science is sharply delineated from rhetoric and poetry: it is said to be based on literal language and to yield objective knowledge. The use of literal language is thought to enable us to rise above the merely subjective. By contrast, the use of metaphors and other forms of figurative language is believed to be inappropriate in the realm of science, as it is based on subjective experience and tends to obscure truth.* »

<sup>2170</sup> *Ibid.*, p. 613 : « *If legal concepts and categories are structured metaphorically, if law depends for its coherence on narrative and rhetoric, it is hard to see how legal language can be considered a neutral instrument for conveying the ends and purposes of the law. The role of the legal interpreter can hardly be confined to that of deducing answers to legal questions from the literal meaning of a legislative provision or previous decision, or of giving effect to the internal logic of the law. If legal reasoning rests upon the imaginative elaboration of basic human experiences, it must be possible to escape from the supposedly inescapable logic of the law, to evaluate and criticise the metaphors and narratives structuring mainstream legal thought, and to imagine alternatives to dominant practices and interpretations.* »

<sup>2171</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, A.

<sup>2172</sup> H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 1 », *op. cit.* note 89, p. 612-627 et H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 2 », *Journal of South African Law*, n° 1, 2003, p. 20-36.

à la norme<sup>2173</sup>, manquant alors la dimension discursive du constitutionnalisme en maintenant un écart entre droit et fait. Karin Van Marle, elle, parle du constitutionnalisme transformateur comme d'un spectacle qui à la fois commémore les blessures du passé et célèbre une nouvelle société<sup>2174</sup>. Mais il n'est pas plus qu'un spectacle, lequel requiert une suspension de l'incrédulité et une distraction de l'ordinaire<sup>2175</sup>, soit une caractéristique qui a pu participer de l'optimisme à la fois des discours dogmatiques et des auteurs critiques comme Klare vis-à-vis du constitutionnalisme sud-africain.

Les juges viennent alors ouvrir un raisonnement juridique associé au formalisme et à la rigueur froide – c'est-à-dire un style particulier – pour le nourrir de l'espoir d'une société plus juste – conçu comme une manière de raisonner, visible comme une manière de s'exprimer. Aussi les requérants *espèrent* sortir d'une situation *désespérée* en réclamant la réalisation de droits sociaux, tandis que le langage des opinions judiciaires évoque tant leur situation que l'idéal à viser, travaillant l'interface que constitueraient, entre les deux, les droits sociaux. Les travaux les plus avancés sur le rapport entre droit et émotion postulent ainsi que le droit produit des émotions, mais qu'il faut surtout se saisir de cette faculté pour développer des émotions positives pour le bien commun, avec une dimension normative assumée<sup>2176</sup>. Il en va ainsi de l'espoir des personnes désavantagées qui s'orientent vers des voies de droit pour réclamer ce qu'elles estiment leur être dû, mais dont l'espoir se construit également à mesure qu'elles voient s'ouvrir « des instruments juridiques nouveaux et puissants au service du changement social »<sup>2177</sup>. Il y a alors dans le droit un espoir qui se rapproche, en éthique, de l'amour qui devrait guider les actions de chacun en société<sup>2178</sup>. C'est assurément une visée idéaliste qui est associée à l'office du juge, comme le défend par exemple Mauricio Garcia Villegas lorsqu'il parle d'un « constitutionnalisme aspirationnel »<sup>2179</sup> ou, plus récemment, lorsqu'il écrivait sur la dominance des émotions tristes dans la vie publique colombienne (la colère, la

---

<sup>2173</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1.

<sup>2174</sup> K. VAN MARLE, « The Spectacle of Post-Apartheid Constitutionalism », *Griffith Law Review*, vol. 16, n° 2, 2007, p. 411-429.

<sup>2175</sup> *Ibid.*, p. 426s.

<sup>2176</sup> Comme le soulignent K. ABRAMS, H. KEREN, « Who's Afraid of Law and Emotions », *op. cit.* note 7, p. 1999-2000, il s'agit « *to modify legal doctrine to acknowledge and encompass affective response, or use law to channel, moderate, or foster the emotions* ». Pour Joshua Greene, l'émotion peut bien être un guide si l'on voit le juge constitutionnel comme devant produire des normes favorables à la société : « *Emotion may enable that judgment to better resonate with our core values even as it biases our evaluation of historical or empirical facts. The intelligence of an emotional judgment, in other words, depends on what the decider's ends are. But to assume that the object of constitutional judging is to prove some positive proposition rather than to align the law with the values of the governed is to beg the question.* » (J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1451). Par une émotion positive, l'auteur entend des « *emotions that correspond to positively valenced event outcomes regarded as desirable by the affected others* » (*Ibid.*, p. 1465), comme la pitié, l'admiration, la joie, et l'auteur assimile souvent l'émotion désirable chez les juges à l'empathie.

<sup>2177</sup> K. ABRAMS, H. KEREN, « Law in the cultivation of hope », *California Law Review*, vol. 95, n° 2, 2007, p. 322.

<sup>2178</sup> P. GOODRICH, *Law in the courts of love: Literature and other minor jurisprudences*, Routledge, 1996.

<sup>2179</sup> Pour la Colombie, voir M. GARCIA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional : derecho, democracia y cambio social en América Latina », *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, 2012, p. 89-110.



peur)<sup>2180</sup>. L'opposé de ces émotions tristes est une modération que l'auteur distingue de la raison, et l'on pense nécessairement à la forme mêlée de rationalité et d'affect que produisent les cours constitutionnelles colombienne et sud-africaine dans des pays marqués par les inégalités et l'écart entre la réalité et l'ambition constituante.

La question du juste revient alors nécessairement lorsque l'on parle d'émotions. La frontière entre le droit et l'émotion suscitée par la réalité sociale est ténue, lorsque, comme l'exprimait la Cour colombienne dans la décision T-772/03,

La proposition centrale sur laquelle repose ce type d'organisation politique est celle d'une interrelation intime et inséparable entre les sphères de 'l'État' et de la 'société'.<sup>2181</sup>

La construction juridique elle-même est présentée comme une tension vers le juste. L'interprétation du principe constitutionnel d'État social de droit suit typiquement ce chemin :

En vertu de l'article premier de la Constitution, la Colombie est un État social de droit [...], un principe cardinal de notre ordre constitutionnel, qui lui donne un sens, un caractère et des objectifs spécifiques à l'organisation de l'État dans son ensemble, et qui est - par conséquent - contraignant pour les autorités, qui doivent orienter leurs actions vers la réalisation des missions particulières d'un tel système : la promotion de conditions de vie dignes et décentes pour toutes les personnes et la résolution des inégalités réelles au sein de la société, en vue d'établir un ordre juste.<sup>2182</sup>

Ce juste, que les juristes sont enclins à distinguer de l'émotion<sup>2183</sup>, y reste intimement lié – comme le notait Paul Ricoeur, toute réflexion à son égard part d'une réaction à l'injustice<sup>2184</sup>. Il est aussi intégré par le juge à sa construction normative alors même qu'il renvoie de manière évidente au jugement comme catégorie éthique ou perceptive. Or, l'émotion, plutôt qu'un affect qui troublerait le jugement, peut être comprise comme un moyen de connaître les croyances et préférences voire

---

<sup>2180</sup> M. GARCIA VILLEGAS, *El país de las emociones tristes*, Ariel Colombia, 2020

<sup>2181</sup> CCC, T-772/03 : « *el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del "Estado" y la "sociedad"* »

<sup>2182</sup> CCC, T-772/03 : « *Por mandato del artículo primero de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho (...) un principio cardinal de nuestro ordenamiento constitucional, que le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta – en consecuencia - vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema : la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.* »

<sup>2183</sup> Le juge américain Scalia rejette ainsi l'émotion, mais estime qu'il faut faire appel au sens de la justice du juge, mais pourtant, il fait usage de pathos dans ses décisions relatives à l'avortement, J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1414-1421.

<sup>2184</sup> P. RICOEUR, *Le Juste 1*, Editions Esprit, 1995, p. 11 : « *C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste et non le juste (...). Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : c'est injuste ! Ce cri est celui de l'indignation, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l'aune des bésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs* ». On peut ainsi attendre du juge, pour être juste, qu'il ressente les émotions des autres, par empathie, comme l'exprimait la candidate à la Cour suprême des États-Unis Sotomayor lors de son audition au Congrès, J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1408-1411.

de les réviser et d'agir sur elles. L'émotion est en effet la marque d'un écart, puisqu'elle est une réaction. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre le portrait pathétique que les juges font du contexte social ou des faits des espèces ; il s'agit alors d'une forme de cognition de l'idéal constitutionnel, d'où l'importance que les deux juridictions accordent à l'induction ou à la concrétisation<sup>2185</sup>. Il est par exemple bien connu que la notion de contexte se situe au cœur d'une perception émotionnelle de la réalité<sup>2186</sup>. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle de Colombie, dans sa décision autorisant le mariage homosexuel en allant à l'encontre de la lecture littérale du code civil évoquant un homme et une femme, mais aussi de sa jurisprudence antérieure validant cette lecture, renvoie à la sensibilité du juge, au sens de la justice ; la Cour s'appuie alors sur les contradictions entre principes juridiques en tant qu'elles appelleraient non seulement à la théorie du droit mais à la philosophie du langage, en l'occurrence le *Tractatus* de Wittgenstein, pour voir le langage comme un système de règles et les mots du droit – ici ceux qui définissent le mariage – comme l'expression de valeurs et d'émotions qui doivent être comprises dans l'époque où elles sont ressenties<sup>2187</sup>.

## 2. Une narration contrainte ?

La question demeure ouverte de savoir si l'émotion indéniable du jugement constitue l'intégration d'une subjectivité au raisonnement juridique, comme le postulent les auteurs qui se réclament des courants du réalisme juridique<sup>2188</sup>. Robert Cover estimait que le droit n'était fait que des interprétations des juristes au sens où il constituait une narration<sup>2189</sup>. Or, l'émotion, la littérature ou le récit ne sont pas articulés au droit de la même manière par ceux qui se réclament de l'image de l'écriture d'un roman en chaîne proposée par Ronald Dworkin : les juristes, comme des romanciers travaillant successivement la matière sociale, participeraient de l'élucidation progressive du sens<sup>2190</sup>. Dans le contexte colombien, il s'agit en particulier de renvoyer à l'œuvre jurisprudentielle comme précédent. Dans une opinion dissidente, Rodrigo Uprimny estime ainsi que

---

<sup>2185</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2.

<sup>2186</sup> M. NUSSBAUM, « Constitutions and Capabilities: Perception against Lofty Formalism », *Harvard Law Review*, vol. 121, n° 4, 2007, p. 25s. La philosophe s'appuie sur l'expérience du jugement selon Aristote, et il n'est pas étonnant qu'elle défende, par ailleurs, la reconnaissance de droits sociaux afin de donner un sens normatif aux capacités individuelles que permet de mesurer la perception. En effet, « *judges need to call on their sense of history and context, and their understanding of the human meaning of the concepts implicit in the relevant statute or constitutional text. As I argue above, that kind of experienced imagination of particulars, which Aristotle calls "perception," proves especially crucial, and has been especially prominent, in cases dealing with the equal rights of groups subject to historical discrimination. A good judge must have a keen sense of what stands between members of such groups and the opportunity to function as fully equal citizens.* » (*Ibid.*, p. 73)

<sup>2187</sup> CCC, SU-214/16, en particulier §6. Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §1, A., 2.

<sup>2188</sup> Voir *supra*, §1, A.

<sup>2189</sup> R.M. COVER, « The Supreme Court, 1982 Term. Foreword : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, vol. 97, n° 1, 1983, p. 4-68.

<sup>2190</sup> R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 51-79.

le travail judiciaire s'apparente à la construction collective d'une cathédrale ou à la rédaction en groupe, et par chapitres, d'une œuvre littéraire. Aussi, chaque juge, en rédigeant sa décision, s'insère dans l'œuvre collective qu'est le droit, et pour cela ne peut ignorer les précédents, qui le limitent, comme les chapitres précédents d'un roman rédigé ensemble conditionnent le travail de celui qui en écrit une nouvelle page.<sup>2191</sup>

Aussi la référence à l'analogie entre droit et littérature dans la décision SU-214/16 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, avec une citation de Dworkin, sert à justifier un revirement alors que la Cour avait par le passé jugé conformes les mots qui définissaient le mariage comme celui d'un homme et d'une femme dans le Code civil ; à l'inverse, la Cour de 2016 ne ferait (selon elle-même) que poursuivre « l'œuvre » antérieure de la Cour dans la construction d'une interprétation favorable aux droits, comme « une narration jurisprudentielle en développement », lorsqu'elle proclame le mariage entre personnes de même sexe<sup>2192</sup>. Dans la première décision dans laquelle elle définit le contrôle de proportionnalité, la Cour estimait ainsi que son pouvoir s'effaçait derrière la communauté juridique :

Il ne suffit pas que le juge constitutionnel oppose sa 'raison' à celle du législateur, surtout lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une norme juridique. La justice est un mode de production culturelle du droit ; le pouvoir du juge découle exclusivement de la communauté et seule la conscience juridique de cette dernière permet au juge de se prononcer sur le caractère déraisonnable ou non de la volonté du législateur.<sup>2193</sup>

Cette vision constitue peut-être l'ultime justification du rôle créateur de la Cour : il n'est plus même dicté par la Constitution comme il l'était dans le premier temps de sa jurisprudence<sup>2194</sup>.

Une telle approche n'exclut pas que les principes et valeurs soient considérés comme juridiques au sens où ils seraient dictés au juge par une contrainte qui lui serait extérieure. La communauté interprétative est alors conçue au service de l'objectivisme moral qui va avec la

---

<sup>2191</sup> CCC, C-618/04 (Alfredo Beltrán Sierra), opinion concordante de Rodrigo Uprimny, §19 : « *la labor judicial se asemeja a la construcción colectiva de una catedral o a la redacción en grupo, y por capítulos, de una obra literaria. Así, cada juez, al redactar su sentencia, se inserta en esa obra colectiva que es el derecho, y por ello no puede ignorar los precedentes, que lo limitan, como los capítulos previos de una novela redactada en grupo condicionan la labor de quien va a escribir una nueva página de esa novela.* »

<sup>2192</sup> CCC, SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos), §9 : « *Parafraseando la metáfora de Ronald Dworkin (novela en cadena), la interpretación judicial que realiza esta Sentencia en el sentido de extender la figura del matrimonio civil para todos, sin discriminación por motivos sexuales, continúa la obra jurisprudencial pronunciada por la Corte Constitucional desde sus inicios, con la finalidad de interpretar todos sus precedentes y la Sentencia C-577 de 2011 particularmente y culminar una evolución jurisprudencial singular y unificada que proporciona la mejor interpretación constructiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, vista como una narrativa jurisprudencial en desarrollo.* »

<sup>2193</sup> CCC, T-422/92 : « *Al juez constitucional no le basta oponer su "razón" a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y sólo la conciencia jurídica de ésta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.* »

<sup>2194</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §2.

distinction entre règles et principes ou valeurs en vogue dans la théorie juridique à partir des années 1990, en postulant que tous seraient susceptibles de connaissance – et non d’une création par celui qui dit les lire dans un texte, comme si l’écrivain de cette œuvre collective était lié par un ensemble de phrases qu’il ne ferait qu’interpréter<sup>2195</sup>. Ce n’est pas qu’une telle approche soit hostile aux émotions ou au style pathétique : les émotions ne sont alors, pour les tenants d’un rationalisme modéré, qu’un moyen de connaissance d’un espace moral autonome<sup>2196</sup> ; elles ne remplacent pas la pensée mais permettent de la connaître et de l’inspirer.

Il ne s’agit pas de dire que les juges, en laissant voir leurs émotions, travestissent une opinion froide, ni qu’ils devraient donner une matérialité à toute trace d’affect, et encore moins que l’affect ne joue pas un rôle déterminant et que l’objectivité morale est une réalité atteignable. Mais que lorsqu’il s’agit de décider, les juges peuvent faire appel à d’autres éléments que l’émotion qu’ils ont pu montrer par ailleurs ; ces éléments ne sont pas forcément des déterminations objectives et purement externes au sujet : les juges peuvent se sentir tenus par des obligations qu’ils estiment moins spontanées<sup>2197</sup>. Cela s’explique aussi par le fait que les opinions, même majoritaires, ne sont que la justification rédigée individuellement d’une solution qui doit être adoptée en délibéré. *In fine*, on observe dans ces décisions que les traces d’émotion coexistent avec des rationalisations sophistiquées. Il est toutefois trop simple d’opposer le pathos mobilisé pour décrire la situation de fait à une position principielle objective : il y a là l’émotion de la situation subjective mais aussi une émotion collective et donc éventuellement objective. La décision de la justice constitutionnelle est précisément une œuvre de rationalisation qui vise à construire une argumentation qui soit admise comme juridique ; l’affect joue une fonction persuasive autant que constitutive. Tout en étant chargée d’affects, la décision *Grootboom* est connue pour avoir mis en place, relativement à la réalisation des articles 26 et 27 de la Constitution sud-africaine, un contrôle du caractère raisonnable des mesures mises en place par les autorités publiques. En Colombie, les décisions les plus importantes en matière de justiciabilité des droits sociaux sont les plus chargées en affects et alors même que la Cour produit une construction normative complexe, qui revendique pouvoir

---

<sup>2195</sup> Pour cette critique de la position de Ronald Dworkin, voir *supra*, chapitre 5, section 1, §2, A., 1.

<sup>2196</sup> C’est la position de Pierre Livet, qui admet une certaine flexibilité dans la révision des jugements moraux par l’émotion, ou par exemple de Jonathan Dancy, qui estime que les jugements moraux existent, et peuvent-être modifiés par l’émotion, mais qu’il existe toujours des contextes qui participent à leur détermination, J. DANCY, *Moral reasons*, Blackwell, 1993. De même, le réalisme de John McDowell consiste à envisager qu’il n’y a pas de jugements moraux abstraits comme le pensait Kant, sans qu’ils ne soient réduits à des faits connaissables : il faut envisager les valeurs comme des propriétés morales de nos jugements concrets, dans une objectivité dont il faut accepter qu’elle ne peut être perçue que lors de formulations subjectives, par la perception, J. MCDOWELL, *Mind and world*, Harvard University Press, 1991.

<sup>2197</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, sur le discours et l’interprétation.

réconcilier les faits et la norme<sup>2198</sup>, et ne se réduit nullement à une subjectivité de l'interprète, du moins telle que cette construction se donne à voir. Si l'on adhère à une conception réaliste de l'interprétation ou aux travaux de la psychologie cognitive et des neurosciences sur le raisonnement moral, on estimera que les croyances et les perceptions précèdent la rationalisation, car les informations que l'on reçoit et les décisions que l'on prend proviennent de phénomènes cérébraux qui précèdent leur prise de conscience. Il faudrait alors inverser l'effet et la cause : ce ne sont pas tant les raisons qui sont connues par les émotions que les émotions qui donnent forme aux raisons construites *ex post*, au passage des conditions sociales qui rendent cette raison intelligible et acceptable. De ce point de vue, une décision est bonne, pour paraphraser Dworkin, si elle apparaît consciente des biais cognitifs et des phénomènes émotionnels en jeu autant qu'elle est transparente sur le chemin suivi par l'opinion rendue.

## **B. L'émotion comme médiation entre fait et norme**

L'analyse du rapport émotionnel au droit permet d'apprécier le caractère performatif de la création judiciaire (1), l'émotion jouant alors un rôle de médiation entre le fait et la norme ou l'idéal (2).

### *1. La création émotionnelle du jugement judiciaire*

S'il n'y a pas explicitement d'émotion dans les analyses de la théorie du droit hors du mouvement spécifique *Law and emotion*, il est aisé de l'y intégrer comme un médiateur au niveau qu'un naturalisme des valeurs qualifié de pré-conceptuel, mais aussi comme un moyen de produire le même processus chez les destinataires du discours. Lorsque le juge opère ce travail de rationalisation d'intérêts et de préférences qui donne lieu à une objectivité juridique, il le fait par le biais d'affects qui ont un effet persuasif : il légitime des arguments constitutionnels grâce à

---

<sup>2198</sup> CCC, T-406/02 : « *A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inocua la voluntad constituyente de construir, desde el presente, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta.* »

l'empathie envers les sujets de droit<sup>2199</sup>, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'installer de nouvelles interprétations ou de poser une nouvelle règle<sup>2200</sup>. L'émotion permet au juge de justifier qu'il accorde des droits aux plus démunis parce qu'il éprouve une indignation et en persuadant le lecteur qu'il s'agit d'une argumentation juste. Le jeu des émotions, dans sa dimension cognitive, implique en effet un certain partage qui dépend de ce que l'on estime que les autres vont accepter comme une émotion juste, dans une interaction où se joue l'universalisation dans la morale<sup>2201</sup>.

Les décisions des cours colombiennes et sud-africaines étudiées pour leur charge émotionnelle ont ceci de particulier qu'elles sont fondatrices pour la jurisprudence des droits sociaux dans les deux pays. Il n'est alors pas anodin, pour faire admettre ceux-ci comme de vrais droits fondamentaux, de rappeler la situation des plus démunis et de faire ressentir l'écart entre la réalité et l'idéal normatif. L'émotion peut être comprise comme l'apport d'une nouvelle approche du droit qui sert, en Afrique du Sud ou en Colombie, à fonder les droits de troisième et de quatrième génération. De fait, le formalisme déductif contre lequel les cultures constitutionnelles des deux pays se sont construites à partir des années 1990 n'est plus de mise. Or, dans le paradigme de la pluralité des vues et des intérêts ainsi que des usages instrumentaux des droits, les idées d'un Ronald Dworkin sur l'objectivité des principes et valeurs juridiques ne peuvent convaincre non plus, du moins à elles seules.

---

<sup>2199</sup> En s'appuyant sur Aristote, et poursuivant les réflexions de Martha Nussbaum, Joshua Greene estime ainsi que le discours judiciaire, en matière constitutionnelle, « *employs the same basic tools of persuasion with respect to those subjects: logos (appeals to logic), ethos (appeals to the speaker's character), and pathos (appeals to the listener's emotions)* », J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1394-1395. En effet, « *Popular legitimation of constitutional adjudication requires judges to recognize, adapt to, and perhaps even shape the emotional responses of their audience.* », *Ibid.* p. 1395. Dès lors, le *pathos* est selon lui utilisé pour légitimer et renforcer des arguments éthiques (*ethos*) ou logiques (*logos*), qui en sont toutefois distincts, *Ibid.*, p. 1421-1422 : « *in constitutional law, pathos is better described as a feature of constitutional conversation, a means rather than an end. The appeal to pathos occurs not because pathos offers information about substantive constitutional content but because appealing to pathos helps win constitutional arguments. Pathetic legal argument, then, is a mode of persuasion as to the substance and valence of particular legal propositions: Some outcome must be thus because deep down in your heart you know thus to be true.* ». Ces trois modes d'argumentation permettent selon l'auteur de renforcer cinq types d'arguments traditionnels en droit constitutionnel : textuel, historique, structurel (théorique), doctrinal (catégories conceptuelles) et conséquentialiste (contextuel). Il s'agit alors d'une exigence démocratique qui vise à faire coïncider les valeurs partagées et le raisonnement juridique, *Ibid.*, p. 1454-1456.

<sup>2200</sup> *Ibid.*, p. 1460-1463.

<sup>2201</sup> Voir A. GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *op. cit.* note 13. On peut alors envisager « *les valeurs comme des préférences qui sont capables de résister à des révisions, révisions qui utilisent comme arguments ultimes l'imagination de conséquences émotionnelles partageables* », P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, *op. cit.* note 16, *Emotions et rationalité morale*, *op. cit.*, p. 192.

L'idée même de rapport émotionnel au droit induit une création. La psychologie sociale et la philosophie émotiviste conçoivent les émotions comme constitutives de la rationalité<sup>2202</sup>, si bien que l'on peut dire que la dissonance cognitive observée entre réalité et idéal procède déjà d'une mise en cohérence rationnelle ; elle implique, en constituant les deux entités comme distinctes, et notamment l'idéal qui n'existe que dans la formulation que le juge en fait, que la dissonance doit être comblée. Du point de vue de l'organisation sociale, la persuasion intègre le processus de légitimation et de constitution d'un capital symbolique que l'on peut associer au droit et aux institutions, avec une certaine performativité<sup>2203</sup>. Les valeurs se créent non par la seule cognition (ou raison objective) mais par l'émotion. Il est donc impossible d'avoir des valeurs qui soient découvertes, lues, proclamées, sans être créées. C'est précisément le jeu émotif créé par le discours du juge qui produit ces émotions.

Or, le juge propose un manière de raisonner à partir de cas individuels qui correspond à cette forme de production axiologique, puisqu'elle passe par la médiation des émotions. Si le juge peut élaborer des valeurs selon la Cour constitutionnelle colombienne, et qu'elle est l'organe le plus à même de le faire, c'est parce qu'il part de l'expérience des situations individuelles qui lui sont présentées<sup>2204</sup>. Le rôle créateur du juge se comprend au-delà du débat entre interprétation fidèle et interprétation créatrice ; le juge produit en réalité autre chose, de l'ordre des valeurs, qui passent par la persuasion et l'engagement émotionnel. Ce qui est en jeu, c'est une pensée de l'universel et du particulier ou de l'absolu et du contexte : l'émotion permet de médiatiser la demande universelle en un rapport particulier, localisé dans un litige, sans admettre tout à fait la demande sur le plan politique plus large, qui dépasserait l'office du juge. La justice constitutionnelle prend un rôle d'incarnation ou de représentation des intérêts sociaux en conflit, ce que Claude Lefort appelait, dans les démocraties contemporaines qui suivent les révolutions française et américaine, le lieu vide du pouvoir<sup>2205</sup> : c'est-à-dire un espace où la vérédiction ou la fondation du pouvoir n'est plus un corps politique qui tient à lui la société entière, mais un espace immaîtrisable, qui se caractérise notamment par la dissociation du pouvoir, de la loi et du savoir<sup>2206</sup>.

---

<sup>2202</sup> Voir note 8, *supra*. Du côté des neurosciences, pour Jackson Greene, qui prolonge les travaux d'Antonio Damasio, tout raisonnement déontique provient d'une réaction émotionnelle, quand un conséquentialisme plus pragmatique se retrouve lorsqu'il y a peu d'affects en jeu,

: J. GREENE, « The Secret Joke of Kant's Soul », in W. SINNOT-ARMSTRONG (dir.), *Moral psychology, volume 3 : The neuroscience of morality. Emotion, brain disorders and disorder*, MIT Press, 2008, p. 35-43. Voir aussi J. GREENE, *Moral Tribes : Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them*, Penguin Press, 2013.

<sup>2203</sup> Voir P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19.

<sup>2204</sup> CCC, T406/92.

<sup>2205</sup> C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Fayard, 1981, p. 172.

<sup>2206</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

Les positions critiques sont plus radicales : elles considèrent qu'il n'y a pas de juridique ou d'espace distinct de l'émotion ou de l'opinion<sup>2207</sup>. Il n'y aurait qu'à persuader ensuite de la justesse d'une justification, au renfort éventuellement de l'émotion<sup>2208</sup>. Lorsqu'elle a à trancher des questions controversées à l'aide de principes, la Cour constitutionnelle de Colombie n'invoque pas seulement la théorie du droit de Ronald Dworkin : elle a pu aller jusqu'à citer des auteurs critiques ou réalistes afin de reconnaître l'aspect politique de ces principes ; elle reprend alors une critique virale ou un tournant ironique qui désamorce l'aspect proprement critique de ces lectures<sup>2209</sup> afin de produire une double justification du droit produit par le juge : celle de la vérité positiviste de l'institution judiciaire au sein d'un ordre juridique et celle de la fonction des préférences et de la subjectivité du juge comme personne, nourrissant la force de la production normative dans un contexte présenté comme un déchirement face aux inégalités vécues et à l'écart entre la réalité et le droit<sup>2210</sup>. Pour rejeter une demande de récusation de deux magistrats au motif qu'ils avaient assisté à de la tauromachie, laquelle était en jeu dans une affaire portée à la Cour, la juridiction cite un passage de la *Critique of adjudication* de Duncan Kennedy à propos des contraintes qui pèsent sur les juges, à la fois internes, par le sentiment d'un devoir de fidélité au texte, et externe, par le sentiment de décider comme on l'aurait fait en tant que législateur<sup>2211</sup>. Surtout, citant à nouveau Kennedy sur le rôle de l'idéologie comme contrainte du juge dans la formation de son analyse face aux contre-arguments qui lui sont présentés, la Cour reconnaît « les possibilités herméneutiques et la judiciarisation de questions en principe politiques<sup>2212</sup> » mais insiste sur le sentiment personnel que le juge doit malgré tout mettre en œuvre pour atteindre une bonne décision « en droit et en justice<sup>2213</sup> », à partir de « son expérience juridique et non-juridique<sup>2214</sup> ». La Cour reconnaît alors « un droit subjectif », au sens du concept de droit, qui inclut les affinités idéologiques, c'est-à-dire les positions relatives à l'État et à

---

<sup>2207</sup> La distinction est importante, car un réalisme critique ne réduit par la raison à l'émotion, comme le faisait par exemple aisément Jerome Frank : Duncan Kennedy n'évoque pas l'émotion et préfère parler d'idéologie, que l'on peut concevoir comme une rationalité distincte de l'affect bien qu'elle y est reliée.

<sup>2208</sup> C'est par exemple ce que propose Joshua Greene en estimant que l'émotion ne sert qu'à persuader d'arguments juridiques qui ne sont pas tout à fait laissés à l'indétermination et ouverts à la subjectivité de l'interprète, J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20, p. 1456.

<sup>2209</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1, B., 2.

<sup>2210</sup> Voir *supra*, §1, B.

<sup>2211</sup> CCC, Auto A188A-05 (Humberto Antonio Sierra Porto), §15. La décision est d'autant plus marquante que Humberto Antonio Sierra Porto fut ultérieurement président de la Cour (2014-2015) et qu'elle est signée par le président d'alors, Manuel José Cepeda Espinosa, et les cinq autres membres, les deux concernés s'étant déportés.

<sup>2212</sup> *Ibid.*, §16 : « (L)as posibilidades hermenéuticas y la judicialización de temas que son en principio políticos, como sucede en el ejercicio del control de constitucionalidad al aplicar directamente la Constitución, podría hacer pensar que la experiencia particular de los jueces constitucionales jugaría el rol más importante y en dicho sentido, se liberarían los magistrados del contenido de las normas ».

<sup>2213</sup> *Ibid.*, §17 : « El significado de la decisión en derecho o en justicia implica la capacidad de los magistrados de ubicarse en un punto intermedio entre las restricciones ineludibles representadas por el deber de fallar dentro de un sistema jurídico determinado, y la visión particular que le obliga a buscar la justicia de estos fallos a pesar del sistema mismo. ». Sans quoi, insiste la Cour, les juges ne seraient pas en mesure de contrôler les lois : « Hacer abstracción de la existencia de un procedimiento tal, degeneraría en la situación absurda en la que los jueces constitucionales estarían siempre impedidos para votar decisiones en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. »

<sup>2214</sup> *Ibid.*, §18.



la société, citant cette fois-ci Roscoe Pound<sup>2215</sup>. La Cour définit alors une approche qui n'est pas formaliste en ce qu'elle n'est pas l'application mécanique de la loi, mais qui reconnaît aussi le rôle de la subjectivité et de l'idéologie, à la manière des *Critical legal studies*, mais tout en évoquant, également, un ordre juste qui est l'internalisation de la critique du raisonnement juridique. Cette justification est citée dans une autre décision qui jugeait la demande de récusation d'un procureur dans une procédure du fait qu'il avait écrit un livre très critique à l'égard de la jurisprudence de la Cour en matière de libre développement de la personnalité, lui opposant un ordre moral naturel et objectif, en particulier vis-à-vis de la sexualité. La Cour rejette la demande en insistant sur le fait qu'il est dans la nature du contrôle de constitutionnalité d'avoir, sur des questions fondamentales nécessairement abstraites, différents points de vue « à partir de lectures distinctes de la Constitution »<sup>2216</sup>. La Cour a encore cité Duncan Kennedy par deux fois lorsqu'elle a voulu insister sur l'aspect politique et moral de décisions controversées sur le contrôle des révisions<sup>2217</sup> et sur le mariage des personnes de même sexe<sup>2218</sup>, mais en l'accommodant d'une approche objective. On trouve moins cette intégration de la critique dans les opinions de la Cour sud-africaine mais il existe dans le récit de l'acte de juger produit par les juges sud-africains hors de leurs opinions<sup>2219</sup>.

## 2. Les émotions comme conjuration de l'idéal

L'approche émotionnelle n'est pas le signe d'une conception radicale ou transformative en soi. La transformation sociale n'est plus tant recevable en les termes d'un projet social totalisant, ni comme la prudence libérale qui protège d'abord l'individu isolé et abstrait, et déduit des normes visant à réaliser cette protection, mais dans l'action subjectivante subsumée dans l'axiologie collective, c'est-à-dire une manière de se représenter le monde et de penser les problèmes sociaux

---

<sup>2215</sup> *Ibid.*, §12 : « Es de la naturaleza de los Tribunales Constitucionales que sus integrantes tengan afinidades ideológicas, posiciones frente al Estado o frente a lo que deben ser las actividades de la sociedad. En efecto, el reconocimiento de un derecho subjetivo por la Corte Constitucional, se da a partir del reconocimiento de "...expectativas racionales o lo que se cree son expectativas racionales, que expresan presupuestos de una vida civilizada..." o de un sociedad organizada constitucionalmente. A juicio de esta Sala, entenderlo de otra manera, por ejemplo asumir que el reconocimiento de derechos fundamentales, ha surgido de la interacción lógica con los contenidos normativos de las disposiciones constitucionales, en ausencia total de un análisis del contexto de estas disposiciones, resultaría no muy convincente.»

<sup>2216</sup> CCC, Auto A160/09 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), §3.1.5.2 : « el control de constitucionalidad, versa sobre asuntos fundamentales que, con un alto grado de generalidad y abstracción, se encuentran plasmados en la Constitución, y que el mismo se ejerce, precisamente, a partir de distintas lecturas de la Constitución y a partir de diferentes experiencias jurídicas, que dan lugar a la existencia de diversas convicciones sobre la manera como en cada caso debe leerse y aplicarse la Constitución ».

<sup>2217</sup> La Cour, sous la plume de Humberto Antonio Sierra Porto là encore, dans une affaire dans laquelle la Cour décide d'appliquer la thèse de la substitution afin de contrôler une révision constitutionnelle, cite Duncan Kennedy en l'opposant à Ronald Dworkin comme deux manières d'envisager le rôle, indéniable, des arguments moraux et politiques dans le raisonnement judiciaire, CCC, C-588/09, opinion concordante de Humberto Antonio Sierra Porto, §4.3.

<sup>2218</sup> Duncan Kennedy est encore invoqué dans la décision jugeant constitutionnel le mariage entre les personnes de même sexe, afin d'insister sur le caractère politique du contrôle de constitutionnalité, mais sans remettre en cause l'impartialité, voir CCC, SU-214/16, opinion concordante de Gloria Stella Ortiz Delgado, qui insiste, alors, sur « la importancia del activismo judicial para superar desigualdades estructurales e históricas. Preciso además, que por activismo no defiende el uso ideologizado que se le ha dado la palabra. Por el contrario, con esta idea quiero reivindicar una clásica hipótesis kelseniana acerca del aspecto dinámico de la ley como regulador de la condición humana y la justicia como la búsqueda de la libertad, la democracia y la tolerancia ».

<sup>2219</sup> Voir *infra*, section 2, §2. Le corpus critique n'est néanmoins pas précisément référencé.

qui repose sur l'interaction entre les agents individuels<sup>2220</sup>. Dans le passage célèbre du texte de Martha Nussbaum cité plus haut<sup>2221</sup>, l'expressivité et l'imagination contenues dans les mots viennent mettre en avant les récits individuels : c'est bien une construction subjectiviste à laquelle appelle la philosophe, par ailleurs connue pour avoir développé, avec Amartya Sen, une théorie de la justice qui vise à déterminer une valeur sociale aux capacités de chacun, c'est-à-dire aux besoins et fonctions que l'individu cherche à remplir<sup>2222</sup>, et qui a eu une grande influence sur la conceptualisation des droits sociaux. Les émotions sont un moyen de connaître cette valeur.

Peter Gabel, un auteur des Critical legal studies, le voyait bien en 1984, pour le déplorer : l'individu est privé de sa capacité d'agir, de choisir et de désirer par la formulation des droits, qui lui accordent une propriété d'en haut, lui laissant croire qu'il en est la force active<sup>2223</sup>. Mais il ne s'agit alors pas tant d'un cadeau des forces dominantes, comme le voyait Gabel en marxiste, que d'une manière de former une axiologie collective qui s'appuie sur la diversité des vues par le biais de l'émotion, puisque la raison pure ne semble plus convenir à une telle formation. C'est ce qu'illustre le glissement vers le pluralisme de John Rawls en 1993<sup>2224</sup> afin de corriger sa méthode éthique de 1971 : si les principes de justice trouvés derrière le voile d'ignorance ouvraient déjà au choix individuel, ils restaient trop attachés à une abstraction typique du contractualisme social libéral que le philosophe voulait à la fois refonder et dépasser. C'est bien cette articulation des récits individuels dans un récit collectif qui intéresse les écrits de Martha Nussbaum mais également les auteurs favorables aux droits sociaux, auxquels il a pu être reproché de réduire la question sociale à l'individu, et donc à empêcher toute transformation structurelle<sup>2225</sup>. Il se crée pourtant un récit collectif du constitutionnalisme *via* les droits sociaux et la jurisprudence des cours qui constitue un trait caractéristique des démocraties constitutionnelles du Sud. Précisément, le rôle médiateur de

---

<sup>2220</sup> Pierre Livet, qui n'adhère pas tout à fait à l'approche de la dissonance cognitive, puisqu'il suppose l'existence d'un domaine conceptuel et axiologique propre, et qui reproche à la psychologie sociale de Gabriel Tarde et Gustave Le Bon d'aborder les foules comme un dévoiement de la rationalité individuelle, par une fusion, voit les émotions collectives comme un lieu d'accélération et de résistance aux révisions des jugements de valeur et des normes, lors de moments de coopération comme des jeux, des révolutions, des rituels collectifs, etc., P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, *op. cit.* note 16, p. 121-151. Aussi, une interaction entre les valeurs et le monde réel permet selon lui de maintenir la capacité de l'agir collectif : « nous partageons collectivement nos émotions, et cela nous permet de continuer à entretenir des valeurs qui ne sont pas actuellement réalisées dans le monde, de faire vivre un autre monde. Cet autre monde est un réservoir de révisions pour le monde réel, qu'il prétend changer. Or, de fait, le monde réel révisé nos valeurs tout autant que l'inverse. Ce maintien de l'hétérogénéité du monde des valeurs et du monde réel est nécessaire si l'on veut conserver la puissance de transformation pratique propre aux valeurs. Le partage collectif des émotions liées aux valeurs permet d'entretenir cette hétérogénéité, puisque si les émotions nous rendent sensibles au différentiel avec la réalité, retrouver nos émotions chez les autres nous assure que notre monde de valeurs reste bien une réalité psychologique collective. » (*Ibid.*, p. 121-122).

<sup>2221</sup> Voir *supra*, note 2089.

<sup>2222</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1.

<sup>2223</sup> P. GABEL, « The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », *Texas Law Review*, vol. 62, n° 8, 1984, p. 1563-1599, p. 1563-99.

<sup>2224</sup> J. RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, 1993.

<sup>2225</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

l'émotion entre les valeurs collectives et le cas individuel nous semble s'expliquer par l'abstraction de ce dernier dans une identité, laquelle procède d'un schéma narratif<sup>2226</sup>. Le discours des identités est précisément au cœur de la théorie politique contemporaine, avec l'idée, par exemple, de produire des possibles par une analyse de la société qui dépasse la seule matérialité ou l'imposition d'une lecture opposant dominants et dominés<sup>2227</sup>. C'est également l'objet des théories constitutionnelles des systèmes dans lesquels le rôle du juge a été conçu en termes de transformation sociale : en élaborant un discours constitutionnel, une Cour constitutionnelle participe à créer les sujets des droits et la notion même de peuple, puisqu'ils sont créés par la Constitution et que c'est la juridiction constitutionnelle, dans ces systèmes, qui a affirmé le sens de celle-ci<sup>2228</sup>.

Dans des contextes troublés et alors que la légitimité des institutions peut sembler fragile, l'émotion permet de gérer l'écart entre la réalité sociale et l'idéal constitutionnel sans que le juge ne paraisse en faire trop pour les rapprocher ou, au contraire, trahir ce dernier en acceptant la première. L'empathie n'est ni le signe d'un relâchement du juge ni un simple outil rhétorique : il s'agit d'un instrument de connaissance, de persuasion et de production axiologique. On voit alors deux usages des émotions se distinguer. Les apports de la psychologie cognitive, des courants émotivistes et des neurosciences réduisent l'importance du sujet cartésien doté d'un libre arbitre, mais il ne faut pas oublier qu'ils produisent eux aussi des récits et des représentations. Ils risquent finalement d'ôter toute possibilité d'action en se focalisant sur une complexité des fonctionnements émotionnels ou neuronaux qui dépasse le sujet<sup>2229</sup>. À l'inverse, le tournant normatif du courant *Law and emotions*, s'il n'a rien de condamnable en soi à moins de lui opposer une autre conception normative, peut emporter avec lui le réductionnisme individualiste du récit personnel ou communautaire. Conjuguée au cognitivisme et aux neurosciences, il fournit alors une puissante justification à l'idéologie du perfectionnement de soi dans la négation des structures sociales<sup>2230</sup> : finalement, l'émotion conçue de manière purement cognitive ne permet que de révéler les croyances existantes sans les expliciter

---

<sup>2226</sup> Le mouvement *Law and emotion* se caractérise ainsi par « *its rejection of unifying narratives, its focus on identity, and its rejection of objectivity* », R. GROSSI, « Understanding law and emotions », *Emotion review*, vol. 7, n° 1, 2015, p. 56.

<sup>2227</sup> Voir par exemple H. GUEGUEN, L. JEANPIERRE, *La perspective du possible. Comment penser ce qui peut nous arriver et ce que nous pouvons faire*, La Découverte, L'horizon des possibles, 2022. Les auteurs analysent d'ailleurs comment Pierre Bourdieu lui-même a débuté ses travaux par l'analyse de la conception du possible et de l'impossible par les agents sociaux marginalisés en Algérie, dans la manière donc par laquelle ils construisent leur relation au possible et à l'avenir, p. 229-252.

<sup>2228</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2229</sup> Par exemple, Stu Woolman est loin d'une expérimentation révolutionnaire comme celle prônée par Roberto Unger et juge que les capacités d'agir des individus s'inscrivent dans les relations privées, source d'expérience et d'interactions, en s'appuyant sur la vision du « social capital » de Hayek, S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, Juta & Co., 2013, p. 56-58 et p. 148-160. L'auteur ne s'inscrit pas dans une approche relationniste de nature socialiste mais préfère s'intéresser à l'hétérogénéité de l'individu et de ses multiples récits pour mieux comprendre ses besoins.

<sup>2230</sup> A. EHRENBERG, *La mécanisme des passions. Cerveau, comportement, société*, Odile Jacob, 2018.

ni les interroger ; sans s'intéresser aux conditions sociopolitiques de leur production<sup>2231</sup>. Le risque est que la littérature, le lyrisme et les formules affectives viennent remplacer le travail de déconstruction du langage que pourraient permettre les sciences du langage et la psychologie<sup>2232</sup>.

En Afrique du Sud, Stu Woolman s'est appuyé sur la psychologie cognitive et les neurosciences pour démontrer qu'il fallait se défaire de l'idée d'une pensée rationnelle du sujet en lui-même, détenteur d'un libre-arbitre et d'intentions idéales, qui puisse être commandé d'en haut. L'auteur défend à l'inverse une interprétation constitutionnelle qui provient d'une multitude d'acteurs, correspondant à une conception fondamentalement hétérogène du sujet, qui raisonne par l'expérimentation et l'essai, par l'erreur et les *stimulis*, qui agissent avant toute réflexion consciente<sup>2233</sup>. Il est vrai que les traces d'émotion trouvées dans la jurisprudence sud-africaine vont souvent de pair avec l'affirmation de la dignité humaine, comme si celle-ci constituait le cœur intime d'un sujet dont il serait évidemment poignant qu'il soit atteint par quelque privation extérieure. Stu Woolman prend pour exemple la détermination des travailleurs du sexe dans la décision *Jordan*, évoqués sous les traits d'individus capables de libre arbitre, qui ont choisi leur activité, sans considérer, selon l'auteur, qu'il y a là un ensemble de déterminismes sociaux à prendre en compte, et de même dans la décision *Kbosa* la Cour insistait sur le choix fait par les migrants de venir travailler en Afrique du Sud : la Cour n'aurait pas tout à fait pris conscience de la radicale hétérogénéité des identités dans un pays divisé<sup>2234</sup>. On peut adresser la même critique aux jurisprudences *Soobramoney*, *Grootboom*, *TAC* et *Olivia Road*, qui évoquent de manière émotive les requérants et les plus démunis sans vraiment intégrer une vision du sujet dans l'attribution des droits sociaux.

---

<sup>2231</sup> Pour une critique des biais sociaux, idéologiques et culturels des neurosciences qui n'analyseraient l'émotion qu'en pur fonctionnement cérébral et biologique, voir L. QUERE, *Il n'y a pas de cerveau des émotions*, PUF, 2023

<sup>2232</sup> On pense notamment à la manière dont un sociologue comme Howard Becker a montré que les identités relevaient d'un processus d'étiquetage social, ou la philosophie post-structuraliste de Michel Foucault a montré que toute identité était une construction sociale et discursive issue de rapports de pouvoir. Pour une application à l'Afrique du Sud, voir P. DE VOS, « Refusing Human Rights ? A Foucauldian Account », in K. VAN MARLE (dir.), *Refusal, transition and post-apartheid law*, Sun Press, 2009, p. 121-139.

<sup>2233</sup> S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, *op. cit.* note 149. L'auteur s'appuie sur les travaux du philosophe Daniel Dennett, qui a élaboré une approche du sujet comme résultant d'une interaction ou une « narrative gravity » entre plusieurs soi, contre l'idée d'une conscience univoque et centrale. Voir notamment D. DENNETT, *Consciousness explained*, Little, Brown and Co., 1991. Il s'appuie également sur le concept de « neuronal workplace » élaboré par les neuroscientistes Stanislas Dehaene et Lionel Naccache (à la suite de Bernard Baars), selon lequel une grande partie de l'activité cérébrale échappe à la conscience, qui n'en constitue qu'une partie connectée à d'autres fonctions, S. DEHAENE, L. NACCACHE, « Towards a cognitive neuroscience of consciousness: Basic evidence and a workspace framework », *Cognition*, vol. 79, n° 1-2, 2001, p. 1-37. Stu Woolman juge alors que la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est restreinte à une vision traditionnelle du sujet comme doté d'un libre arbitre qu'il fallait protéger, du moins au début de son activité, S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, *op. cit.* note 149, p. 422-479.

L'expérimentalisme approché ici par les neurosciences et la psychologie renvoie à l'expérimentalisme et à la délibération comme théories politiques et démocratiques, voir *infra*, chapitres 7 et 8.

<sup>2234</sup> S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, *op. cit.* note 149, p. 118-119.

Stu Woolman s'intéresse à l'émancipation (*flourishing*) par les droits. L'auteur s'appuie sur une distinction entre d'un côté les capacités de Martha Nussbaum, qui correspond à la constitutionnalisation des droits sociaux selon lui du fait de la liste que la philosophe a proposé, d'un autre côté les fonctions visées par Sen plus attentif à l'hétérogénéité du sujet<sup>2235</sup>. La jurisprudence de la Cour serait plus proche de la seconde approche selon Stu Woolman, qui insiste sur un sujet expérimental (*experimental self*) et radicalement hétérogène (*radically heterogeneous*)<sup>2236</sup>. L'éclatement dont procède une telle approche du sujet peut être associée à l'idéal post-libéral envisagé par Karl Klare, et Stu Woolman s'associe d'ailleurs aux *destabilizing rights* théorisés par Robert Unger<sup>2237</sup>. Pour l'auteur Sud-Africain, la réticence de la Cour en matière de droits sociaux, qu'il rapproche d'Amartya Sen et apprécie positivement, a en commun avec cette approche le rejet d'un interventionnisme étatique trop fort<sup>2238</sup>. Aussi, l'auteur est convaincu que la Cour a évolué vers une telle appréhension du sujet en élaborant une approche plus substantielle avec les années<sup>2239</sup>. Il s'appuie sur la jurisprudence de la Cour en matière de dignité et sur la jurisprudence d'Albie Sachs sur l'orientation sexuelle en particulier, avec l'idée d'un droit à être différent, quand bien même celui-ci n'est pas nécessairement majoritaire dans son approche du droit<sup>2240</sup>.

Le juge, en exerçant ou plutôt en montrant un jugement affectif, doit alors trouver dans le contexte social les idéaux normatifs à accomplir. Les théories contemporaines des droits sociaux comme le mouvement *Law and emotion* ont adopté une approche cognitive du rapport entre les arguments juridiques, éthiques ou les valeurs d'un côté et les émotions de l'autre, qui maintient donc une distinction entre les deux espaces tout en admettant une interrelation<sup>2241</sup>. Le problème est que ces travaux s'intéressent rarement à la production des émotions, c'est-à-dire à la manière dont les émotions sont produites et construites par le juge, de manière persuasive et performative<sup>2242</sup>. Le juge comme catalyseur de ce processus doit alors montrer l'émotion qui ressort de son raisonnement et qui fonde la formation des valeurs. La situation des requérants et des personnes concernées par les atteintes aux droits nourrit de manière inductive la pensée des principes communs, conçus comme démocratiques. On retrouve alors dans le discours judiciaire d'une part un discours qui produit des

---

<sup>2235</sup> *Ibid.*, p. 384-387.

<sup>2236</sup> *Ibid.*, p. 389-393.

<sup>2237</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>2238</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>2239</sup> *Ibid.*, p. 393 : « *The Court has spent the first 17 years of operation spinning out a jurisprudence of dignity that begins with very modest premises, but ultimately bursts into a constellation of definitions and uses substantially richer and more rust.* »

<sup>2240</sup> Voir *infra*, section 2, §2, A., 2.

<sup>2241</sup> Voir M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *op. cit.* note 9, p. 25. R. GROSSI, « Understanding law and emotions », *op. cit.* note 146, p. 55. J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 20.

<sup>2242</sup> Le courant émotiviste, en philosophie, peut en effet être mieux compris comme l'approfondissement des thèses d'Austin sur les actes de langage, par lesquels une réalité est créée par le discours plutôt que celui-ci s'en tienne à décrire un référent extérieur, R.M. HARE, *Sorting out ethics*, Oxford University press, 1998, p. 103-125.

valeurs objectives, d'autre part l'émotion du litige individuel typique du fonctionnement des droits subjectifs. C'est la contradiction que ne permet pas de résoudre l'analyse d'un Dworkin entre une connaissance du droit qui serait objective et la subjectivité des valeurs que le droit consacrerait, c'est-à-dire entre un raisonnement sur la validité des normes et un jugement moral<sup>2243</sup>. Or, cette dialectique peut être conçue comme une production constructive lorsque l'on admet le rôle de l'émotion et, donc, de la rhétorique, c'est-à-dire lorsque l'on augmente la théorie du droit libérale des courants critiques qui l'ont déconstruite et des apports d'un courant comme *Law and emotions*.

La dialectique particulière qui apparaît entre émotion et objectivité dans les décisions colombiennes et sud-africaines participe de la reconfiguration, dans les deux pays, du rapport entre fait et droit. Il s'agit de mettre en valeur une fonction expressive des droits dans les discours juridiques : l'objet « droits » est alors l'expression d'une titularité individuelle et collective dans la société formée par l'ordre constitutionnel. L'apport d'une analyse en termes de style et d'émotion renverse alors l'appréhension de l'activisme judiciaire en allant interroger les fonctions que reflètent les formes, c'est-à-dire concrètement le rôle narratif joué par le discours produit par les juges sur les droits – et non seulement la vision que donne la jurisprudence de la transformation sociale vis-à-vis des grandes structures sociales et politiques<sup>2244</sup>.

---

<sup>2243</sup> P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde"?*, De Boeck, 2011, p. 245-260, p. 245-260. On est alors amené à dire soit que les valeurs et principes sont constitutionnalisés, et donc à refuser le pouvoir du juge (ce que ne fait bien sûr pas Ronald DWORKIN, ni aucun des auteurs étudiés ici), soit qu'il existe une axiologie ou une fondamentalité qui préexiste et appelle à leur positivation, ce qui relève d'une pensée jusnaturaliste. Face à ce conflit, « ce que le courant néoconstitutionnaliste ne voit pas – ou ne veut pas voir – c'est que le droit produit lui-même ses propres justifications » (*Ibid.*, p. 256), et donc du domaine du fait : on peut alors renvoyer à la fonction persuasive de l'usage des émotions, *supra*.

<sup>2244</sup> En particulier, des analyses critiques comme celles de Samuel Moyn ou Ran Hirschl sont insuffisantes en ce qu'elles ciblent les droits sociaux en utilisant une grille de lecture anachronique, celle de l'État social et des projets égalitaires du XX<sup>ème</sup> siècle portés par les législatures. Il manque à ces études une analyse plus précise de ce néolibéralisme qu'ils condamnent de manière totalisante, alors qu'il faut découvrir des réalités plus diverses et en particulier aux effets du discours. Le lien entre les droits et le néolibéralisme est à la fois plus fondamental et plus ambivalent que les critiques du constitutionnalisme le postulent, voir *supra*, chapitre 3, section 2, §2.

## SECTION 2. LA FABRIQUE DU DISCOURS JUDICIAIRE

Les Cours constitutionnelles de Colombie (§1) et d’Afrique du Sud (§2) donnent à lire des décisions dans lesquelles on peut distinguer, à côté d’un raisonnement supposément froid et technique, des traces d’émotions, c’est-à-dire un style dont la forme particulière permet de comprendre les glissements théoriques opérés dans le raisonnement. L’émotion se lit alors au fil des opinions comme autant de personnalités qui émergent dans la jurisprudence et mettent en scène leur propre rôle, avec différentes séquences qui peuvent être identifiées dans les deux pays.

### §1. La théorie de la Cour colombienne

L’activisme de la Cour s’apparente à une forme de militantisme constitutionnel qui peut s’analyser de différentes manières : dans l’action d’abord de quelques personnalités qui ont participées à façonner un activisme d’un genre particulier (A), dans l’inscription ensuite de cette vision au sein d’une culture institutionnelle (B).

#### A. Des juges-universitaires activistes

L’activisme de la Cour se comprend par le rôle de certains de ses membres dès 1992 (1) et notamment le sens qu’ils ont donné à la *tutela* (2).

##### 1. L’élaboration conceptuelle de 1992 à 2001

La Cour constitutionnelle de Colombie doit beaucoup à sa composition initiale. La première période est alors celle des grandes décisions sur le plan théorique et rhétorique ; c’est alors l’apparition d’une nouvelle génération de constitutionnalistes qui s’intéressent à la théorie du droit nord-américaine et aux raisonnements abstraits et axiologiques plutôt qu’aux jugements et enseignements plus secs de leurs aînés<sup>2245</sup>. Trois membres de la Cour en particulier produisent cette jurisprudence audacieuse. Ciro Angarita Baron, qui fut professeur à l’université Los Andes, rédige notamment la décision T-406/92 sur la justiciabilité des droits sociaux – qui privilégie les principes et les valeurs sociales aux règles en matière constitutionnelle – et les premières décisions sur l’État social de droit et sur la notion d’autonomie<sup>2246</sup>. Il dirige également la *Revista de derecho publico* de

---

<sup>2245</sup> D. LANDAU, « The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modelling Judicial Behaviour in Latin America », *George Washington International Law Review*, vol. 37, n° 3, 2005, p. 687-744

<sup>2246</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1.

l'université des Andes où sont publiés des textes influents sur la nouvelle approche du droit constitutionnel, parfois rédigés par des juges eux-mêmes<sup>2247</sup>.

Eduardo Cifuentes Muñoz a rendu la décision T-426/92 sur l'État social de droit, élaboré la notion d'état de fait inconstitutionnel et rédigé de nombreuses opinions majoritaires relatives à l'autonomie, à la santé et au système économique, avec une approche favorable à l'égalité<sup>2248</sup>. Alejandro Martinez Caballero a proposé l'idée de droits fondamentaux construits à partir de l'esprit du texte plutôt que du texte lui-même dans la décision T-002/92, puis les notions de Constitution écologique et de bloc de constitutionnalité<sup>2249</sup> ou encore le principe d'égalité en matière de discriminations, d'orientation sexuelle et de genre<sup>2250</sup>. Ce sont en outre les trois juges qui ensemble signent l'extension de la notion de précédent permettant à la Cour d'asseoir son pouvoir normatif<sup>2251</sup>. Ils sont surnommés le groupe de Los Andes parce qu'ils étaient tous trois universitaires dans l'établissement mais également parce qu'ils étaient particulièrement proches entre eux : ils ont ainsi discuté ensemble de l'opportunité d'accepter la proposition qui leur était faite de rejoindre la Cour<sup>2252</sup>. Leur approche universitaire participe à créer un discours inspiré des débats théoriques du moment. Nommé plus tard à la Cour, Carlos Gaviria Diaz, professeur de droit, a rendu les décisions sur la possession de cannabis et l'euthanasie et plusieurs décisions célèbres sur le principe d'égalité<sup>2253</sup> et participé à théoriser le nouveau constitutionnalisme comme dépassement axiologique de la démocratie libérale<sup>2254</sup>.

## 2. L'essor spectaculaire de la tutela

Le rôle de la Cour constitutionnelle s'explique en partie par une spécificité du contentieux constitutionnel colombien, la *tutela*. La procédure ouverte par le constituant à l'article 86 permet en cas de violation de droits fondamentaux un accès direct à chaque juge, sans condition de forme particulière, de manière prioritaire à toute autre action et avec un délai de jugement de 10 jours<sup>2255</sup> dans un pays dans lequel les actions judiciaires peuvent être longues, qu'il s'agisse des actions

---

<sup>2247</sup> Voir par exemple E. CIFUENTES MUÑOZ, « La igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional », *Revista de derecho público*, n° 7, 1997, p. 8-44 ou encore d'un magistrat auxiliaire et auteur influent, R. ARANGO RIVADENEIRA, « Jurisdicción e interpretación constitucional », *Revista de derecho público*, n° 4, 1993, p. 32-38.

<sup>2248</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1.

<sup>2249</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §2, B.

<sup>2250</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1.

<sup>2251</sup> Voir *infra*.

<sup>2252</sup> Voir l'entretien avec Eduardo Cifuentes Muñoz réalisé par D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, thèse dactylographiée, Université de Harvard, 2015, p. 133.

<sup>2253</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1.

<sup>2254</sup> Voir, par exemple, C. GAVIRIA DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2015, p. 19-28.

<sup>2255</sup> Décret 2591 du 19 novembre 1991, §14 et 15.



ordinaires ou des actions de groupe prévues à l'article 88 de la Constitution. Dans un mouvement proche de celui de la Cour suprême indienne avec la *public interest litigation*<sup>2256</sup>, la Cour constitutionnelle a elle-même participé à ouvrir le recours à la *tutela*. Elle a en effet interprété largement les critères de subsidiarité et d'immédiateté fixés par le texte de 1991 ; elle a également inclus les sujets privés comme destinataires des obligations<sup>2257</sup>, à côté des autorités publiques, dans ses décisions structurelles<sup>2258</sup> ; elle a reconnu par ailleurs comme requérants les sujets collectifs, les personnes morales ou la nature<sup>2259</sup> ; elle a étendu, enfin, la définition des droits fondamentaux pouvant faire l'objet d'un tel recours. Ainsi les premières formulations de l'activisme de la Cour vis-à-vis de la transformation sociale ne sont pas dissociables de l'extension de la justiciabilité des droits sociaux et de l'État social de droit dans les années 1990<sup>2260</sup>. Les droits sociaux occupent aujourd'hui entre cinquante et soixante-dix pourcents des *tutelas* déposées devant tous les niveaux de juridiction<sup>2261</sup>. Mais la *tutela* a connu une croissance impressionnante dans l'absolu, puisqu'elle est passée, de 50.000 par an dans les années 1990, à 130.000 à partir de 2000, près de 300.000 à partir de 2007 et près de 500.000 en 2014 et plus de 600.000 en 2016<sup>2262</sup>. La Cour constitutionnelle elle-même a rendu entre 200 et 1.300 *tutelas* par an<sup>2263</sup> et entre 100 et 300 décisions en contrôle abstrait<sup>2264</sup>. De fait, les décisions les plus marquantes de la Cour vis-à-vis de la transformation sociale ont été

---

<sup>2256</sup> La *public interest litigation*, comme en Colombie, est une voie d'accès aisée au juge en matière de droits, mais elle a été créée par la Cour suprême et, surtout, constitue un accès direct, sans qu'il ne soit nécessaire de l'adresser d'abord à une autre instance. Aussi, la *public interest litigation* a connu des débuts informels, puisque les membres de la Cour suprême recevaient des lettres adressées à leur nom et y répondaient par leurs décisions. Voir P.N. BHAGWATI, « Judicial activism and Public Interest Litigation », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 23, n° 3, 1985, p. 561-578. J. CASSELS, « Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible ? », *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, p. 495-515. A.H. DESAI, S. MURALIDHAR, « Public Interest Litigation: Potential and Problems », in B.N. KIRPAL et al. (dir.), *Supreme But Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India*, Oxford University Press, 2000. R. SUDARSHAN, « Courts and Social Transformation in India », *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor ?*, Ashgate, 2006, p. 154-168.

<sup>2257</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2.

<sup>2258</sup> Voir par exemple CCC, T-025/04 et CCC, T-760/08.

<sup>2259</sup> Voir CCC, T-622/16.

<sup>2260</sup> Voir, *supra*, chapitre 4.

<sup>2261</sup> En 2019, 26,8% portaient sur le droit à la santé, 7% sur le minimum vital, 14,6% sur le droit au procès, 4,7% sur la sécurité sociale, 4,7% sur le droit à la vie, et autour de 2% pour la dignité, l'administration de la justice, l'aide humanitaire, le travail, l'égalité, les données, le conflit armé, l'éducation, la vie digne, l'intégrité personnelle, ou encore les droits de l'enfant. 44% étaient classées comme des demandes aux autorités administratives. Site Internet de la Cour constitutionnelle, <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php> (consulté le 10 février 2023).

Or, on peut reprocher à ces données de ne pas montrer les invocations de multiples droits et de regrouper comme des demandes aux autorités de nombreuses demandes de prestations sociales, P. MORENO-CRUZ, D. GONZALEZ MEDINA, « The acción de tutela and the enforcement of socio-economic rights: a matter of perception? », in P. MORENO CRUZ (dir.), *China and Colombia: Towards a Legal Comparison*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 43-76, spec. p. 53 et 57.

<sup>2262</sup> Site Internet de la Cour constitutionnelle, <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php> (consulté le 10 février 2023).

<sup>2263</sup> La Cour rendait autour de 400 *tutelas* dans les années 1990 mais près de 1300 en 2000 avant de connaître des chiffres annuels compris entre 700 et un millier jusqu'à 2014, puis une baisse jusqu'à 400 en 2018 et entre 200 et 300 *tutelas* rendues depuis. Site Internet de la Cour constitutionnelle, <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php> (consulté le 10 février 2023).

<sup>2264</sup> La Cour en a rendu jusqu'à près de 400 par an en 2000 et autour de 200 depuis 2005, *ibid.*

rendues en *tutela*, même si des décisions marquantes rendues dans le cadre du contrôle abstrait de la loi ont pu concerner la politique économique ou l'autonomie et l'égalité<sup>2265</sup>. Plus encore, les deux décisions les plus importantes de la Cour en la matière, celle sur les populations déplacées et celle sur l'accès à la santé<sup>2266</sup>, ont été prises en réponse à de nombreuses *tutelas* qu'il s'agissait de réguler, la Cour remplissant alors également une fonction spécifique dans l'ordre judiciaire national.

L'activisme de la Cour constitutionnelle se comprend également par la place qu'elle occupe dans l'ordre juridictionnel colombien et en particulier les réticences de ce dernier vis-à-vis du rôle de la Cour<sup>2267</sup>. En effet, la *tutela* est avant tout un mécanisme de contrôle diffus et la Cour a accepté très tôt des *tutelas* contre les décisions de justice elles-mêmes, en considérant les juridictions comme des autorités publiques au sens de l'article 86 de la Constitution. L'Assemblée constituante avait laissé une telle possibilité explicitement ouverte par les membres les plus favorables à la nouvelle Cour au sein de la commission sur le pouvoir judiciaire<sup>2268</sup>. Dans la première décision de la Cour sur le sujet, une courte majorité des membres rejette un tel pouvoir au motif que la Constitution placerait à une position égale les trois juridictions suprêmes du pays<sup>2269</sup>. Dans une dissidence, les juges Ciro Angarita Baron, Eduardo Cifuentes Muñoz et Alejandro Martínez Caballero, favorables à une telle extension, estiment que l'opinion majoritaire, en s'en tenant aux mots du texte de 1991, repose sur un « critère formaliste et abstrait » qui a pour effet de rendre la procédure de *tutela* « inexistante »<sup>2270</sup>. Une telle décision relève selon eux d'une « conception purement formaliste et autoritaire de l'intérêt général et de la justice », qui plus est « mépris de la Constitution et au mépris des droits fondamentaux des individus », et ce alors même que la *tutela* vise à « purifier l'injustice et l'inconstitutionnalité des décisions de justice »<sup>2271</sup>. Les trois magistrats dissidents insistent alors sur la « fonction morale » que joue la Cour à l'issue d'une relecture de l'histoire de la justice constitutionnelle<sup>2272</sup>. Dans leur défense de l'extension de la *tutela* aux décisions judiciaires, ils

---

<sup>2265</sup> Voir *supra*, chapitre 4.

<sup>2266</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 1, §2.

<sup>2267</sup> Roberto Gargarella y voit la survivance d'une « vieille » conception des droits face à la nouvelle, portée par la Cour constitutionnelle, R. GARGARELLA, « Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” », *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 1, n° 27, 2018, p. 109-129, p. 125.

<sup>2268</sup> Voir Gaceta constitucional, n°77, 20 mai 1991, p. 9-10, réagissant à la proposition du conservateur Juan Carlos Esquerra qui voulait exclure explicitement de la *tutela* le contrôle des décisions de justice, *Ibid.* p. 4.

<sup>2269</sup> CCC, C-543/92, §225-229. La Cour était saisie de la constitutionnalité du décret 2591 du 19 novembre 1991 du président Gaviria qui permettait à la *tutela* d'être soulevée à l'encontre des décisions judiciaires. La décision censure alors le décret.

<sup>2270</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Ciro Angarita Baron, Eduardo Cifuentes Muñoz et Alejandro Martínez Caballero, §9.

<sup>2271</sup> *Ibid.*, §16 : « *De haber profesado la mayoría no un concepto puramente formalista y autoritario del interés general y de la justicia, seguramente habría disipado su infundado temor. Repudia al interés general y a la justicia que se mantengan y desplieguen toda su eficacia, sentencias dictadas en abierto desacato de la Constitución y profanando los derechos fundamentales de las personas. Por el contrario, el interés general y la justicia se favorecen con la implantación de mecanismos - como la tutela contra sentencias - orientados a depurar el contenido de injusticia y de inconstitucionalidad de las sentencias.* »

<sup>2272</sup> *Ibid.*, §32.

insistent sur le rôle de « gardien » de la Constitution dans la finalité spécifique de mener la transformation du droit colombien face à tout « scepticisme autoritaire »<sup>2273</sup>, alors qu'à l'inverse,

Le formalisme n'est qu'une technique de domination sociale, malheureusement très répandue parmi les juges du pays. Comme toute idéologie de ce type, elle ne repose que sur le nœud procédural du pouvoir dont elle émane et qu'elle sert.<sup>2274</sup>

Les magistrats ont néanmoins eu gain de cause un an plus tard, en adoptant une décision qui étendait effectivement la *tutela* aux décisions de justice<sup>2275</sup>. Les quatre magistrats majoritaires sont des universitaires, illustrant un conflit sur la conception du rôle du juge dans la société<sup>2276</sup>. Ce sont eux qui vont pourtant imposer la culture juridictionnelle de la Cour au pays.

Les premières années, les juges ordinaires sont réticents à admettre les *tutelas*, gardant une approche traditionnelle du droit qui refuse d'aborder les questions de justice substantielle et le « pont entre le droit et la réalité » qu'elle constitue selon Manuel José Cepeda Espinosa, au profit de la compétence et des règles procédurales<sup>2277</sup>. Les choses changent au milieu des années 1990 après les décisions ambitieuses de la Cour et l'explosion du nombre de demandes déposées. Selon Cepeda Espinosa, qui a participé au processus constituant comme conseiller du président de la République,

---

<sup>2273</sup> CCC, 543/92, opinion dissidente de Ciro Angarita Baron, Eduardo Cifuentes Muñoz et Alejandro Martínez Caballero, §16 : « *El escepticismo autoritario de la mayoría es el mayor mentis que ha recibido la Constitución de 1991 como que no puede ignorarse porque procede de sus guardianes. No se tiene por cierto que los Jueces puedan ser instrumentos de justicia material. De plano, sin aportar prueba de su aserto, los cuatro guardianes desestiman la capacidad del aparato judicial para administrar justicia constitucional. La Constitución, en cambio, cree en la persona humana, defiende su dignidad y confía al Juez la protección de sus derechos. Esta convicción es la esencia de la Constitución. La Constitución es la defensa de esta convicción. La Constitución, así como reivindica la dignidad de la persona humana, cree en el Juez, sin parar mientes en su especialidad, como defensor de sus derechos. Un Juez puede, por tanto, examinar la actuación de otro Juez y determinar si respetó o vulneró los derechos fundamentales de una persona y al hacerlo está cumpliendo el sagrado ministerio que se ha impuesto el Estado social de derecho: preservar la dignidad humana y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y su acatamiento por todas las autoridades públicas, sin excepción.* » .

<sup>2274</sup> *Ibid.*, §17 : « *El formalismo es una mera técnica de dominación social, lamentablemente muy extendida entre los jueces del país. Como toda ideología de esa estirpe sólo confía en el nudo procedimiento del poder del cual emana y al cual sirve.* »

<sup>2275</sup> CCC, T-079/93 (Eduardo Cifuentes Muñoz), la Cour s'appuyant alors sur une ouverture laissée, selon l'interprétation de Cifuentes Muñoz, dans la rédaction de la décision de 1992, lorsqu'elle estimait qu'il était toujours possible à la Cour de se saisir d'une *tutela* si un juge ordinaire ne respectait pas les délais, manquait de diligence ou ignorait ou violait les droits fondamentaux (*Ibid.*, §6). Dit autrement, Eduardo Cifuentes Muñoz s'appuie sur une exception extrême ouverte par les juges réfractaires à l'extension de la *tutela* en estimant qu'une violation des droits alléguée, fondant toute *tutela*, justifiait dans toute affaire donc, que celle-ci puisse être déposée à l'encontre d'une décision d'une juridiction inférieure dans une telle procédure.

<sup>2276</sup> Voir *infra*, et voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 172, p. 149s.

<sup>2277</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40, p. 29 : « *The judges initially opposed the Tutela, as did the legal establishment. The paradigm shift was too demanding. The Tutela was conceived as the bridge between law and reality. Through this bridge, the real situation in which millions of people live has surfaced to challenge constitutional law.* » En effet selon lui, « *The judge must respond to the reality that is being presented to him and decide whether the problem falls within a fundamental right and if the right requires protection in the specific case. There are some procedural grounds for the judge to insulate himself from reality and avoid giving a solution in accordance with substantive constitutional justice. They were very frequently used during the first years of the Tutela. But by the mid-nineties, reality invaded the law. It was like a tsunami, untamed by traditional legal categories. The judges started to understand the significance of their function not only as protectors of rights but as responsive adjudicators of substantive constitutional justice (...)* » (*Ibid.*, p. 29).

le rôle de la Cour est de corriger un juge ordinaire qui se « réfugie dans le formalisme »<sup>2278</sup>. Or, la juridiction se préoccupe avant tout, dans cette procédure, de la violation des droits constitutionnels, ce qui lui permet de bifurquer vers la théorie constitutionnelle<sup>2279</sup>. Cette position, si elle n'a pas été contestée en soi, mène à des conflits, en particulier avec la Cour suprême, qualifiés de déraillements (« *choque de trenes* »). L'un des cas les plus célèbres a eu lieu en 2000 lorsque la Cour constitutionnelle a censuré la décision de la Cour suprême qui refusait le paiement d'une pension<sup>2280</sup> au motif qu'elle violait son droit à un minimum de subsistance<sup>2281</sup>. La Cour suprême a refusé d'appliquer la décision de la Cour constitutionnelle à l'issue du renvoi, donnant lieu, à l'occasion d'une ordonnance d'exécution de la Cour, à une motivation sévère fondée sur l'article 25 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme relative au procès effectif et ramenée, ici, à la suprématie de la Cour constitutionnelle en matière de violations des droits<sup>2282</sup>, qui avait pour effet de rendre exécutoire les décisions des juridictions inférieures en l'espèce.

La Cour a pu produire un discours affectif en sus de son discours normatif parce qu'elle répondait à des litiges individuels, et qu'elle en a fait le cœur de sa légitimité, dès ses premières décisions marquantes en matière de justiciabilité des droits sociaux. Aussi, du fait du contrôle qu'elle s'est accordé vis-à-vis des décisions de première instance et d'appel, la Cour peut choisir les affaires qui lui semblent opportunes à produire une jurisprudence particulière : elle n'est pas saisie des *tutelas* mais se saisit elle-même, sans action du requérant, à l'issue de comités *ad hoc* rassemblant plusieurs magistrats, qui se voient ensuite répartir les affaires en tant que rapporteurs (*ponente*). Depuis quelques années, cette sélection est diffusée en direct sur Facebook<sup>2283</sup>. L'affaire est ensuite présentée aux membres pour le contrôle abstrait des lois ou auprès de quelques juges et de la formation de jugement de trois membres pour la *tutela* ; le *ponente* rédige l'opinion s'il obtient la majorité, sinon un autre est nommé, et dans tous les cas, les magistrats de la formation de jugement peuvent rédiger des opinions concurrentes (*aclaraciones de voto*) ou dissidentes (*salvamentos de voto*), qui sont fréquentes et sont un espace de débat sur la Constitution.

---

<sup>2278</sup> *Ibid.*, p. 36 : « *When a lower judge forgets substantive justice by taking refuge in a formality, the court can intervene to ensure that constitutional law is responsive.* »

<sup>2279</sup> D.L. MEDINA, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 439.

<sup>2280</sup> CSC, 11 février 2000, n°12370.

<sup>2281</sup> CCC, SU-1185/01.

<sup>2282</sup> CCC, injonction n°045/04 du 20 avril 2004, une interprétation confirmée, par ailleurs, par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n°44/08, affaire n°12.448, du 23 juillet 2008.

<sup>2283</sup> Sur la chaîne dédiée : <https://www.facebook.com/watch/corteconstitucionaldecolombia/> (consulté le 23 février 2023).

La Cour a également étendu l'effet *inter partes* de la *tutela* en reconnaissant à sa propre jurisprudence un effet de précédent<sup>2284</sup>. Ici, la Cour mêle deux influences : celle du droit civil, dans laquelle la jurisprudence n'est pas une source, et celle de la *Common law*, en insistant en particulier sur la valeur *erga omnes* conférée par la Constitution à son contrôle abstrait de la loi<sup>2285</sup>. En construisant un système du précédent, il s'agit bien pour la Cour d'imposer sa jurisprudence aux autres juridictions tout en restant l'énonciatrice principale de la norme constitutionnelle. La Cour a par exemple permis la *tutela* contre une décision de justice en matière de « voie de fait » (*via de hecho*), une notion qu'elle a créée pour qualifier l'action d'un juge qui abuserait de son pouvoir<sup>2286</sup>. La justification apportée par la Cour à la position qu'elle s'est donnée dans l'ordre judiciaire colombien renvoie à la construction particulière qu'elle a menée, s'appuyant sur la « valeur normative » de la Constitution et à la « fonction intégrative » de la jurisprudence, par lesquels les « mandats » confiés par le texte « rayonnent »<sup>2287</sup>. Comme l'affirme Eduardo Cifuentes Muñoz,

[...] pour des raisons sociologiques inhérentes à la transformation constitutionnelle, lors de la résolution d'affaires, les tribunaux plus anciens, dont la primauté était incontestée dans l'ordre juridique précédent, refusent de s'adapter au changement constitutionnel et, par conséquent, de reconnaître la compétence supérieure que la Constitution attribue à la Cour constitutionnelle en

---

<sup>2284</sup> La Cour annule alors un décret présidentiel qui encadrait les effets des décisions de *tutela*, CCC, C-113/93 (Jorge Arango Mejía), puis un décret qui évoquait la jurisprudence comme source de droit, CCC, C-131/93 (Alejandro Martínez Caballero).

<sup>2285</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 172, p. 165-166.

<sup>2286</sup> CCC, T-231/94 (Eduardo Cifuentes Muñoz), qui définit ainsi la notion : « *La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurre ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la "malversación" de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.* ». Ainsi dans la décision de 1998, la Cour rappelle, contre l'arrêt attaqué, que la *tutela* peut être utilisée hors de la violation d'un droit fondamental, en vertu de sa jurisprudence, aux conditions d'urgence et d'un risque de préjudice qui porte atteinte aux droits. La Cour reconnaît alors que la privation de liberté provoquée par une décision judiciaire, sans constituer en elle-même une atteinte à un droit, et contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation, peut faire l'objet d'une *tutela* lorsqu'est invoquée l'incompétence du juge, une « incohérence évidente » des faits avancés ou une « violation flagrante » de la procédure (CCC, T-008/98, *op. cit.*, §10).

<sup>2287</sup> CCC, C-109/95 (Alejandro Martínez Caballero), §18 : « *La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. En ello reside la función integradora de la doctrina constitucional, cuya obligatoriedad, como fuente de derecho, ya ha sido reconocida por esta Corporación*<sup>34</sup>. *Y no podía ser de otra forma, porque la Constitución no es un simple sistema de fuentes sino que es en sí misma una norma jurídica, y no cualquier norma, sino la norma suprema (CP art. 4), por lo cual sus mandatos irradian y condicionan la validez de todo el ordenamiento jurídico.* ». La Cour évoque alors la notion de décision intégrative qu'elle mobilise lorsqu'en l'absence de dispositions applicables, elle décide sans s'appuyer sur des fondements textuels.

matière de *tutelas*. Ce phénomène n'est pas propre à notre pays, car il s'est produit dans tous les États qui, dans la seconde moitié de ce siècle, ont modifié substantiellement la structure constitutionnelle du pouvoir judiciaire. Toutefois, ce qui est certain, c'est que dans ces États, tôt ou tard, les plus hautes juridictions se sont adaptées aux changements constitutionnels, ce qui dans notre pays, semble-t-il, n'est pas encore arrivé.<sup>2288</sup>

La Cour a également décidé que toutes les décisions n'ont pas de force obligatoire en tant que source de droit contraignante, distinguant le *ratio decidendi* servant à justifier la solution des « *obiter dicta* » ou des propos « dits en passant », tout en estimant que ces derniers pouvaient acquérir une telle force obligatoire lorsqu'ils portaient sur les principes et règles du droit constitutionnel<sup>2289</sup>. La Cour assume alors par la voix d'un de ses magistrats les plus marquants un rôle activiste vis-à-vis de la diffusion de l'idéal de transformation sociale qu'elle a arrimé au constitutionnalisme colombien.

## B. La production d'une image institutionnelle de la Cour

L'activisme voulu par des juges théoriciens dans les années 1990 en lien avec l'essor de la *tutela* explique la manière dont la Cour a construit un constitutionnalisme dont elle occupe le centre. Cet héritage a subsisté sous des formes différentes. L'image actuelle de la Cour doit également à une reconfiguration du lien entre droit et société par une autre composition dans les années 2000 (1). C'est petit à petit un aspect rhétorique de la jurisprudence qui est apparu (2).

### 1. Une Cour au service des classes moyennes ?

Après la première composition dont l'activisme particulier des membres a défini le rôle normatif de la Cour, une seconde génération de juges activistes est plus diverse à la fois en matière de style et de production conceptuelle. Jorge Iván Palacio Palacio (2009-2017), formé à Medellín, ancien avocat, délivre des opinions audacieuses en matière de droits de la nature et de droits autochtones<sup>2290</sup>. Rodrigo Escobar Gil (2001-2009), formé à l'université Javenaria, juriste, rend des décisions importantes en matière de protection sociale.

---

<sup>2288</sup> CCC, T-008/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz), §2 : « *Sin embargo, por razones sociológicas propias de la transformación constitucional, al momento de resolver los casos concretos, los tribunales más antiguos, cuya primacía resultaba indiscutible en el orden constitucional precedente, se niegan a adaptarse al cambio constitucional y, por lo tanto, a reconocer la competencia superior que la Carta le atribuye a la Corte Constitucional en materia de acción de tutela. Tal fenómeno no es exclusivo de nuestro país, como quiera que se ha presentado en todos los Estados que, en la segunda mitad del presente siglo, modificaron, en forma sustancial, la estructura constitucional del poder judicial. Sin embargo, lo cierto es que en esos Estados, más temprano que tarde, los más altos tribunales se adaptaron a los cambios constitucionales, lo que en nuestro país, al parecer, todavía no ha terminado de suceder* ».

<sup>2289</sup> CCC, C-836/01 (Rodrigo Escobar Gil), §2.2. Aussi, « *Los obiter dicta o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones* ». Voir également CCC, C-621/15 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), §3.6.4.

<sup>2290</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2.

La personnalité la plus marquante au sein de la Cour dans les années 2000 est Manuel José Cepeda Espinosa, qui en est membre de 2001 à 2009. Il met en œuvre les décisions structurelles et rédige certaines des décisions les plus importantes de la Cour en matière de minimum vital, vis-à-vis de la crise économique avec les décisions sur le maintien des salaires face à l'inflation et sur la taxation des biens de première nécessité, ainsi que sur la santé et les personnes déplacées<sup>2291</sup>. En outre, ses nombreuses publications en font l'un des spécialistes les plus connus du droit constitutionnel colombien<sup>2292</sup>. Mais il a aussi été conseiller du président César Gaviria auprès de la constituante et a joué un rôle crucial dans la construction puis l'adoption du texte de 1991. Son parcours est alors celui d'un juriste engagé autant que d'un conseiller du pouvoir et d'un juge<sup>2293</sup>. Il a autant participé à l'élaboration du droit qu'à un discours sur le droit et le juge, influencé par le mouvement droit et société après ses propres études aux États-Unis : une approche « réflexive » du droit vient alors nourrir la délibération au sein de la Cour<sup>2294</sup>. C'est notamment l'approche que met en œuvre le juge Cepeda dans les affaires T-760/08 relative au droit à la santé et T-025/04 relative aux personnes déplacées, avec dans les deux cas une pratique des auditions publiques et de la controverse scientifique qui vise à produire un effet sur le débat public.

La jurisprudence prend néanmoins lors de cette composition de la Cour un tournant qui a soulevé la critique du point de vue du progrès social tel qu'il avait été défini comme idéal et finalité de la Cour par sa première composition. Bien que son accès facilité ait participé à en faire une voie privilégiée de la contestation de la situation dans laquelle se trouvent les plus démunis, la *tutela* a pu être utilisée par les classes moyennes et nourrir alors une critique en instrumentalisation des droits sociaux<sup>2295</sup>. Pablo Rueda a observé que l'évolution du discours de la Cour constitutionnelle pouvait

---

<sup>2291</sup> Voir *supra*.

<sup>2292</sup> Voir notamment M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n° 4, 2004, p. 529-700. M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017.

<sup>2293</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009, p. 50-55, à partir d'entretiens avec Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>2294</sup> Voir *infra*, chapitre 7, section 2, §2, B., 2.

<sup>2295</sup> Voir par exemple C. BERNAL PULIDO, « The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court », *International journal of constitutional law blog*, 31 octobre 2018, en ligne <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/> (consulté le 28 septembre 2020). Voir également D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 172, p. 229s.

Un phénomène similaire a été observé dans les années 1990 avec la *public interest litigation* en Inde, A.K. THIRUVENGADAM, « Swallowing a bitter PIL? Reflections on progressive strategies for Public Interest Litigation in India », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VIJJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 519-531. Pour une analyse empirique plus nuancée, du fait de la faible quantité de recours de ce type, voir V. GAURI, « Public interest litigation in India: Overreaching or underachieving? », *World Bank, Policy Research Working Papers*, n° 5109, 2009.

expliquer l'essor de la *tutela* en matière de droit à la santé<sup>2296</sup>. Dans la première moitié des années 1990, l'utilisation rare du concept de minimum vital en matière de droit à la santé, lequel est défini par la connectivité à d'autres droits et sans lien avec les ressources des requérants, se fait par une concrétisation importante et donne lieu à peu de demandes. Les recours sont plus nombreux à mesure que l'argument principal en matière de droit à la santé devient le minimum vital, avec un discours normatif plus abstrait sur la dignité humaine et l'État social de droit ; les requérants et leur qualification par le juge changent aussi, pour inclure des groupes vulnérables et plus seulement des individus très marginalisés lors d'affaires dramatiques. De même, le champ sémantique glisse de la subsistance vers l'intégrité, l'autonomie puis la justice sociale, l'égalité et l'État social. Enfin, à la suite de la crise économique de 1998, le droit à la santé devient une demande fréquente, lors d'affaires devant les juges ordinaires qui concernent en majeure partie les soins privés au sein du système de santé<sup>2297</sup>.

Pour Pablo Rueda, le nombre de demandes provient de la formulation des principes et des droits autant que de l'intégration en leur sein, par le juge, des exigences d'un contentieux de masse, avec une abstraction et une généralisation du discours judiciaire où l'importance des droits sociaux pour la survie est le principal élément de contenu donné<sup>2298</sup>. À l'inverse, à mesure que le recours au minimum vital devenait courant, la Cour a de moins en moins pu s'appuyer sur des faits dramatiques pour légitimer ses décisions normatives<sup>2299</sup>. L'autonomie du concept de droit fondamental dans la jurisprudence gagne alors une explication discursive au-delà de l'idée d'une progression interprétative. Comme le note la Cour en 2008 dans la décision qui vise à proposer un cadre normatif à la question, il y avait 21.000 *tutelas* relatives au droit à la santé en 1999, représentant 24,7% du contentieux, puis 81.000 en 2005, en augmentation constante, pour 36,1%<sup>2300</sup>. Les affaires visent alors à inclure dans le système de santé des soins médicaux dont le remboursement a été refusé par des entreprises privées. Les demandes proviennent au trois quarts de personnes qui ont un travail formel, alors même qu'elles représentent un tiers de la population<sup>2301</sup>.

Une critique que l'on pourrait qualifier de discursive, qui nuance l'activisme de la Cour constitutionnelle de Colombie en matière de transformation sociale. Les décisions rendues dans le

---

<sup>2296</sup> P. RUEDA, « Legal Language and Social Change During Colombia's Economic Crisis », *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2013, p. 25-50.

<sup>2297</sup> A. YAMIN, O. PARRA-VERA, « Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, n° 2, 2010, p. 431-460, p. 443-444.

<sup>2298</sup> P. RUEDA, « Legal Language and Social Change During Colombia's Economic Crisis », *op. cit.* note 216, p. 35s.

<sup>2299</sup> *Ibid.*

<sup>2300</sup> CCC, T-760/08 (Manuel José Cepeda Espinosa), §6.

<sup>2301</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 172, p. 257.



contrôle abstrait portent sur la validité des décrets et des lois, que le juge peut annuler. En revanche, l'étude des décisions les plus emblématiques ne doit pas masquer que la Cour rend un grand nombre de décisions en *tutela* avec un effet *inter partes*, puisqu'il s'agit d'une résolution de litiges individuels, tandis qu'une faible partie des décisions est dotée d'un effet *inter communis*, c'est-à-dire pour toutes les personnes situées dans la même position<sup>2302</sup>. Ce second type de décision correspond aux principaux revirements et aux décisions qui visent à fournir une nouvelle interprétation, telles les décisions T-025/04 et T-760/08 sans parler de l'état de fait inconstitutionnel, même si la différence est parfois ténue et peu explicitée. Deux nuances doivent alors être apportées. D'une part, certaines décisions sont dotées d'un effet *inter partes* du point de vue de leur dispositif mais proposent de nouvelles interprétations, qui peuvent être utilisées dans des décisions ultérieures, à l'image notamment des décisions des années 1990 qui ont construit l'approche conceptuelle des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour. D'autre part, certaines décisions se présentent comme ayant un effet *inter partes* alors que leur dispositif peut viser à la résolution d'un problème plus large au sein des politiques publiques<sup>2303</sup>. Le problème est alors autant une difficulté de fond qu'un biais méthodologique dans les études qui reposent sur un sophisme en prenant la partie pour le tout lorsqu'elles étudient des décisions exceptionnelles « dont le nombre n'est pas pertinent dans l'univers des droits socioéconomiques<sup>2304</sup> ». Il s'agit d'une critique ancienne en droit comparé, du point de vue des défenseurs de l'empirisme, de ce qui est parfois qualifié de *cherry-picking*, soit la sélection d'affaires qui ne sont pas nécessairement représentatives de la jurisprudence<sup>2305</sup>. Une critique de l'efficacité ou de l'effectivité des droits insiste d'ailleurs sur la faible quantité de *tutelas* que représente la Cour dans l'ordre juridique colombien et sur l'absence de données sur leur respect par les décisions sur la Cour sur la première instance<sup>2306</sup>.

Cette critique repose souvent sur un présupposé relatif à la finalité même de l'activisme judiciaire : elle peut mettre en cause non seulement l'effectivité supposée des droits à partir des

---

<sup>2302</sup> P. MORENO-CRUZ, D. GONZÁLEZ MEDINA, « The acción de tutela and the enforcement of socio-economic rights: a matter of perception? », *op. cit.* note 181, p. 46-47.

<sup>2303</sup> Voir M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, *op. cit.* note 212, p. 36s.

<sup>2304</sup> P. MORENO-CRUZ, D. GONZÁLEZ MEDINA, « The acción de tutela and the enforcement of socio-economic rights: a matter of perception? », *op. cit.* note 181 p. 55 : « *which the number is almost irrelevant in the universe of the decisions on socio-economic rights* »

<sup>2305</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1, §1.

<sup>2306</sup> P. MORENO-CRUZ, D. GONZÁLEZ MEDINA, « The acción de tutela and the enforcement of socio-economic rights: a matter of perception? », *op. cit.* note 181, p. 51 : « *There are, to date, no existing completed studies on the efficacy of the Constitutional Court's decisions relating to tutelas involving socio-economic rights. This Court work is blind, to some extent, to the efficacy of its decisions. In fact, there is no evidence on the compliance of the Constitutional court decisions or on the compliance of other judges' decisions on socio-economic rights.* »

quelques cas à l'étude, mais l'effectivité même des droits sociaux en général<sup>2307</sup>. Que celle-ci soit réelle ou non, le succès de la *tutela* trouve une explication dans la « perception » qu'en ont les justiciables et les acteurs de la culture juridique colombienne<sup>2308</sup>, et dont la simplicité procédurale, de même que l'ouverture de l'invocabilité des droits par le juge, n'a été qu'un adjuvant. La Cour constitutionnelle a en effet créé une image d'elle-même que Pablo Moreno-Cruz et Diego González-Medina qualifient « d'un pouvoir de séduction » nourri d'un « cercle vicieux<sup>2309</sup> » : en se présentant comme la gardienne des droits par la *tutela*, et en ouvrant l'accès à celle-ci, la juridiction a produit l'augmentation des demandes qui renforcent la crédibilité de son récit tout en lui donnant l'occasion de l'affirmer encore, tout en ne reposant, en réalité, que sur la médiatisation qui accompagne quelques grandes décisions<sup>2310</sup>. Dans une inversion de cause à effet typique des discours juridiques, l'action transformative du juge se confond alors avec l'image qu'il renvoie en tant que juge transformateur. La hausse des demandes en *tutela* n'est pourtant pour les auteurs qu'un « phénomène bureaucratique » par lequel les citoyens formulent leurs demandes à l'administration, alors même qu'il représente, en particulier pour les juridictions de première instance, un travail considérable qui les pousse à décider plusieurs affaires par jour<sup>2311</sup>. En des termes similaires, l'ancien membre de la Cour et universitaire Carlos Bernal Pulido a parlé d'un « paradoxe » du constitutionnalisme transformateur puisque le juge ne peut réaliser la transformation en n'ayant à sa disposition que la résolution de litiges individuels ou des décisions structurelles peu nombreuses, mais doit dans le même temps continuer à le faire pour ne pas sembler renier les objectifs constitutionnels<sup>2312</sup>.

## 2. Une jurisprudence rhétorique ?

Une deuxième difficulté apparaît, non sans lien avec la première relative au faible nombre et à l'aspect individuel des décisions. Sans préjuger de la réalité de l'action de la Cour sur la réalité

---

<sup>2307</sup> Pablo Moreno-Cruz et Diego González-Medina oscillent en effet entre une position purement procédurale visant à reprocher aux études de ne pas reposer sur des données empiriques relativement à la jurisprudence de la Cour et plus largement des juridictions rendant des *tutelas*, et une position sceptique estimant que l'effectivité des droits sociaux relève d'une perception et ne repose sur aucune données empiriques (*Ibid.*, p. 54), ce qui sont deux choses différentes. Les deux auteurs semblent par ailleurs associer la hausse du nombre de *tutelas* à une insatisfaction croissante des justiciables (*Ibid.*, p. 61), alors que ces deux phénomènes peuvent être décorrélés et montrer plutôt une hausse du recours à la voie judiciaire.

<sup>2308</sup> P. MORENO-CRUZ, D. GONZÁLEZ MEDINA, « The acción de tutela and the enforcement of socio-economic rights: a matter of perception? », *op. cit.* note 181, p. 54-55.

<sup>2309</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>2310</sup> *Ibid.*, p. 59 : « throughout its existence, the Constitutional Court has created a very positive image of itself in academia and legal practices inspired, in part, by the "idea of the living law" and the "transformative power of law." These ideas came hand-in-hand with the Constitutional Court from its very first rulings. In fact, since 1992, the Court has interpreted the Constitution as a normative and political document aimed at social transformation. Before it, the law was conceived as static and with little potential for bringing about real change. The first composition of the Constitutional Court brought with it a new vision of the law as dynamic and transformative. »

<sup>2311</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>2312</sup> C. BERNAL PULIDO, *The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court*, *op. cit.* note 215

sociale<sup>2313</sup>, il est possible d'observer la nature hétérogène du discours que produit la Cour d'un point de vue interne au contentieux constitutionnel. Le discours judiciaire paraît alors aussi riche qu'éventuellement contradictoire, ce qui s'observe entre les décisions qui peuvent produire des justifications différentes<sup>2314</sup>. Les dissidences sont rares en *tutelas*, puisqu'elles sont rendues par trois juges dans un délai serré, mais apparaissent bien plus fréquemment à l'issue du contrôle abstrait<sup>2315</sup>. Il peut enfin s'agir d'incohérences au fil du raisonnement d'une motivation<sup>2316</sup>. Plus largement, la production d'une jurisprudence chargée en notions philosophiques et sociales sort le discours judiciaire d'une vérification de l'ordre de la logique, si celle-ci était possible. Ces notions sont de fait intégrées par le juge à la construction normative et deviennent donc du droit, mais le caractère novateur de ce déplacement désamorce les lectures juridiques habituelles. En assumant plusieurs lectures de la Constitution et surtout plusieurs constructions normatives, la Cour présente le biais inverse de l'incertitude : un foisonnement difficile à synthétiser. En retour, les fondements invoqués par la Cour qui relèvent du domaine traditionnel du raisonnement juridique apparaissent friables, ainsi de l'autonomie, de l'égalité ou de l'État social mobilisés ensemble ou indifféremment<sup>2317</sup>, sans même parler de la pratique, courante dans les affaires les plus célèbres, à viser plusieurs dizaines de droits, principes et valeurs constitutionnels reliés au texte puis motivés à l'aide de la construction plus large que donne à voir la Cour<sup>2318</sup>. La lecture des longues décisions fait parfois perdre de vue au lecteur positiviste ou traditionnel le fondement précis sur lequel le juge s'appuie. Les décisions fondatrices des droits sociaux, elles, présentaient un raisonnement plus serré semblable à une démonstration conceptuelle<sup>2319</sup>.

La Cour produit donc un discours sur le lien avec la société qui se distingue des théorisations des années 1990, plus conceptuelles, plus succinctes également. Il est possible de lier la longueur des décisions produites et la quantité de demandes que suscite le contentieux constitutionnel. La décision T-025/04 sur les populations déplacées répond à 109 demandes, certaines présentées par plusieurs dizaines de personnes et a également donné lieu à une forte inclusion de la société civile,

---

<sup>2313</sup> Pour la persistance des inégalités malgré la constitutionnalisation des droits, voir *supra*, chapitre 3, et pour une étude détaillée des effets des décisions colombiennes et sudafricaines, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>2314</sup> Voir par exemple sur l'avortement, *supra*, chapitre 5, section 2, §2, B., 2.

<sup>2315</sup> Voir par exemple sur le rôle de la Cour dans l'intervention économique de l'État, *infra* chapitre 4, section 1, §2, A., 2.

<sup>2316</sup> C'est par exemple le cas de la décision pourtant célèbre T-622/16 qui proclame une vision écocentrique et mobilise des droits bioculturels tout en adoptant sur le fond une approche typique de celle qui viserait à protéger les peuples autochtones, tout en relisant une jurisprudence antérieure pourtant biocentrique de manière biaisée afin de fonder son raisonnement, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2, B.

<sup>2317</sup> Par exemple, en envisageant la drogue sous l'angle de la liberté et de l'autonomie, opposées à la vertu supposément imposée par l'État, puis de la santé et de la difficulté à faire le choix éclairé de vivre dans la rue, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1, B., 4.

<sup>2318</sup> Le cas typique est celui de la décision T-622/16 relative au fleuve Atrato, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2.

<sup>2319</sup> C'est notamment le cas des décisions T-406/92 et T-426/92, voir *supra*, chapitre 5, §2, A., 2.

notamment au stade de l'exécution<sup>2320</sup>. La décision T-760/08 sur le droit de la santé présente plusieurs centaines de pages pour vingt-deux requêtes et répondait aux milliers de *tutelas* en la matière depuis 1998. La décision C-055/22 qui rend l'avortement légal dans le pays est typique à cet égard, en plaçant la Cour au milieu du débat public afin de revenir sur sa propre jurisprudence en théorisant les évolutions normatives et sociales au cœur de la jurisprudence<sup>2321</sup>. Avant la décision, des milliers de manifestants se relayaient sur la place Bolivar en face de la juridiction. La décision elle-même est particulièrement longue même pour les standards de la Cour, avec six-cent cinquante-quatre paragraphes dans l'opinion majoritaire et huit opinions concordantes qui ajoutent à la décision un corpus à peu près équivalent en taille. La Cour joint également vingt-quatre annexes constituant cinquante-deux demandes d'audience publique et trois-cent quatre-vingt-quatre demandes d'intervention de citoyens, d'organisations et d'experts, parfois jointes, représentant une liste de près d'un millier de noms, ainsi que plusieurs milliers de messages libres à l'encontre de la requête. La décision T-622/16 sur les droits de la nature n'échappe pas à cette tendance avec près de deux pages et trois cents notes.

Le droit apparaît alors parfois comme une rhétorique politique et sociale d'un genre particulier au sein des actes de communication publics non par la nature du jugement, mais par sa structure du jugement – un litige particulier, une justification et un dispositif. La Cour produit des raisons qui vont au-delà de la fonction associée au jugement par les théories principielles : c'est une explication et une persuasion. Il apparaît alors que la fabrique du droit – c'est-à-dire le fonctionnement institutionnel relié à la production normative – explique l'activisme judiciaire de manière empirique. L'hétérogénéité du discours mais également sa spécificité discursive tiennent en partie au fonctionnement de la Cour. Les juges non seulement rendent des opinions, mais laissent plus ou moins de libertés aux magistrats auxiliaires de leurs équipes qui peuvent les rédiger, parfois par morceaux<sup>2322</sup>. Les équipes des magistrats jouent à cet égard un rôle important dans la production de la jurisprudence. Les neuf juges de la Cour disposent aujourd'hui chacun d'une équipe (*equipos*) de 16 à 22 personnes, composée de quatre magistrats auxiliaires et de juristes assistants, souvent plus jeunes et parfois spécialisés, qui se répartissent les décisions en plusieurs groupes<sup>2323</sup>.

---

<sup>2320</sup> Voir *infra*, chapitre 7, section 2, §2, B.

<sup>2321</sup> CCC, C-055/22 (Antonio José Lizarazo Ocampo et Alberto Rojas Ríos). Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1. sur les fondements utilisés (le droit à la santé, l'« autonomie reproductive » et la liberté de conscience, notamment) et chapitre 5, section 2, §1, A., 2., sur la justification apportée au revirement par rapport à la décision de 2006 (le changement de contexte normatif, provoqué par la Cour elle-même, et le changement d'interprétation de la norme de référence par l'interprétation des fondements par la Cour là encore).

<sup>2322</sup> Entretien avec Luis Carlos et Andrés Quitian, *op. cit.*

<sup>2323</sup> Entretien avec Andrés Gutierrez, *op. cit.*

L'activisme, lié au discours et à l'élaboration conceptuelle, dépend alors directement des moyens mis à disposition des juges afin de décider : la Cour disposant de l'autonomie budgétaire<sup>2324</sup>, elle a pu se constituer en institution forte au sein de l'ordre juridico-politique colombien. Il n'y avait que deux assistants par juges en 1992, mais leur désignation par chaque juge fait qu'ils restent souvent durant un terme entier voire qu'ils passent d'un juge à l'autre en fonction des départs et nouvelles nominations : certains assistants travaillent à la Cour depuis sa création<sup>2325</sup>. Par exemple, un assistant d'Eduardo Cifuentes Munoz puis plus tard de Manuel Jose Cepeda Espinosa est Rodolfo Arango, spécialiste des droits sociaux, qui élabore ensuite comme professeur une théorie des droits proche de celle de Robert Alexy dont il reçoit les enseignements durant sa thèse en Allemagne<sup>2326</sup>. Il est courant chez les juristes et les jeunes assistants des membres de la Cour d'estimer la position progressiste ou conservatrice d'un juge en fonction de l'université où il a étudié et enseigné : ainsi les universités Los Andes, Rosario, Javienara et Externado donnent les juristes les plus progressistes tout en étant les plus prestigieuses<sup>2327</sup>. Mais il suffit de se promener dans le quartier des universités de Bogotá, de voir les nombreuses librairies juridiques et les sections dédiées dans les librairies généralistes, pour comprendre que le discours des droits est profondément installé. Il se forme au sein de la Cour et dans les grandes universités de Bogotá un discours constitutionnaliste dominant qui soutient l'activisme judiciaire.

Après les constructions conceptuelles des années 1990, leur inscription juridique se fait par la configuration entre droit et société telle qu'elle est réalisée dans les années 2000. Mais l'aspect rhétorique de la Cour doit aussi beaucoup à un autre courant plus militant qui s'incarne dans la jurisprudence au même moment et qu'incarne Rodrigo Uprimny. Il a étudié à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à l'université d'Amiens dont il est docteur en économie, et n'a pas été membre à part entière, malgré une candidature en 2010 écartée par le Sénat, mais magistrat auxiliaire de 1994 à 2005 puis « Conjuez », un statut permettant de rendre des décisions au nom de la Cour à la demande de sa présidence. Rodrigo Uprimny rédige ainsi certaines des opinions les plus originales et les plus explicites en matière de théorie du droit, tout en exprimant avec une rare transparence le raisonnement judiciaire. En outre, le juriste a beaucoup écrit en dehors de la Cour. Son rôle dans l'ONG DeJusticia, ses éditoriaux dans le journal El Espectador et ses écrits académiques en font une

---

<sup>2324</sup> *Ibid.*

<sup>2325</sup> *Ibid.* Voir également D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 172, p. 175s.

<sup>2326</sup> R. ARANGO RIVADENEIRA, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, 2005

<sup>2327</sup> Entretien avec Luis Carlos et Andrés Quitian, *op. cit.* David Landau, *op. cit.*, p. 176, note que les magistrats auxiliaires et assistants viennent à 85% de ces universités bogotaines.

commentateur – et donc également un producteur - de premier plan du constitutionnalisme colombien<sup>2328</sup>.

Une forme particulière d'émotion apparaît dans ses opinions lorsque le juge fait le récit de son propre raisonnement. La décision T-1207/01, rendue par Rodrigo Escobar Gil est assez banale : elle reprend la jurisprudence de la Cour pour accorder un droit subjectif à la santé à trois requérants séropositifs à qui étaient refusés des soins, au motif d'un lien connexe avec le droit à la vie, qui est reconnu comme un droit fondamental invocable par les justiciables. On notera, du point de vue de l'émotion, le passage de la décision qui met en avant les difficultés économiques des requérants, qui bien que travaillant n'ont pas de quoi atteindre un minimum nécessaire à la vie quotidienne, ni ne peuvent avoir accès à des soins hors de l'aide publique (qui leur est ici refusée). L'un des trois requérants est mort du Sida durant la procédure. La Cour assume une décision *in concreto* en écartant les dispositions du *plan obligatorio de salud* (POS), mais la décision est surtout intéressante pour l'opinion concordante de Rodrigo Uprimny. Écrivant à la première personne dans ce qui est bien la partie d'un jugement, il fait part de sa difficulté à assumer la décision, même si elle n'est jamais que la suite d'un précédent qui « peut paraître facile, y compris à un étudiant de première année de droit<sup>2329</sup> ». Mais le juge a entendu les critiques qui pèsent sur la Cour, en ce qu'accorder des demandes individuelles relativement à la santé, en l'état des ressources publiques, affecte la réalisation des droits pour tous les Colombiens. C'est un cas de conscience dont fait part le juge :

La décision [...] peut sembler facile, y compris à un étudiant en première année de droit, car il ne s'agit en apparence que d'appliquer une doctrine constitutionnelle établie par cette Cour presque depuis ses premières décisions. Néanmoins, je pense que le problème n'est pas si simple à résoudre, du moins de mon point de vue. Ces décisions en matière de santé soulèvent des questions éthiques et juridiques très difficiles pour moi, et me mettent donc dans une situation inconfortable. La raison de ce malaise, voire de cette perplexité, est la suivante : je partage la vocation humaniste de la

---

<sup>2328</sup> Voir C.R. GARAVITO, M. GARCÍA-VILLEGAS, R. UPRIMNY, « Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts », in L.M. FRIEDMAN, R. PÉREZ-PERDOMO (dir.), *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford, Calif, Stanford University Press, 2003. R. UPRIMNY YEPES, M. GARCÍA VILLEGAS, « Corte Constitucional y emancipación social en Colombia », in B. DE SOUSA SANTOS (dir.), *Emancipación Social y Violencia en Colombia*, Editorial Norma, 2004. R. UPRIMNY YEPES, « The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court : Cases and Debate », *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor ?*, Ashgate, 2006, p. 127-151. R. UPRIMNY YEPES, « Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks », *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, n° 6, 2007, p. 52-69. M. GARCÍA VILLEGAS, R. UPRIMNY, « Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia », *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, 2007. R. UPRIMNY YEPES, « The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America : Trends and Challenges », *Texas Law Review*, vol. 89, n° 7, 2011, p. 1587-1610. R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », in S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011, p. 39-54.

<sup>2329</sup> CCC, T-1207/01.

jurisprudence de cette Cour, qui cherche à faire des droits sociaux une réalité, afin qu'ils ne restent pas de papier. Toutefois, je suis également conscient des faiblesses juridiques et politiques de la doctrine constitutionnelle actuelle sur le droit à la santé en tant que droit fondamental, qui ont été mises en évidence par de nombreuses critiques des travaux de la Cour dans ce domaine.<sup>2330</sup>

Plus largement, Rodrigo Uprimny estime que le juge doit faire part de ses « doutes et perplexités<sup>2331</sup> » afin de participer au dialogue constitutionnel sur les droits :

[n]ous, juges, ne devons pas cacher nos doutes et nos perplexités. Je crois qu'il est socialement plus utile de rendre ces perplexités explicites afin de stimuler des débats sociaux et académiques qui enrichissent la jurisprudence. Le but de cette opinion concordante est donc d'explicitier mes doutes sur la jurisprudence constitutionnelle actuelle en matière de santé, afin de contribuer au dialogue constitutionnel permanent qui devrait avoir lieu entre les juges constitutionnels et la société.<sup>2332</sup>

Un autre exemple de ce type d'expressivité est donné par Rodrigo Uprimny dans une opinion concordante à une décision autorisant une périnéoplastie non vitale, et jugeant le droit à la santé justiciable par connexité malgré son coût. Rodrigo Uprimny évoque explicitement la légitimité du juge et l'exigence d'une justification convaincante dans une démocratie délibérative<sup>2333</sup>. Le juge estime alors qu'il faut, contrairement à la jurisprudence antérieure, contrôler les atteintes aux droits sociaux en les confrontant au principe d'égalité et non seulement aux droits eux-mêmes et à la dignité, ce qui amène à ne pas considérer les conséquences en matière de coûts. Mais rejetant tout autant une lecture « rationaliste » inspirée des « théories économique du droit »<sup>2334</sup>, Rodrigo Uprimny estime que ce raisonnement doit considérer l'égalité de dignité, renvoyant à « Rawls, Dworkin ou Sen »<sup>2335</sup>. Dès lors, le juge soutient la décision en principe et malgré ses implications pratiques, « afin de stimuler le débat créatif qui permet de construire la meilleure dogmatique

---

<sup>2330</sup> *Ibid.* : « La decisión del presente asunto puede parecer fácil, incluso para un estudiante de primer año de derecho, pues aparentemente se trata únicamente de aplicar una doctrina constitucional, establecida por esta Corte casi desde sus primeras decisiones. Sin embargo, creo que el problema no es tan sencillo de resolver, al menos desde mi perspectiva. Y es que estas sentencias de salud me suscitan unos interrogantes éticos y jurídicos muy difíciles, y por ello me ponen en una situación incómoda. La razón de esa incomodidad, e incluso perplejidad, es la siguiente: comparto la vocación humanista de esta jurisprudencia de la Corte, que busca hacer realidad los derechos sociales, a fin de que éstos no se queden en el papel. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de la actual doctrina constitucional sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo. »

<sup>2331</sup> *Ibid.*

<sup>2332</sup> *Ibid.* : « ... los jueces no debemos ocultar nuestras dudas y perplejidades. Creo que es socialmente más útil explicitar esas perplejidades con el fin de estimular debates sociales y académicos que enriquezcan la jurisprudencia. La finalidad de esta aclaración de voto es entonces explicitar mis dudas sobre la actual jurisprudencia constitucional en materia de salud, con el fin de contribuir al diálogo constitucional permanente que debe existir entre los jueces constitucionales y la sociedad. »

<sup>2333</sup> La démocratie délibérative est alors associée à Carlos Nino, T-654/04 (Marco Gerardo Monroy Cabra), opinion concordante de Rodrigo Uprimny, §13.

<sup>2334</sup> *Ibid.*, §12.

<sup>2335</sup> *Ibid.*, §12.

constitutionnelle possible<sup>2336</sup> ». L'émotion du juge entre alors – sans préjuger de sa sincérité – dans une mise en scène du raisonnement judiciaire, explicitant le mécanisme psychologique qui travaille la prise de décision, dans le contexte social auquel la Cour choisit de fait face.

Depuis les années 2010, la Cour connaît une période marquée par un discours plus mesuré, mais les décisions audacieuses des débuts ont intégré une jurisprudence qui n'a pas été démentie, formant une culture institutionnelle forte. L'usage de l'émotion y est moins important mais l'activisme ne réduit pas pour autant. Antonio José Lizarazo Ocampo (2017-...), ancien magistrat auxiliaire de la Cour, a rendu notamment la décision autorisant l'avortement en 2022<sup>2337</sup> ainsi que des décisions relatives à la fin de vie<sup>2338</sup> ou protégeant le droit à la santé et à la sécurité sociale<sup>2339</sup>, sa spécialité étant plutôt le droit pénal. Alberto Rojas Ríos (2013-2022) rend des décisions en matière de droit à la santé et à la pension ainsi que la décision célèbre enjoignant à l'administration de fournir des protections hygiéniques aux femmes vivant dans la rue<sup>2340</sup>. À côté de ces juges mesurés, des juges assument un discours conservateur<sup>2341</sup>. C'est le cas d'Alejandro Linares Cantillo (2015-...), diplômé de l'université Los Andes, qui a occupé différents postes de juriste dans l'administration et a été vice-ministre, ainsi que de Cristina Pardo Shlesinger (2022-...), qui a été formée à l'université Rosario, ancienne avocate et conseillère juridique du président Santos. C'est également le cas de Carlos Bernal Pulido (2017-2021), universitaire, docteur de l'université Salamanque en Espagne, professeur à l'université Externado, auteur de nombreuses publications et d'un ouvrage reconnu sur le principe de proportionnalité en s'inspirant des doctrines espagnoles et allemandes<sup>2342</sup>. Déjà en 1992, trois juges sont considérés comme conservateurs durant la première période de l'activisme de la Cour : Vladimiro Naranjo Mesa, Jorge Gregorio Hernandez et Hernando Herrera, avec une influence limitée mais parfois visible, à l'occasion notamment de la décision qui censure la loi

---

<sup>2336</sup> *Ibid.*, §34 : « Por todo lo anterior, decidí apoyar la decisión de tutelar los derechos de la peticionaria y ordenar que se practicara la intervención quirúrgica denominada "Perineoplastia", a pesar de que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud. Pero las dudas que me suscita la doctrina de la Corte sobre la salud como derecho fundamental por conexidad me han obligado a realizar esta extensa aclaración de voto, que retoma y profundiza en la postura que manifesté en noviembre de 2001, con el fin de estimular un debate creativo que permita construir la mejor dogmática constitucional posible sobre la protección judicial de este derecho. »

<sup>2337</sup> CCC, C-055/22 (Antonio José Lizarazo Ocampo et Alberto Rojas Ríos).

<sup>2338</sup> Voir CCC, T-721/17 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, C-233/21 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>2339</sup> Voir CCC, T-258/19 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, T-288/19 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, T-620/19 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, T-206/19 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, T-490/20 (Antonio José Lizarazo Ocampo). CCC, T-194/21 (Antonio José Lizarazo Ocampo).

<sup>2340</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, A.

<sup>2341</sup> Pour une analyse de ces conflits, voir *infra*, chapitre 8, section 2, §2, B., 2.

<sup>2342</sup> C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014. Voir également C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, L'Harmattan, Droit comparé, 2015, trad. A. Martin. C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, L'Harmattan, 2015. C. BERNAL PULIDO, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 20, 2018.



excluant les personnes de même sexe de l'union civile mais refusant explicitement de l'assimiler au mariage ou d'exiger du législateur qu'il étende la définition du mariage<sup>2343</sup>.

À l'inverse, Diana Fajardo Rivera (2017-...), juriste et politologue formée à l'université Los Andes, qui a occupé divers postes de juristes dans l'administration, nommée présidente de la Cour en 2021, a incarné un discours des droits particulièrement offensif et entretenu la controverse sur l'activisme au sein de la Cour<sup>2344</sup>. Son style est plus serré que celui des magistrats emblématiques des années 1990 : la juge s'appuie sur la jurisprudence antérieure pour élaborer des critères rationnels, y compris sur les droits substantiels, illustrant la dynamique cumulative de la jurisprudence de la Cour qui exige une justification moins théorique avec le temps. Diana Fajardo a par exemple rendu une opinion dissidente lorsque la Cour rejetait une demande contestant la différence d'imposition entre les actifs et les retraités, en particulier le fait que le taux soit fixe pour ces derniers. Selon la requête, les retraités touchant une pension minimale se trouveraient dans une situation d'inégalité vis-à-vis des actifs, qui bénéficient de taux différenciés selon le niveau de revenu, ainsi que vis-à-vis des retraités touchant de meilleures pensions. La juge Fajardo admet alors l'inconstitutionnalité sur le fondement du principe d'équité fiscale et du minimum de subsistance. Outre une lecture serrée de l'effet des taux d'imposition sur les différentes catégories de revenus, la juge élargit le spectre du droit à un minimum vital en y voyant le fondement de la réalisation des autres droits et en estimant que lorsqu'il s'en voit privé, « l'individu est relégué dans la marginalisation sociale et la discrimination et risque ainsi de subir des dommages irréparables ou de périr devant sa propre impuissance<sup>2345</sup> ».

L'essor de la Cour constitutionnelle est donc un phénomène institutionnel, relié au phénomène bureaucratique qu'est la *tutela*, à quelques juges innovants, et à la structuration progressive d'un milieu juridique autour de la Cour, qui elle-même pouvait s'appuyer sur une tradition juridique ancienne pour s'imposer vis-à-vis du pouvoir politique<sup>2346</sup>. Aussi le discours de la Cour n'est pas seulement adressé au gouvernement ou aux justiciables mais également aux juristes eux-mêmes ; il agit sur les magistrats eux-mêmes comme une culture institutionnelle forte. Le rôle joué par les décisions étrangères est alors mineur comparé aux attentes qui pèsent sur les magistrats

---

<sup>2343</sup> CCC, C-098/96 (Eduardo Cifuentes Muñoz), rendue à l'unanimité, voir notamment l'opinion concurrente de Jorge Gregorio Hernandez. De même, la décision annulant une loi excluant les personnes du même sexe de l'adoption n'est rendue qu'à cinq voix contre quatre, CCC, C-814/01 (Marco Gerardo Monroy Cabra), voir l'opinion dissidente de Manuel Jose Cepeda, Jaime Cordoba Trivino et Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>2344</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §2, B., 2.

<sup>2345</sup> CCC, C-146/18 (José Fernando Reyes Cuartas), opinion dissidente de Diana Fajardo Rivera, §3 : « *la conexidad entre el mínimo vital y el ejercicio de otros derechos fundamentales es manifiesta en todos aquellos supuestos en los que, ante insuficiencia de recursos que permitan la existencia, se relega al individuo a la marginación social y la discriminación y, de esta manera, se le coloca en riesgo de sufrir perjuicios irremediables o perecer ante su propia impotencia* ».

<sup>2346</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

vis-à-vis de la représentation de la Cour qu'ils se sont faite et qui est faite dans le système juridique et politique colombien<sup>2347</sup>. Les juges progressistes se sont installés non pas seulement du fait de la domination d'une idéologie, mais aussi d'une construction et d'une image collectives. Dès lors, même les juges politiquement conservateurs suivent le récit progressiste car il n'est plus politiquement progressiste, il est devenu une pratique professionnelle, l'habitus d'une communauté professionnelle<sup>2348</sup>. Ainsi des juges vus comme conservateurs ont pu rendre des décisions importantes pour la protection des personnes homosexuelles<sup>2349</sup> ou pour les droits sociaux<sup>2350</sup>. C'est exactement la fonction du discours juridique : ce qui était de l'idéologie devient admis comme du droit. L'élaboration de la règle du précédent par la Cour a encore renforcé ce phénomène.

## §2. La prudence de la Cour sud-africaine

Une caractéristique de l'activisme de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud tient à l'économie particulière de son discours, tant en termes de quantité, plutôt rare (A) qu'en termes de qualité, avec une spécificité sensible (B).

### A. Un discours rare

La prudence de la Cour apparaît dans son accès, qu'elle a elle-même restreint (1), et dans l'économie de son discours (2).

#### 1. Un accès difficile

Une spécificité sud-africaine tient à la rareté de la parole de la Cour, si bien que son activisme est à la fois d'une faible surface et incomplet par nature. Si quelques grandes décisions de la Cour en matière de droits sociaux ou d'égalité sont notables, elles restent peu nombreuses, surtout en comparaison avec d'autres juridictions constitutionnelles et en particulier celle de Colombie, du fait

---

<sup>2347</sup> *Ibid.*, et entretien avec Andrés Gutierrez, *op. cit.*, entretien avec Luis Carlos et Andrés Quitian, *op. cit.*

<sup>2348</sup> Les magistrats auxiliaires interrogés insistent sur l'impossibilité pour les juges conservateurs ou sceptiques de revenir sur la jurisprudence sociale de la Cour, entretien avec Andrés Gutierrez, *op. cit.* David Landau tire de ses propres entretiens une autre explication : alors que la spécialisation des branches du droit mène à la Cour des juristes qui ne sont pas spécialistes du droit constitutionnel, ceux-ci reposent largement sur leurs équipes, tandis que la complexité des questions rend difficile l'élaboration d'une nouvelle jurisprudence, D. Landau, *op. cit.*, p. 180.

<sup>2349</sup> Voir par exemple les décisions de Fabio Moron Diaz et Vladimiro Naranjo Mesa, *supra*, chapitre 4, section 1, §1, A., 1.

<sup>2350</sup> Voir par exemple sur la malnutrition des enfants CCC, T-466/16 (Alejandro Linares Cantillo).

Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo et Carlos Bernal Pulido signent par exemple une décision favorable pour une personne âgée et analphabète qui s'est vu refuser une opération par une entreprise de santé dans CCC, T-380/17 (Carlos Bernal Pulido). Voir également, signée par les mêmes magistrats à propos d'un droit à pension, CCC, T-678/17 (Carlos Bernal Pulido). Voir également, signée par Luis Guillermo Guerrero Pérez, Carlos Bernal Pulido et Diana Fajardo Rivera, sur les peuples autochtones dans le Chocó, CCC, T-080/18 (Carlos Bernal Pulido).

Voir également l'opinion dissidente de Cristina Schlesinger jugeant inconstitutionnelle la non-dégressivité de l'impôt pour les retraités, CCC, C-146/18 (José Fernando Reyes Cuartas).

de son mode d'accès propre. Dès lors, l'étude de la jurisprudence se confronte à une difficulté inverse qui tient au peu de représentativité de l'opinion des juges dans les décisions rendues, puisqu'ils n'ont eu l'occasion de se prononcer que sur peu de questions. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud connaît peu d'affaires, avec environ vingt-cinq décisions par an sur une centaine qui lui sont présentées<sup>2351</sup>, et donc encore moins en matière de droits sociaux, ce qui affecte directement les possibilités d'un activisme de sa part<sup>2352</sup>. La délimitation de la compétence de la Cour est d'ailleurs peu claire lorsque l'on étudie la jurisprudence, en particulier depuis qu'elle peut se saisir de toute affaire suite à la révision de 2013<sup>2353</sup>. Une telle situation a l'inconvénient de réduire les affaires portées à sa connaissance en matière de droits sociaux. Les rares opportunités dont celle-ci dispose pour donner des solutions et des interprétations nouvelles pourraient bien constituer la première limite à son activisme.

L'accès aux juridictions est en principe aisé tant l'article 34 de la Constitution prévoit un intérêt à agir large<sup>2354</sup>. Des dispositions particulières permettent un accès direct ou en appel à la Cour ainsi que l'examen par celle-ci de toute question qui lui semble utile à l'intérêt général et, de manière obligatoire, de toute décision de constitutionnalité d'une juridiction inférieure<sup>2355</sup>. Aussi, la Cour a ouvert son accès en appel aux personnes qui ne sont pas directement atteintes par la violation des

---

<sup>2351</sup> K. O'REGAN, « A forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court », *South African Journal on Human Rights*, vol. 28, n° 1, 2012, p. 116-134, p. 121.

<sup>2352</sup> Sans qu'il ne s'agisse en soi d'un refus de prendre position en faveur des plus démunis, comme le note Jackie Dugard, qui tient simplement à « *point out that any court's direct access record per se does not necessarily indicate the extent of the court's pro- poor slant* », alors qu'une juridiction pourrait délibérément favoriser l'accès aux plus pauvres, J. DUGARD, « Closing the Doors of Justice: An Examination of the Constitutional Court's Approach to Direct Access, 1995–2013 », *South African Journal on Human Rights*, vol. 31, 2015, p. 112-135, p. 124.

<sup>2353</sup> E. COHEN, « The Jurisdiction of the Constitutional Court », *Constitutional Court Review*, vol. 11, 2021, p. 433-481

<sup>2354</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 34 : « *Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.* »

<sup>2355</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 172(2) :

*a. The Supreme Court of Appeal, the High Court of South Africa or a court of similar status may make an order concerning the constitutional validity of an Act of Parliament, a provincial Act or any conduct of the President, but an order of constitutional invalidity has no force unless it is confirmed by the Constitutional Court.*

*b. A court which makes an order of constitutional invalidity may grant a temporary interdict or other temporary relief to a party, or may adjourn the proceedings, pending a decision of the Constitutional Court on the validity of that Act or conduct.*

*c. National legislation must provide for the referral of an order of constitutional invalidity to the Constitutional Court.*

*d. Any person or organ of state with a sufficient interest may appeal, or apply, directly to the Constitutional Court to confirm. »*

La Cour dispose enfin d'une compétence de cour suprême sur les questions constitutionnelles selon l'article 167(3) : « *The Constitutional Court*

*a. is the highest court of the Republic; and*

*b. may decide*

*i. constitutional matters; and*

*ii. any other matter, if the Constitutional Court grants leave to appeal on the grounds that the matter raises an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by that Court; and*

*c. makes the final decision whether a matter is within its jurisdiction. »*

Enfin, la Cour doit confirmer toutes les décisions d'inconstitutionnalité, comme prévu à l'article 167(5) : « *The Constitutional Court makes the final decision whether an Act of Parliament, a provincial Act or conduct of the President is constitutional, and must confirm any order of invalidity made by the Supreme Court of Appeal, the High Court of South Africa, or a court of similar status, before that order has any force.* »

droits au nom de l'importance particulière du contentieux constitutionnel<sup>2356</sup> voire aux avocats eux-mêmes<sup>2357</sup>. La Cour a relié l'accès le plus large aux juridictions à la *rule of law* inspirée de la *Common law*, citant Dicey et se démarquant explicitement de l'Apartheid<sup>2358</sup>. Dans l'affaire *Modderklip*, qui résultait de l'exécution par une société de sécurité privée d'un acte d'expulsion d'un terrain privé de plusieurs dizaines de milliers d'occupants, la Cour a condamné l'État à adopter les mesures raisonnables visant à la réalisation de l'article 34 – qui aurait pu consister à compenser le propriétaire ou à trouver un logement alternatif – en se fondant à la fois sur la *rule of law* et sur « la rupture du tissu social »<sup>2359</sup>. Dans l'affaire *Makwanyane*, le juge Ackermann estimait déjà qu'un État constitutionnel se définissait par l'abandon par les individus de leur droit à s'aider eux-mêmes (*self-help*) et qu'il revenait à l'État d'ouvrir aux citoyens des voies d'accès au droit<sup>2360</sup>.

En revanche, contrairement à la Colombie ou à l'Inde, la Cour n'a pas facilité un accès direct au juge voire à la Cour constitutionnelle elle-même en matière de droits<sup>2361</sup>. Un accès direct est prévu par l'article 167(6)(a), mais il a été interprété strictement par la Cour constitutionnelle en la réduisant aux cas où l'urgence exclut d'user d'une procédure ordinaire du point de vue de l'intérêt général et « de la finalité de la justice et du bon gouvernement »<sup>2362</sup>. La Cour estime par exemple qu'elle ne peut répondre en urgence à une demande<sup>2363</sup>. Plus largement, en Afrique du Sud, une procédure accusatoire, menée par les avocats, et des procédures judiciaires lourdes et l'exclusion

---

<sup>2356</sup> CCAS, 6 décembre 1995, *Ferreira v. Levin NO and others*, §10.

<sup>2357</sup> Pour les étrangers risquant l'expulsion, CCAS, 9 mars 2004, *Lawyers for Human rights v. Minister of home affairs* (Zakeria Yacoob).

<sup>2358</sup> CCAS, 28 mai 1998, *De Lange v Smuts NO and Others* (Ackerman), §46-47. La Cour a néanmoins pu exclure les litiges qui ne concernent pas le droit selon elle mais la morale ou la religion sans contestation d'ordre constitutionnel, CCAS, 2002, *Prince v. President of the law society of the Cape of Good Hope*. De manière notable, la Cour a jugé constitutionnelle la loi établissant la Commission vérité et réconciliation bien qu'elle exempte de poursuites pénales, attaquée sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, en estimant que le postambule de la Constitution prévoyait cette amnistie, CCAS, 25 juillet 1996, *AZAPO v. President of the Republic of South Africa* (Ismail Mahomed).

<sup>2359</sup> CCAS, 15 mai 2005, *President of the Republic of South Africa and Another v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* (Pius Langa), §43 et 51.

<sup>2360</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, opinion concordante de Laurie Ackerman, §168.

<sup>2361</sup> J. DUGARD, « Closing the Doors of Justice: An Examination of the Constitutional Court's Approach to Direct Access, 1995–2013 », *op. cit.* note 272, p. 144s.

<sup>2362</sup> Constitutional Court rules du 31 octobre 2003, article 17(1) : « *Court shall allow direct access in terms of section 100(2) of the [1993] Constitution in exceptional circumstances only, which will ordinarily exist only where the matter is of such urgency, or otherwise of such public importance, that the delay necessitated by the use of the ordinary procedures would prejudice the public interest or prejudice the ends of justice and good government.* ». Jackie Dugard relève quatre critères utilisés diversement par la jurisprudence : La Cour a ensuite affiné quatre critères, à savoir des circonstances exceptionnelles, l'inutilité d'un débat factuel en première instance, l'urgence exigeant une décision immédiate, et des chances raisonnables d'un succès au fond, *Ibid.*, p. 117-120. Jackie Dugard note en outre que les refus d'accès en appel ou direct font l'objet d'ordonnances non motivées, si bien qu'il est difficile de connaître les raisons de la Cour, alors qu'il y a deux fois plus de rejets (une soixantaine) que de décisions rendues, *Ibid.*, p. 121.

<sup>2363</sup> CCAS, 18 décembre 2012, *Ramakatsa and Others v Magashule and Others* (Zakeria Yacoob), §38-45, au motif que « *This Court is not well-g geared to bear urgent matters* » (§39).

des litiges concernant les droits sociaux de l'aide juridictionnelle sont un frein à l'accès à la justice<sup>2364</sup>. Il convient néanmoins de souligner que la limitation de l'accès est l'œuvre de la Cour elle-même et non une seule limitation externe à une éventuelle volonté activiste. De même, dans la décision *Biowatch*, la Cour a maintenu la règle selon laquelle l'État doit se voir ordonner le paiement des frais et dépens du requérant qui l'attaque avec succès, refusant de considérer plus favorablement un requérant ou une organisation du fait qu'il défend les droits des plus pauvres, sur le fondement du principe d'égalité<sup>2365</sup>. Ce dernier n'est donc pas contrebalancé par l'intérêt public défendu par les organisations de défense des droits ou une conception substantielle de l'égalité.

La Cour sud-africaine a défendu les restrictions apportées à l'accès direct par la difficulté de résoudre les affaires en première et dernière instance<sup>2366</sup>, au risque de « décider de questions constitutionnelles qui ne sont pas importantes pour l'instance et qui pourraient être purement académiques<sup>2367</sup> » tandis qu'à l'inverse, le parcours judiciaire permet à la Cour d'obtenir l'avis des juridictions inférieures<sup>2368</sup>. La juridiction refuse d'élaborer une jurisprudence théorique ou, à tout le moins, des interprétations qui pourraient être assimilées à une approche « académique », pour préférer la résolution des litiges, tout en voulant s'appuyer sur les solutions déjà élaborées par les juges ordinaires. La Cour choisit alors d'être une juridiction de cassation en réduisant les possibilités qu'il en soit autrement, quand bien même le texte de 1996 le lui permettait aisément. C'est le chemin inverse de la Cour constitutionnelle de Colombie qui a étendu la *tutela* aux décisions de justice afin

---

<sup>2364</sup> J. DUGARD, « Closing the Doors of Justice: An Examination of the Constitutional Court's Approach to Direct Access, 1995–2013 », *op. cit.* note 272, spec. p. 113. Voir également J. DUGARD, « Court of First Instance? Towards a Pro-Poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court », *South African Journal on Human Rights*, vol. 22, n° 2, 2006, p. 261-282

<sup>2365</sup> CCAS, 3 juin 2009, *Biowatch Trust v. Regular Generic Resources and Others* (Albie Sachs), §17 et 21 : « Section 9(1) of the Constitution provides that everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. No party to court proceedings should be endowed with either an enhanced or a diminished status compared to any other. It is true that our Constitution is a transformative one based on the understanding that there is a great deal of systemic unfairness in our society. This could be an important, even decisive factor to be taken into account in determining the actual substantive merits of the litigation. It has no bearing, however, on the entitlement of all litigants to be accorded equal status when asserting their rights in a court of law. Courts are obligated to be impartial with regard to litigants who appear before them. Thus, litigants should not be treated disadvantageously in making costs and related awards simply because they are pursuing commercial interests and have deep pockets. Nor should they be looked upon with favour because they are fighting for the poor and lack funds themselves. What matters is whether rich or poor, advantaged or disadvantaged, they are asserting rights protected by the Constitution. ». Après avoir reconnu le rôle des ONG dans la défense des droits devant la Cour, la décision estime que « Nevertheless, even allowing for the invaluable role played by public interest groups in our constitutional democracy, courts should not use costs awards to indicate their approval or disapproval of the specific work done by or on behalf of particular parties claiming their constitutional rights ». La Cour estime qu'en l'espèce, l'organisation de défense des droits environnementaux Biowatch devait être considérée comme victorieuse vis-à-vis de diverses agences auxquelles elle demandait des informations, dans le contexte d'un litige, perdu au fond, face à la société Monsanto.

<sup>2366</sup> CCAS, 1996, *Brink v. Kitzboof* NO, *op. cit.*, §15 : « This Court should ordinarily not deal with matters as both a Court of first and as one of last resort ». Cette explication nous semble importante. Pauvre relativement à l'urgence, la jurisprudence est plus ouverte, bien qu'incertaine, concernant les circonstances évoquées par Jackie Dugard.

<sup>2367</sup> CCAS, 1998, *Bruce v. Fleecytex Johannesburg*, §7 : « If, as a matter of course, constitutional matters could be brought directly to it, we would be called upon to deal with disputed facts on which evidence might be necessary, to decide constitutional issues which are not decisive of the litigation and which might be purely academic, and to hear cases without the benefit of the views of other courts having constitutional jurisdiction. »

<sup>2368</sup> *Ibid.*

d'en connaître plus aisément même s'il ne s'agit pas, là non plus, d'un accès direct à la Cour. Les rares accès directs que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a accordés l'ont été en mobilisant les circonstances exceptionnelles dans des affaires qui ne concernaient pas de droits substantiels<sup>2369</sup> ou, à l'inverse, dans des cas de discrimination, mais jamais en matière de droits sociaux<sup>2370</sup> ; il s'agissait souvent d'arbitrer des conflits relatifs au fonctionnement institutionnel<sup>2371</sup>. La double peur d'un grand nombre de demandes pour les capacités de la Cour et d'une baisse en qualité des arguments fonde ces choix et, à l'inverse, s'oppose à une conception de l'accès au juge comme une possible émancipation<sup>2372</sup>. On peut alors voir dans la réticence aux saisines directes une « conception délibérative et républicaine du droit constitutionnel<sup>2373</sup> ».

## 2. Un discours rare et technique

En Afrique du Sud comme en Colombie, la première composition de la Cour dans les années 1990 joue un rôle crucial pour l'établissement de la jurisprudence, du rôle institutionnel de la juridiction et du rapport entre droit et politique. Comme l'observe Theunis Roux, les neuf premiers membres de la Cour sont tous situables au centre-gauche et proches des idées exprimées par la Constitution sans qu'elles ne paraissent être militantes<sup>2374</sup>. Dès lors, selon lui – et contre Karl Klare –,

Si la Constitution de 1996 représentait un projet politique, il aurait semblé aux juges qu'il s'agissait d'un projet de constitutionnalisme libéral dans lequel ils avaient un rôle vital à jouer, mais finalement accessoire. S'appuyant sur la tradition d'opposition dans laquelle ils avaient été socialisés, les juges

---

<sup>2369</sup> Jackie Dugard note 18 admissions entre 1996 et 2013, J. DUGARD, « Closing the Doors of Justice: An Examination of the Constitutional Court's Approach to Direct Access, 1995–2013 », *op. cit.* note 272, p. 126-127.

<sup>2370</sup> La Cour a permis l'accès direct en se fondant sur cet argument dans sa première décision CCAS, 1995, S. v. Zuma and Others, puis pour une discrimination dans les règles relative aux avantages dont bénéficient les partenaires des membres de la Cour constitutionnelle selon leur orientation sexuelle, CCAS, 2006, Satchwell v. President of the Republic of South Africa, ou pour une discrimination dans l'attribution de pensions aux conjoints divorcés, CCAS, 2013, Ngweni v. Post Office retirement fund, ou dans un cas de discrimination envers les personnes noires du fait d'une loi de 1994, CCAS, 1996, Brink v. Kitchcoof NO, ou du fait d'une loi de 1927 dans CCAS, 2001, Mosenke v. The Master. Pour un refus, voir La Cour a réduit considérablement l'accès en revanche dans de nombreuses décisions, par exemple CCAS, Ferreira v. Levin NO, *op. cit.*, §197, liant les circonstances exceptionnelles à la finalité évoquée dans le règlement de la Cour, ou pour la contestation du règlement des High courts concernant les ordonnances en matière d'hypothèques au motif qu'elles étaient exécutoires sans considérer les circonstances.

<sup>2371</sup> J. DUGARD, « Closing the Doors of Justice: An Examination of the Constitutional Court's Approach to Direct Access, 1995–2013 », *op. cit.* note 272, p. 128, qui relève des affaires concernant l'administration de la justice, le système criminel, les relations interministérielles, ou le système électoral.

<sup>2372</sup> *Ibid.*, p. 130-131.

<sup>2373</sup> W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 135-175, p. 169 : « The general reluctance of the Court to act as a court of first and last instance reveals the deliberative and republican understanding of constitutional law prevalent on the Court. »

<sup>2374</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press, 2013, p. 230 : « clustered on the centre-left of the political spectrum, more or less in sync with the political ideology informing the 1996 Constitution's Bill of Rights. It follows that, to the external observer, there would have been no real distinction between the judges' personal political views and the values underlying the Constitution ». Exception faite d'Albie Sachs, clairement socialiste, voir *infra*.

ont pu considérer que leur rôle était de favoriser le développement d'une culture politique de respect de l'indépendance de la justice et de l'État de droit. La meilleure approche de cette tâche, ont-ils probablement pensé, a été de soutenir une certaine version de la distinction droit/politique, convenablement dépouillée des méthodes de raisonnement formalistes auxquelles ils avaient été opposés en tant que praticiens et que les Constitutions post-Apartheid ont de toute façon clairement rejetées.<sup>2375</sup>

La distinction entre droit et politique n'a pas été bouleversée par l'intervention de la Cour, mais simplement déplacée.

Arthur Chaskalson (1993-2005), le premier président de la Cour, était un avocat connu du barreau de Johannesburg, spécialisé en droits humains, et avait fondé et dirigé le Legal resources center qui fournit une aide juridique aux requérants. Aussi pour Chaskalson il est clair que le droit doit se comprendre de manière non-formaliste comme la poursuite de la justice sociale, mais il s'agit selon lui d'une morale inhérente au droit et non d'une fin de la distinction entre droit et politique : Ainsi quand nous parlons de la *rule of law* nous voulons dire quelque chose de plus qu'une séparation formelle des pouvoirs. Il y a implicitement dans les approches modernes du droit l'idée que le droit a un contenu moral qui reconnaît des droits et libertés fondamentaux. Et c'est à travers la garantie judiciaire de ces droits et libertés fondamentaux que la *rule of law* protège les individus et les groupes contre les abus de pouvoir.<sup>2376</sup>

Ce jusnaturalisme se retrouve dans la présentation qu'Arthur Chaskalson fait lui-même de l'ordre constitutionnel sud-africain en mettant en avant les notions et valeur de dignité humaine<sup>2377</sup> et d'égalité<sup>2378</sup>, tout en fondant, peut-être, l'approche déductive et peu réflexive qui a été reprochée à son opinion dans l'affaire *Makwanyane*<sup>2379</sup>. Theunis Roux, qui a eu accès aux entretiens entre Chaskalson et les membres nommés sous sa présidence, a noté qu'il leur demandait s'il existait des

---

<sup>2375</sup> *Ibid.*, p. 231 : « *If the 1996 Constitution represented a political project at all, it would have appeared to the judges to be a project of liberal constitutionalism in which they had a vital, but in the end, only supporting role to play. Drawing on the oppositional tradition in which they had been socialised, the judges would have seen their role as being to nurture the development of a political culture of respect for judicial independence and the rule of law. The best approach to this task, they would likely have thought, would have been to sustain some version of the law/politics distinction, suitably stripped of the formalist reasoning methods to which they had been opposed as practising lawyers and which the post-apartheid Constitutions in any case plainly rejected.* ».

<sup>2376</sup> A. CHASKALSON, « The Past Ten Years: A Balance Sheet and Some Indicators for the Future », *South African Journal on Human Rights*, vol. 5, n° 3, 1989, p. 293-300, p. 297-298 : « *Thus when we talk about the rule of law we imply something more than a formal separation of powers. Implicit in modern attitudes to the rule of law is that law should have a moral content that gives recognition to fundamental rights and freedoms. And it is through the enforcement of these fundamental rights and freedoms by the courts that the rule of law protects individuals and groups against abuses of power.* ».

<sup>2377</sup> Voir A. CHASKALSON, « Human dignity as a foundational value of our constitutional order », *South African Journal of Human Rights*, vol. 16, n° 2, 2000, p. 193-205.

<sup>2378</sup> Voir A. CHASKALSON, « From wickedness to equality : the moral transformation of South African law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 4, 2003, p. 590-609.

<sup>2379</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §1.

valeurs objectives dans la Constitution ou si le juge pouvait faire prévaloir ses propres valeurs dans l'interprétation constitutionnelle<sup>2380</sup>. Comme l'écrit Albie Sachs, contrairement à beaucoup de Sud-Africains, Arthur Chaskalson a eu à « dépasser l'avantage » de sa position personnelle, mais le rôle qu'il a joué a été, au sein du comité constitutionnel et auprès de Nelson Mandela, de « traduire les décisions politiques en un langage juridique qui paraîtrait objectif dans une nouvelle Constitution »<sup>2381</sup>. Les opinions d'Arthur Chaskalson semblent plutôt traduire les idéaux constitutionnels en technique, selon un style qui a marqué la Cour, à l'instar de la jurisprudence sur les obligations attachées aux droits sociaux : en ramenant la redistribution à une interprétation serrée et grammaticale des dispositions constitutionnelles, la Cour adopte un style aussi précis qu'éloigné, *a priori*, d'une réflexion éthique.

La reste de la composition de la première Cour, à l'exception d'Albie Sachs, va plutôt dans le même sens d'une retenue éthique. Ismail Mahomed (1995-2000) était avocat puis juge à la Cour suprême, John Didcott et Richard Goldstone étaient des juges, tous connus pour avoir exploité la *Common law* contre l'Apartheid, tandis que Lourens Ackerman était un juge attaché à la détermination objective du droit et Tholie Madala un salarié d'un cabinet d'avocat puis juge discret<sup>2382</sup>. Dans son audition au Judicial service committee, Johann Kriegler (1994-2002) estime que les juges doivent éviter non pas de faire de la politique, mais de réfléchir comme des politiciens, et ainsi « le rôle de la Cour doit être un rôle judiciaire conscient des réalités politiques<sup>2383</sup> ». La politique est alors comprise comme une démarche partisane, sans être pour autant érigée en raisonnement principiel en elle-même. À côté de ces praticiens, Yvonne Mokgoro (1994-2009) et Kate O'Regan (1994-2009) étaient deux universitaires et la seconde en particulier connue pour sa connaissance de la théorie constitutionnelle. Devant le JSC, la future membre de la juridiction O'Regan estime que les juges ne font pas de politique mais remplissent une fonction contre-majoritaire lorsqu'ils interprètent les valeurs et finalités du texte constitutionnel<sup>2384</sup>. La juge O'Regan a notamment rédigée l'opinion de l'affaire *Mazibuko*, avec des arguments qui semblent ouvertement politiques, notamment la compétence du juge, bien qu'ils soient présentés comme issu du texte de 1996<sup>2385</sup>.

---

<sup>2380</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 294, p. 222s.

<sup>2381</sup> A. SACHS, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *Acta Juridica*, 2017, p. 293-298, p. 294 : « Arthur had become very close to Mandela, to the ANC and so on, but this common task of taking the drafts that were sent to them the political decisions that had been made - and converting them into the legal language that would stand there objectively in a new constitution, that was impressive. »

<sup>2382</sup> Pour une analyse de leurs entretiens, voir T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 294, p. 223s.

<sup>2383</sup> « The judicial role on this court must be a judicial role alert to political realities », cité par *Ibid.*, p. 225.

<sup>2384</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>2385</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1.



## B. Un juge humble et sensible

La mesure donnée à voir par la Cour se retrouve dans deux figures judiciaires, celle de Pius Langa (1) et celle d'Albie Sachs (2). La pratique de la dissidence qu'ils ont amorcée s'accroît ensuite avec une tendance récente à des tons plus affirmés (3).

### 1. L'humilité de Pius Langa

Pius Langa (1994-2005), qui fut président de la Cour (2005-2009), a joué un rôle crucial dans le constitutionnalisme sud-africain en étant plus explicite que les autres membres sur le rôle de la juridiction. Il avait auparavant été ouvrier et traducteur au ministère de la justice, puis juge de première instance, avocat, et parallèlement membre de l'ANC et membre du comité constitutionnel ayant rédigé la Déclaration des droits. Sans élaborer de théorie du droit, il a écrit l'un des articles les plus influents sur le constitutionnalisme transformateur dans lequel il assume, en citant Karl Klare, le rôle transformateur des valeurs portées par la Constitution<sup>2386</sup>. Il évoque même une politique des droits, sans admettre néanmoins qu'il s'agisse d'une confusion entre politique et droit<sup>2387</sup>. Comme juge puis président de la Cour, Langa a été remarqué pour le degré de délibération qu'il suscitait lors des délibérés mais également sa pratique, personnelle et engagée, de l'opinion dissidente<sup>2388</sup>. Il en a défendu le principe dans un texte particulièrement philosophique appelant à l'hétérodoxie comme exercice de la liberté, en lien avec les figures de la lutte contre l'Apartheid, mais également avec la culture de justification associée au nouveau constitutionnalisme sud-africain<sup>2389</sup>. Il insiste alors sur les vertus de la discussion et exprime au passage une conception forte du juge, en estimant que toutes les opinions dissidentes ne deviennent pas du droit ; beaucoup stimulent le débat public et le débat judiciaire à propos de questions juridiques, sociales et morales difficiles.<sup>2390</sup>

Exprimant le paradoxe d'une telle approche, pour lui,

L'opinion dissidente déconstruit le mythe selon lequel il n'y a qu'une bonne réponse aux questions juridiques. Elle met à jour de la manière la plus criante que le droit est incertain et que les juges sont imparfaits. Nous juristes aimons l'idée que le droit peut être trouvé dans le précédent, les livres et

---

<sup>2386</sup> P. LANGA, « Transformative Constitutionalism », *Stellenbosch Law Review*, vol. 17, n° 3, 2006, p. 351-360.

<sup>2387</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §2, A., 2.

<sup>2388</sup> D. BILCHITZ, « Humility, Dissent and Community: Exploring Chief Justice Langa's Political and Judicial Philosophy », *Acta Juridica*, 2015, p. 88-119

<sup>2389</sup> P. LANGA, « The emperor's new clothes : Bram Fischer and the need for dissent », *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, n° 2, 2007, p. 362-372

<sup>2390</sup> *Ibid.*, p. 370 : « Not all dissents become law; many stimulate public and judicial debate about difficult legal, social and moral issues ».

la loi. Quand bien même c'est souvent vrai, ce ne l'est pas toujours. L'opinion dissidente encourage le débat sur le vrai sens d'une règle de droit.<sup>2391</sup>

La délibération n'empêche alors pas un vrai sens du droit, et au contraire permet de mieux l'atteindre<sup>2392</sup>. Pius Langa rejette en particulier le « populisme » qu'il associe à un esprit de masse<sup>2393</sup>. S'il admet la contradiction possible avec l'esprit communautaire défendu par ailleurs par Langa, David Bilchitz y voit au contraire une approche de l'uBuntu<sup>2394</sup> qui met en avant la liberté et l'émancipation individuelles au sein de l'ordre social<sup>2395</sup>. C'est alors une vision compatible avec le libéralisme<sup>2396</sup>. Aussi pour David Bilchitz, qui est à la fois favorable au constitutionnalisme libéral fondé sur la dignité et l'autonomie et au pouvoir judiciaire, l'aveu de Langa sur la faillibilité judiciaire ne doit pas s'entendre comme une contradiction avec l'autorité du jugement, mais comme l'expression d'une humilité personnelle : il s'agit donc de la faillibilité du juge en tant que personne lorsqu'il prend part à la délibération, c'est-à-dire à la voix collective de la juridiction<sup>2397</sup>.

Dans ses opinions dissidentes et concurrentes, Pius Langa a souvent rappelé l'histoire de l'Apartheid comme un passé à contrebalancer par l'interprétation constitutionnelle<sup>2398</sup>. Il exprime notamment « les valeurs d'une société mature qui s'appuie sur la persuasion morale plutôt que la force, sur l'exemple plutôt que la coercition<sup>2399</sup> ». Pius Langa a rédigé des opinions importantes sur

---

<sup>2391</sup> *Ibid.*, p. 370 : « Dissent explodes the myth that there is only one correct answer to legal questions. It illuminates in the starkest possible way that the law is uncertain and that judges are imperfect. As lawyers we all enjoy the idea that the law can be found in precedent, in books or in legislation. While sometimes that is true, often it is not. Dissents encourage debate about the true meaning of a law. »

<sup>2392</sup> Pius Langa fait alors référence à Ian Currie, célèbre pour sa défense de la juridiction à partir d'un paradigme délibératif, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>2393</sup> P. LANGA, « The emperor's new clothes : Bram Fischer and the need for dissent », *op. cit.* note 309, p. 364.

<sup>2394</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, opinion concordante de Pius Langa, §224. CCAS, 5 octobre 2007, *MEC for Education: KwaZulu-Natal and Others v Pillay* (Pius Langa), §53.

<sup>2395</sup> D. BILCHITZ, « Humility, Dissent and Community: Exploring Chief Justice Langa's Political and Judicial Philosophy », *op. cit.* note 308, p. 96.

<sup>2396</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, sur les sens de l'uBuntu. David Bilchitz relie d'ailleurs l'approche de la délibération proposée par Pius Langa à celle de John Rawls, *Ibid.*, p. 102

<sup>2397</sup> D. BILCHITZ, « Humility, Dissent and Community: Exploring Chief Justice Langa's Political and Judicial Philosophy », *op. cit.* note 308, p. 98 : « Judges - whether they disagree or not - remain part of a larger project of seeking to ensure that the rule of law is upheld and that society is governed by laws that are just and thus meet the normative requirements of the new constitutional order. (...) Whilst the goal must always be a joint one - to seek the 'best' answers to legal questions - dissenting judgments give concrete expression to the very process that is necessary continually to refine and develop the law over time. »

<sup>2398</sup> Voir CCAS, 8 septembre 2005, *Du toit v. Minister of transport* (Mokgoro), opinion dissidente de Pius Langa, §84 et 81 (rejetant le calcul de la compensation à la valeur du marché fixé par la loi et confirmé par la Cour en matière d'expropriation pour mettre en avant le coût de l'inégale répartition des terres depuis l'Apartheid et la colonisation). CCAS, 22 septembre 1995, *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, opinion concurrente de Pius Langa, §34-35 (insistant sur la nature des emprisonnements politiques sous l'Apartheid pour soutenir le rejet, par la majorité, de l'application des principes civils de Common law vis-à-vis des dettes contractées). CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, opinion concurrente de Pius Langa, §218 (insistant sur le droit à la vie et la dignité humaine comme valeurs qui s'opposent à une culture de violence).

<sup>2399</sup> CCAS, *Makwanyane*, *op. cit.*, opinion concurrente de Pius Langa, §222.

l'égalité et l'autonomie en leur donnant un tournant sensible, axé sur la personne et ses choix<sup>2400</sup>. Il a joué un rôle dans la jurisprudence relative à l'effet horizontal des droits<sup>2401</sup> ainsi que dans la délimitation des obligations de l'administration<sup>2402</sup>. L'humilité rejoint une expression sincère, lorsque par exemple le juge affirme que la Cour doit prestement interpréter les règles coutumières à la lumière de la Constitution du fait que des victimes et « les plus vulnérables dans notre société » souffrent des « défauts de notre système juridique » que la Cour vient « corriger »<sup>2403</sup>.

## 2. La figure sensible d'Albie Sachs

Albie Sachs est une personnalité particulière. Membre de la Cour de 1994 à 2009, nommé par le président Mandela, avocat de formation, il a été un militant connu durant l'Apartheid, jusqu'à essuyer un attentat des services secrets et vivre en clandestinité au Mozambique, et il a participé aux négociations ayant mené à la Constitution de 1993. Mais son apport au droit constitutionnel sud-africain réside également dans la qualité particulière de ses opinions judiciaires. Albie Sachs est l'un des juges qui a le plus cité l'uBuntu<sup>2404</sup>, mais il l'a fait sur un ton plus lyrique et révolté que Mogoeng Mogoeng<sup>2405</sup>, par exemple. C'est surtout sur la question de l'autonomie que le juge s'est distingué. Deux auteurs ont ainsi pu parler d'une « théorie du droit queer » d'Albie Sachs<sup>2406</sup>, en se basant sur ses opinions en matière de sexualité, qui ont formé les principales jurisprudences de la Cour. Puisque l'hétéronormativité est une normativité discursive qui passe par l'assignation à des catégories socialement créées et que le droit lui-même est une activité discursive visant à conférer un régime

---

<sup>2400</sup> Voir CCAS, 15 octobre 2004, *Bhe and others v. Khayelitsha Magistrate and others*. (Pius Langa) (la Cour affirme l'importance du principe d'égalité, lié à la dignité humaine, contre les discriminations de genre à propos du principe de primogéniture dans l'héritage en droit coutumier). CCAS, *MEC for Education: KwaZulu-Natal and Others v Pillay*, *op. cit.* (Pius Langa) (la Cour juge qu'une élève était victime discrimination si un signe pour lequel elle avait été punie renvoyait à son identité culturelle et religieuse). CCAS, 10 mai 2017, *Masiya v Director of Public Prosecutions Pretoria (The State) and Another* (Nkabinde), opinion dissidente de Pius Langa (en désaccord avec le refus de la Cour d'étendre la définition du viol par pénétration anale aux hommes). Voir *supra*, chapitre 4, section 1.

<sup>2401</sup> CCAS, 4 avril 2007, *Barkhuizen v. Napier* (Pius Langa) (jugant que les clauses contractuelles doivent être contrôlées en fonction des valeurs de la Déclaration des droits). CCAS, 4 avril 2007, *NM and others v. Smith and others* (Madala), opinion dissidente de Pius Langa (appelant à une obligation constitutionnelle pesant horizontalement sur les entreprises de presse).

<sup>2402</sup> Voir D. BILCHITZ, « Humility, Dissent and Community: Exploring Chief Justice Langa's Political and Judicial Philosophy », *op. cit.* note 308, p. 112s.

<sup>2403</sup> CCAS, *Bhe and others*, *op. cit.*, §115 : « *The victims of the delays in rectifying the defects in the legal system are those who are among the most vulnerable in our society. The court's task is to facilitate the cleansing of the statute book of legislation so deeply rooted in our unjust past, while preventing undue hardship and dislocation.* »

<sup>2404</sup> CCAS, 6 juin 1995, *S. v. Makwanyane and Another Case*, opinion concordante d'Albie Sachs, §374. CCAS, 3 octobre 2007, *Masetlha v. President of the Republic of South Africa and another* (Moseneke), opinion concordante d'Albie Sachs, §238.

<sup>2405</sup> Voir *infra*.

<sup>2406</sup> J. BARNARD-NAUDE, P. DE VOS, « Disturbing heteronormativity: the queer jurisprudence of Albie Sachs », *South African Public Law*, vol. 25, n° 1, 2010, p. 209-234.

juridique à ces catégories pour les deux auteurs<sup>2407</sup>, au-delà même des solutions apportées, les opinions formées par Sachs ont déjoué l'essentialisme associé aux catégories du jugement en matière de sexe et de genre.

Les opinions d'Albie Sachs, en effet, montrent « une préoccupation pour les vrais parcours de vie des vraies personnes qui se présentent devant la Cour<sup>2408</sup> ». Le juge s'est notamment illustré par son rejet de la définition par la Cour de l'homosexualité comme l'attraction pour le même sexe ainsi que par l'usage du droit à la vie privée en matière d'orientation sexuelle, qui implique une vie intime cachée, pour préférer, en citant Michel Foucault, une approche par les discriminations qui seraient imputables aux constructions sociales ; il appelle alors à considérer « les personnes qui vivent dans leurs corps, leurs communautés, leurs cultures, leurs lieux et leurs temps »<sup>2409</sup>, en insistant, donc, sur l'expérience personnelle. Les premiers mots de l'opinion majoritaire de la décision de la Cour ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, rendue cette fois-ci par Sachs lui-même, ont été remarqués pour leur qualité littéraire, puisque c'est une fiction avec un retournement narratif que le juge donne à lire :

Se sentant fortement attirées l'une par l'autre, deux personnes se sont fréquentées et ont finalement décidé de s'installer ensemble. Après avoir été reconnues par leurs amis comme un couple pendant plus de dix ans, elles ont décidé que le moment était venu d'obtenir la reconnaissance publique et l'enregistrement de leur relation, et d'assumer officiellement les droits et les responsabilités qui, selon ces deux personnes, devaient en découler et y être attachés. Comme beaucoup de personnes dans leur situation, elles voulaient se marier. Il y avait un seul obstacle. Ces deux personnes étaient toutes deux des femmes.<sup>2410</sup>

---

<sup>2407</sup> *Ibid.*, p. 211-212 : « *In a heteronormative world, discursive practices as well as legal regulation help to construct a hierarchy of sexual desires, practices and identities and this hierarchy has a disciplining force that influences the way we understand and order the world through law but also through other social. (...) From a Foucauldian perspective sexual identity is problematic because it will inevitably privilege heterosexuality and enforce heteronormativity through the valorisation or perpetuation of traditional structures and institutions aimed at disciplining wayward sexuality* ». Dès lors, « *How we deal with and talk about sexual subjects – also in the legal arena – will either enhance or deter resistance to the hierarchical and ultimately exclusionary heteronormative system of power relations in our society.* » (*Ibid.*, p. 213). Les deux auteurs notent, cependant, qu'un tel discours n'a pas atteint l'espace public ou la population sud-africains, p. 230-231.

<sup>2408</sup> *Ibid.*, p. 219 : « *concerned with the real life stories of the real people who are before the court* ».

<sup>2409</sup> CCAS, 9 octobre 1998, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (Lourens Ackerman), opinion dissidente d'Albie Sachs, §108-112, et §117 : « *the Constitution does not presuppose that a holder of rights is as an isolated, lonely and abstract figure possessing a disembodied and socially disconnected self. It acknowledges that people live in their bodies, their communities, their cultures, their places and their times* ». La Cour en revanche choisit une approche de l'orientation sexuelle par la définition du couple qui réduit la place accordée à l'autonomie, voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 1.

<sup>2410</sup> CCAS, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Fourie v. Minister of Home Affairs* (Albie Sachs), §1 : « *Finding themselves strongly attracted to each other, two people went out regularly and eventually decided to set up home together. After being acknowledged by their friends as a couple for more than a decade, they decided that the time had come to get public recognition and registration of their relationship, and formally to embrace the rights and responsibilities they felt should flow from and attach to it. Like many persons in their situation, they wanted to get married. There was one impediment. They are both women* ».

L'opinion poursuit en estimant que l'exclusion des personnes de même sexe de l'institution du mariage n'est pas seulement une discrimination mais la négation « d'un droit à se définir de la manière la plus profonde<sup>2411</sup> », de la même manière qu'une union civile distincte du mariage reviendrait à « classer les gays et lesbiennes en tant qu'êtres sexués uniquement, réduits à des êtres unidimensionnels définis par leur sexe et leur sexualité<sup>2412</sup> ». Par ailleurs, en dissidence d'une affaire dans laquelle la Cour refuse de juger discriminatoire une disposition législative n'accordant une pension de réversion qu'à l'époux survivant d'un mariage et non d'un partenariat, Albie Sachs cherche à interroger « les présupposés philosophiques profonds » de la décision et appelle à « situer le problème dans un autre horizon juridique »<sup>2413</sup>. Il insiste notamment sur l'autonomie et les « modes de vie alternatifs »<sup>2414</sup> ; il évoque par exemple le lien entre « patriarcat et pauvreté<sup>2415</sup> » pour refuser de définir les personnes par le mariage. On pense à la célèbre formulation par Albie Sachs d'un « droit à la différence » (*a right to be different*) qui renvoyait à l'expérience intime de la diversité sexuelle<sup>2416</sup>. De manière significative, le juge estimait alors que

Le droit ne peut pas automatiquement et de lui-même éliminer les stéréotypes et les préjugés. Mais il remplit une fonction pédagogique, il établit les normes publiques qui sont assimilées dans la vie quotidienne et il protège les personnes vulnérables d'une marginalisation injuste et d'abus. Il convient de rappeler que les tribunaux ne sont pas les seuls responsables de la garantie des droits inscrits dans la Déclaration des droits.<sup>2417</sup>

La fonction envisagée pour le droit est ici plus qu'une mise en forme du choix des autorités ou d'une finalité spécifique. Et si les juges ne sont pas les seuls garants des droits, il leur est néanmoins assigné, dans ce passage, la fonction éducative et discursive associée au droit constitutionnel en général.

Albie Sachs a souvent eu l'occasion d'insister dans ses opinions sur le rôle qu'a le juge non d'établir une hiérarchie entre les droits et valeurs, mais d'utiliser ces dernières pour résoudre des conflits d'intérêts d'ordre factuels, ce qui illustre le pragmatisme général de la Cour dans une veine

---

<sup>2411</sup> *Ibid.*, §72 : « given the centrality attributed to marriage and its consequences in our culture, to deny same-sex couples a choice in this respect is to negate their right to self-definition in a most profound way ».

<sup>2412</sup> *Ibid.*, §52 : « in classifying lesbians and gays as exclusively sexual beings, reduced to one-dimensional creatures defined by their sex and sexuality ».

<sup>2413</sup> CCAS, 21 février 2005, *Volks NO v. Robinson and others* (Skweyiya), opinion dissidente d'Albie Sachs, §149 et 151 : « deep and largely unarticulated philosophical positions » et « to locate the issue in a completely different legal landscape ».

<sup>2414</sup> *Ibid.*, §156 : « Respecting autonomy means giving legal credence not only to a decision to marry but to choices that people make about alternative lifestyles. Such choices may be freely undertaken, either expressly or tacitly. ».

<sup>2415</sup> *Ibid.*, §163s.

<sup>2416</sup> CCAS, *Fourie v. Minister of Home Affairs*, *op. cit.*, §60.

<sup>2417</sup> *Ibid.*, §138 : « law may not automatically and of itself eliminate stereotyping and prejudice. Yet it serves as a great teacher, establishes public norms that become assimilated into daily life and protects vulnerable people from unjust marginalisation and abuse. It needs to be remembered that not only the courts are responsible for vindicating the rights enshrined in the Bill of Rights. »

qui est cependant, de manière propre à Sachs, marquée explicitement par l'affect. Comme il l'exprime lui-même dans une opinion,

La question de savoir ce qui est équitable dans notre nouvelle démocratie constitutionnelle ne passe pas facilement le chas de l'aiguille du droit écrit. La rigueur judiciaire n'exclut pas la compassion judiciaire ; la question de l'équité doit être traitée rigoureusement, mais en se concentrant sur les personnes et non sur les règles.<sup>2418</sup>

S'il ne fait jamais référence à une théorie du droit au sens académique, Albie Sachs exprime un concept de droit. Selon Drucila Cornell et Karin Van Marle, ses opinions sont

le signe d'une approche générale qui demande au droit d'abandonner exactement ce qui en fait du droit, sa certitude, et ainsi de s'exposer à la possibilité/expérimentation de devenir plus humain.<sup>2419</sup>

Dès lors, selon cette même approche,

le droit après un passé violent et autoritaire ne peut plus seulement se préoccuper de la conscience ou de la sagesse du droit, mais doit aussi impliquer une exploration profonde et continue de la conscience du droit.<sup>2420</sup>

Cette approche, qui ne peut être dissociée de l'écriture même des opinions de ce juge particulier, marque une étape supplémentaire dans l'approche de la transformation, après celle qui plaide, comme l'approche dogmatique inspirée d'une théorie principielle ou axiologique du droit, pour l'inclusion de valeurs comme dignité humaine ou la justice sociale. Il s'agit cette fois-ci d'un processus.

Une caractéristique du parcours d'Albie Sachs est qu'il a lui-même beaucoup écrit hors de ses opinions judiciaires. Il fait le lien entre son expérience de juge et des émotions et indignations héritées de son plus jeune âge<sup>2421</sup>, si bien que pour lui, parce qu'il n'informe pas sur les ressentis du juge, « chaque jugement que j'écris est un mensonge<sup>2422</sup> ». Sachs exprime sans doute lui-même le

---

<sup>2418</sup> CCAS, *Volks NO v. Robinson and others*, op. cit., opinion dissidente d'Albie Sachs, §152 : « *The enquiry as to what is fair in our new constitutional democracy accordingly does not pass easily through the eye of the needle of black-letter law. Judicial dispassion does not exclude judicial compassion; the question of fairness must be rigorously dealt with, but in a people-centered and not a rule-centered way.* »

<sup>2419</sup> D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS, *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. 2 : « *We see in his jurisprudence a beckoning of a more general angle that asks law to give up exactly what makes it law, its certitude, and thereby exposing it to the possibility/experiment of becoming more human.* »

<sup>2420</sup> *Ibid.*, p. 2 : « *the jurisprudence in the aftermath of an authoritarian and violent past, cannot only be concerned with the consciousness or wisdom of law, but must also involve a deep and continuous exploration of law's conscience.* »

<sup>2421</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, op. cit. note 36. Voir par exemple le passage où il explique sa position concernant le mariage pour les personnes de même sexe dans la décision *Fourie* en évoquant son ressenti face aux solutions britanniques et étatsuniennes, qui ne relève pas à proprement parler d'un registre rationnel : *Ibid.*, p. 249-252. Le pouvoir d'interprétation du juge est ici relié à sa subjectivité, dont font partie les émotions et les intuitions (*ibid.*, p. 114-143). Quelques années auparavant, Sachs exprimait déjà ses ressentis de sud-africain face aux démocraties constitutionnelles dans lesquelles il avait voyagé, et notamment ses émotions les plus vives, A. SACHS, *The free diary of Albie Sachs*, Random house, 2004, p. 30 (« *delight* », « *wonder* »), p. 177 (« *peevish thoughts* ») et p. 189 (« *vanity* »).

<sup>2422</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, op. cit. note 36, p. 7 : « *every judgement I write is a lie* ».

mieux la position du juge vis-à-vis d'un projet de transformation sociale lorsqu'il écrit, en 2014, réfléchissant à sa jeunesse idéaliste et militante, évoquant la Chine communiste,

Le fait est que la personne qui a autrefois rêvé de devenir un grand révolutionnaire est maintenant devenue le grand légitimateur (*legitimiser*). Des réunions clandestines dans des parkings aux lumières éteintes, ou sous un arbre dans les montagnes alors que la pluie tombait, et complotant pour renverser l'État, je me suis retrouvé à siéger publiquement et en robe avec dix collègues dans la plus haute Cour du pays, établissant le droit pour la société entière.<sup>2423</sup>

Que le juge fasse référence au théâtre, à la littérature et aux mythes dans le même texte n'est pas anodin, tant le style de ses opinions est imagé et traduit une expérience du monde. L'activité judiciaire est alors pour Sachs une œuvre d'évaluation des valeurs au sens le plus fort :

La pondération doit se faire dans le contexte d'une réalité historique, sociologique et imaginative vécue et dont on a fait l'expérience. Même si, pour rendre son jugement, la Cour est obligée de catégoriser les questions en termes conceptuels et de s'abstraire de cette réalité, elle fonctionne avec des matériaux tirés de cette réalité et doit tenir compte de l'impact de ses jugements sur les personnes vivant dans cette réalité. Surtout, la Cour elle-même fait partie de cette réalité et doit s'engager dans un processus complexe consistant à s'en détacher et à s'y engager simultanément. Je crois qu'en la matière, l'histoire, l'imagination et la mentalité jouent un rôle particulièrement important, notamment en ce qui concerne le poids à accorder aux différents facteurs de la pondération.<sup>2424</sup>

Le juge relie alors l'expérience et l'imagination autant au raisonnement qu'au produit du raisonnement donné à voir par la Cour. Aussi, lorsqu'il révèle ses émotions et sentiments, le juge Albie Sachs évoque la recherche de légitimité, dans une nouvelle démocratie, pour principale motivation<sup>2425</sup>.

---

<sup>2423</sup> A. SACHS, « Preface », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. ix-xiii, p. ix : « The fact is that the person who had once dreamt of becoming a great revolutionary had now become the great legitimiser. From attending clandestine meetings in parked cars with the lights off, or under a tree on the mountainside as the rain fell down, and plotting the overthrow of the state, I had moved to sitting publicly in robes with 10 colleagues on the highest court in the land, laying down the law for the whole of my society. »

<sup>2424</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, op. cit. note 36, p. 220 : « The balancing has to be done in the context of a lived and experienced historical, sociological and imaginative reality. Even if for purposes of making its judgment the Court is obliged to classify issues in conceptual terms and abstract itself from such reality, it functions with materials drawn from that reality and has to take account of the impact of its judgments on persons living within that reality. Moreover, the Court itself is part of that reality and must engage in a complex process of simultaneously detaching itself from and engaging with it. I believe that in the present matter, history, imagination and mind-set play a particularly significant role, especially with regard to the weight to be given to the various factors in the scales. »

<sup>2425</sup> A. SACHS, *The free diary of Albie Sachs*, op. cit. note 341, p. 148. Tout en affirmant la nécessité d'être transparent sur les émotions des juges, qui informent ses choix, Albie Sachs estime que leur influence sur la décision est contrainte par l'acceptabilité des arguments avancés par les destinataires du discours judiciaire, A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, op. cit. note 36, p. 47-57.

C'est une rare convergence entre un discours judiciaire et les discours du type de ceux produits par la théorie critique du droit. Aussi, comme d'autres juges particulièrement prolifiques en Colombie, Albie Sachs s'est souvent exprimé dans des opinions concordantes ou dissidentes<sup>2426</sup> qui ont fait date, et dont il affirme lui-même qu'elles participent d'un dialogue public avec les autres juges, les étudiants en droit et la société entière. C'est une fonction qu'il a explicitement évoquée :

Ainsi, lorsque je suis ma conscience juridique et que je formule une opinion d'une manière particulière, je pense immédiatement à mes collègues de la Cour qui le liront, et je me console en pensant que si je ne les convaincs pas cette fois-ci, je plante peut-être la graine d'une nouvelle approche de leur part dans des affaires futures. J'imagine les juges et les magistrats d'autres tribunaux, aux prises avec leurs propres jugements, en train de le lire et d'y chercher éventuellement de l'aide. Je pense aux praticiens du droit qui se jettent dessus à la recherche d'arguments pour aider leurs clients. Ayant été professeur de droit pendant de nombreuses années, j'imagine les universitaires y enfoncer leur plume critique, en discuter avec leurs étudiants et éventuellement l'utiliser comme note de bas de page dans leurs manuels. Et surtout, je pense aux étudiants qui s'y engagent, l'esprit toujours en quête, l'idéalisme toujours vivant. Que peut faire la loi pour les gens ordinaires ? Quel langage le droit devrait-il utiliser pour s'exprimer de manière accessible et persuasive ?<sup>2427</sup>

L'activité judiciaire ainsi conçue par Albie Sachs vise à

[...] déstabiliser la communauté juridique en introduisant des changements, tout en renforçant la conviction de la communauté en justifiant d'une manière fondée sur des principes ce mouvement de l'avant. De ce point de vue, je crois qu'il est particulièrement important que lorsque nous réorganisons des éléments que la communauté juridique a longtemps considérés comme évidents, nous expliquions précisément ce que nous sommes en train de faire d'une manière qui soit la plus ouverte et transparente possible.<sup>2428</sup>

---

<sup>2426</sup> XXX

<sup>2427</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, op. cit. note 36, p. 146 : « So when I follow my legal conscience and articulate a judgment in a particular way, I think immediately of my colleagues on the Court who will be reading it, and console myself with the thought that if I do not persuade them this time round, perhaps I am planting the seed of a new approach by them in future cases. I imagine judges and magistrates in other courts, wrestling with their own judgments, reading it and possibly getting assistance from it. I think of legal practitioners pouncing on it in search of arguments to assist their clients. Having been a law teacher for many years, I envisage academics propelling their critical ploughs through it, discussing it with their students, and possibly using it as a footnote in their textbooks. And especially I think of students engaging with it, their minds still questing, their idealism alive. What can the law do for ordinary people? What language should the law use to express itself in accessible and persuasive form? »

<sup>2428</sup> *Ibid.*, p. 152-153 : « Indeed, part of the extraordinary intensity of being a judge on the Constitutional Court has flowed from the knowledge that as a new court applying a new constitution it had constantly to be re-defining the norms and standards of judicial reasoning. Furthermore, it had to do so in a way that simultaneously destabilized the legal community by introducing change, and reinforced the community's self-assurance by justifying in a principled way the forward movement. In this regard I believe it is particularly important that when we re-arrange elements that the legal community has long regarded as virtually axiomatic, we explain precisely what we are doing in the most open and transparent way possible. »



Ces deux passages illustrent la nature de l'activisme judiciaire en matière de transformation sociale en Colombie et en Afrique du Sud, par l'activité discursive de certains juges dans un contexte d'énonciation et de réception du style judiciaire qu'ils ont participé à ouvrir et qu'ils nourrissent, dans une approche dynamique, en tant que processus, déjouant les lectures simplistes de l'activité judiciaire comme une pure interprétation normative ou à l'inverse un gouvernement des juges partisan.

### 3. *La dissidence comme ouverture discursive*

Les juges sud-africains parlent en leur nom, dans un langage clair et accessible. Ils s'aventurent rarement dans la sophistication théorique. Le raisonnement qu'ils donnent à voir est par conséquent particulièrement formaliste<sup>2429</sup>. La particularité d'Albie Sachs s'exprime dans des opinions concordantes ou dissidentes, comme celles, par exemple, de Pius Langa - ou de Rodrigo Uprimny en Colombie. Comme l'exprime Sachs, le rôle du juge

est à la fois le métier le plus solitaire de la planète et le plus collégial. Il est solitaire dans le sens où il vous ramène à votre conscience, complètement seul lorsqu'il s'agit de décider, à la fin. C'est l'un des rôles de la dissidence. Il est essentiel pour l'intégrité des tribunaux sud-africains que nous ne signions pas une décision avec laquelle nous sommes en désaccord simplement parce que la majorité s'est prononcée dans ce sens. À cet égard, nous sommes dans une position différente de celle des juges des tribunaux fonctionnant selon le modèle continental européen. Ils ne sont pas autorisés à exprimer leur désaccord avec la décision majoritaire du tribunal et à se plaindre que des décisions avec lesquelles ils sont en profond désaccord leur sont attribuées en tant que membres du collectif.<sup>2430</sup>

Il s'agit, poursuit Sachs en décrivant la pratique de son collègue Dikgang Moseneke, de « maintenir le principe de la conscience individuelle dans un cadre collectif<sup>2431</sup>. »

Or une spécificité de la Cour sud-africaine est la rareté des opinions dissidentes, en particulier dans les premières années de la Cour. L'opinion reste souvent signée d'un magistrat, sauf à de rares exceptions dans les premières années de l'activité de la Cour, lorsqu'elles sont signées des

---

<sup>2429</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §2.

<sup>2430</sup> A. SACHS, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *op. cit.* note 301, p. 295 : « *it is simultaneously the loneliest job on Earth and the most collegial. It is lonely in the sense that it comes down to you and your conscience, completely on your own, in the end. That is one of the roles of dissent. It is critical to the integrity of South African courts that you don't sign onto something that you disagree with simply because the majority went that way. In this respect we are in a different position to judges working in courts that function according to the European continental model. They are not allowed to indicate dissent from the majority decision of the court and complain that decisions with which they profoundly disagree are attributed to them as members of the collective.* »

<sup>2431</sup> *Ibid.*, p. 295 : « *upholding the principle of individual conscience in a collective setting.* »

huit magistrats que requiert la Constitution<sup>2432</sup>. Il est rare en effet que les juges rédigent des opinions individuelles<sup>2433</sup> ; le ralliement majoritaire ou unanime à l'opinion du magistrat chargé de l'affaire est le cas le plus fréquent, avec une signature commune qui rend la décision impersonnelle<sup>2434</sup>. Ce qui est vu comme un départ de la tradition dans un pays de *Common law* est souvent défendu pour le travail collectif réalisé, en particulier du fait que les juges se réunissent pour discuter du projet de jugement rédigée par le magistrat saisi, puis font circuler des mémos, avant toute rédaction concordante ou dissidente ; de même, il est fréquent que l'ensemble des onze juges siègent pour chaque affaire, y compris lors des audiences visant à choisir les affaires à entendre, laissant un temps important pour les différents arguments<sup>2435</sup>. En somme, les membres de la Cour rendent alors des opinions tout en adhérant partiellement à l'exigence bien connue dans la culture juridique française de parler d'une seule voix. La hausse du nombre d'opinions dissidentes sous la présidence de Pius Langa – qui passe de 10 à 27% de décisions en présentant au moins une<sup>2436</sup> – peut être analysée comme une personnalisation du rôle des juges concomitamment à une baisse de la nature idéologique des questions que la Cour a été amenée à résoudre à partir des années 2000<sup>2437</sup>. Il faut néanmoins noter l'exception notable des opinions rendues par Albie Sachs dès les débuts de l'activité de la Cour, jusqu'à susciter une critique de la part du président Zuma, en 2012<sup>2438</sup>.

Dikgang Moseneke, membre de 2002 à 2016 et bref président de la Cour en 2013 et 2014, rend des opinions sobres à quelques exceptions propres à l'histoire<sup>2439</sup>. Il a ainsi participé à présenter le constitutionnalisme transformateur comme une rupture continue et actuelle avec le passé, en insistant notamment sur la redistribution<sup>2440</sup>. Il a fait partie, avec Arthur Chaskalson, du comité constitutionnel de 1993, après avoir été membre de la branche radicale de l'ANC, avocat sous l'Apartheid, et prisonnier politique<sup>2441</sup>. En tant que président de la Cour, il décide l'abandon des titres *My Lord* et *My Lady* et des termes en latin dans les décisions de la Cour afin de rompre avec le

---

<sup>2432</sup> W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », *op. cit.* note 293, p. 158. Les décisions de certification de la Constitution (voir *supra*, chapitre 1) sont rédigées *per curiam*, au nom de la Cour, sans signature individuelle.

<sup>2433</sup> À l'exception notable des 11 opinions individuelles de l'affaire Makwanyane.

<sup>2434</sup> C'est le cas des premières grandes décisions sur les droits sociaux : *Soobramoney*, *Grootboom*, *TAC*, *Port Elizabeth Municipality*, *Occupiers of 51, Olivia Road*.

<sup>2435</sup> K. O'REGAN, « A forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court », *op. cit.* note 271, p. 122.

<sup>2436</sup> D. BILCHITZ, « Humility, Dissent and Community: Exploring Chief Justice Langa's Political and Judicial Philosophy », *op. cit.* note 308, p. 90.

<sup>2437</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>2438</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1.

<sup>2439</sup> Voir *supra*, section 1, §1, B., 2.

<sup>2440</sup> D. MOSENEKE, « The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture : Transformative Adjudication », *South African Journal of Human Rights*, vol. 18, 2002, p. 309-319, par exemple, p. 317 : « Unlike classical liberal jurisprudence, animated by individual autonomy and protection of property, the attainment of collective good, through redistributive fairness in an open and accountable society, informs transformative jurisprudence ».

<sup>2441</sup> A. SACHS, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *op. cit.* note 301, p. 294.

passé colonial et de rendre la Cour plus accessible<sup>2442</sup>. Sa jurisprudence est relativement rare en matière de transformation sociale mais présente quelques discours à la tonalité forte sur l'histoire des inégalités<sup>2443</sup> ou encore le patriarcat<sup>2444</sup>. Dans ses mémoires publiées en 2016, en dehors donc de son exercice, il évoque ainsi ses valeurs :

[...] l'amour que j'ai et que je continue d'avoir pour notre peuple, et en premier lieu pour ceux qui vivent en marge de la société. Ils ont le droit de vivre dans une société juste et inclusive où leur dignité et leur estime de soi sont intactes et chéries. Ils doivent avoir accès à une éducation de qualité, à des soins universels, à l'eau et à l'assainissement ; ils méritent d'avoir un endroit qu'ils peuvent appeler leur maison, un environnement bien préservé et, dans tout cela, l'espace nécessaire pour être simplement humain. [C]e n'est pas ce que veut le parti au pouvoir, ce n'est pas ce que veut une autre élite politique, mais c'est ce qui est bon pour notre peuple qui est important.<sup>2445</sup>

Il est particulièrement intéressant que ce discours, que l'on pourrait retrouver dans la jurisprudence colombienne, apparaisse en Afrique du Sud hors des opinions du juge mais dans ses mémoires. Le rapport au politique est évident avec une finalité éthique (le bon) et une démarcation de la vie partisane.

Sandile Ngcobo a marqué la Cour en y siégeant de 1999-2011, et en assurant la présidence de 2009 à 2011. Il rédige certaines des opinions les plus conservatrices en matière de responsabilité individuelle, avec notamment la décision *Jordan* qui réfute toute approche de la prostitution en termes de discrimination socioéconomique ou de genre et refuse de juger inconstitutionnelles les dispositions qui la criminalisaient, dans une décision<sup>2446</sup> particulièrement courte et formaliste. Dans la décision *Affordable medicines*, le juge Ngcobo insiste sur le lien entre travail et personnalité<sup>2447</sup>. Dans la décision *Fuel Retailers*, il équilibre l'environnement et le développement économique sans élaborer plus avant les dispositions constitutionnelles relatives au premier<sup>2448</sup>. Sa compréhension des règles coutumières en matière de violence de genre appelle à comprendre leur contexte socioculturel, et à

---

<sup>2442</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>2443</sup> CCAS, *Head of Department, Mpumalanga Department of Education v Hoërskool Ermelo*, *op. cit.*

<sup>2444</sup> CCAS, 8 décembre 2008, *Gumede (born Shange) v President of the Republic of South Africa and Others* (Dikgang Moseneke), §17.

<sup>2445</sup> D. MOSENEKE, *My Own Liberator: A Memoir*, Picador Africa, 2016, p. 349 : « [...] the love I have and continue to have for our people, and foremost for those who live on the edges of society. They are entitled to live in a just and socially inclusive society where their dignity and self-worth are intact and cherished. They must have access to quality education, universal health care, water and sanitation; they deserve to have a place they can call home, an environment that is well preserved and, in all this, the space simply to be human. [I]t is not what the ruling party wants, it is not what any other political elite wants, but rather it is what is good for our people that is important. »

<sup>2446</sup> CCAS, 9 octobre 2002, *S. v. Jordan and others* (Sandile Ngcobo). Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2, B., 4.

<sup>2447</sup> CCAS, CCAS, 11 mars 2005, *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another* (Sandile Ngcobo), §59. Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2, B., 4.

<sup>2448</sup> CCAS, 7 juin 2007, *Fuel Retailers Association of South Africa (Pty) Ltd v. Director- General Environmental Management Mpumalanga and Others* (Sandile Ngcobo), §45-46.

considérer l'uBuntu comme une appartenance communautaire plutôt que le respect de la dignité, même s'il estime qu'il faut considérer les changements dans l'interprétation du droit coutumier plutôt que laisser le législateur adopter un nouvel encadrement comme l'opinion majoritaire dans la décision *Bhe*<sup>2449</sup>.

Déjà dans la décision *Bato Star*, on voyait s'opposer deux styles dans le jugement de Kate O'Regan et l'opinion pourtant concordante de Sandile Ngcobo. Les deux opinions rejettent une demande qui contestait l'allotements de quotas de pêche au motif qu'il ne revenait pas au juge d'examiner l'usage de critères législatifs par les autorités publiques<sup>2450</sup>. Les requérants invoquaient pourtant la Constitution en défendant leur position en tant que petite entreprise employant des noirs, alors que les critères visaient, entre autres, la transformation sociale. L'opinion de Kate O'Regan se concentre sur les critères législatifs et la séparation des pouvoirs avec précision, évoquant au passage la source constitutionnelle du contrôle du juge au lieu de la *Common law* ou de la souveraineté parlementaire<sup>2451</sup>. Aucune valeur constitutionnelle n'est discutée au soutien d'une discussion qui évoque bien une transformation, mais celle de l'économie. Sandile Ngcobo rédige une opinion concordante qui aboutit à la même solution mais ajoute néanmoins une définition de la transformation sociale en évoquant à plusieurs reprises « notre Constitution » et « notre ordre constitutionnel »<sup>2452</sup>. De manière inédite, ce discours sur la transformation s'accompagne d'une réflexion publique sur ses limites, moins souvent présente dans la dogmatique de la Cour : « la transformation est un processus » confronté à « des difficultés que nous ne devons pas sous-estimer » et qui peuvent tenir à ce qu'elle nuit à certains quand elle avantage d'autres<sup>2453</sup>. Il formule alors la même réticence vis-à-vis de la séparation des pouvoirs que Kate O'Regan mais en insistant

---

<sup>2449</sup> CCAS, 15 octobre 2004, *Bhe and others v. Khayelitsba Magistrate and others* (Pius Langa), §163, opinion concordante du juge Sandile Ngcobo. Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2, B., 4. Le juge Ngcobo est ainsi en désaccord avec la majorité sur le fait de juger discriminatoire le principe coutumier de primogéniture dans la transmission aux enfants mineurs, tandis que la majorité a condamné le principe en général et pour son caractère masculin ; Sandile Ngcobo insiste sur un critère de responsabilité de l'individu qui doit prendre en charge la famille voir §163s.

<sup>2450</sup> CCAS, 12 mars 2004, *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* (Kate O'Regan).

<sup>2451</sup> *Ibid.*, §22.

<sup>2452</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Sandile Ngcobo, §72s.

<sup>2453</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Sandile Ngcobo, §76 : « *But transformation is a process. There are profound difficulties that will be confronted in giving effect to the constitutional commitment of achieving equality. We must not underestimate them. The measures that bring about transformation will inevitably affect some members of the society adversely, particularly those coming from the previously advantaged communities. It may well be that other considerations may have to yield in favour of achieving the goal we fashioned for ourselves in the Constitution. What is required, though, is that the process of transformation must be carried out in accordance with the Constitution.* »

sur le caractère transformateur de la loi et la liberté dont doit bénéficier le pouvoir administratif afin de mettre en œuvre la transformation<sup>2454</sup>.

L'approche du juge Ngcobo, de même que sa manière précautionneuse, peu émotive de rendre la justice, a été associée par son collègue Albie Sachs au fait qu'il était l'un des rares membres de la Cour à venir d'un milieu pauvre, et qu'il tirait sa créativité judiciaire d'un souci pour la vie quotidienne<sup>2455</sup>. Albie Sachs raconte avec son style habituel combien il a été impressionné par le sérieux et la rigueur de son collègue, exprimant également une empathie quant aux critiques qu'il a reçues lors de sa nomination, comme Sachs en avait reçu lui-même<sup>2456</sup> – sans préciser que la proximité avec le pouvoir qui leur était reprochée pour Sachs, provenait de la lutte contre l'Apartheid, pour l'autre, avec le conservatisme de l'ANC des années 2000. Albie Sachs admet les divergences qu'il présentait avec son collègue et s'enorgueillit que la Cour ait permis de telles échanges et rencontres : la rigueur de Ngcobo lui permettait, à lui le juge créatif, de « recalibrer ses axiomes<sup>2457</sup> », dont il ne dit pas qu'ils sont ceux d'une certaine vision de la transformation.

Elizabeth Brundige, désormais enseignante-chercheuse à l'université Cornell, ancienne assistante de Sandile Ngcobo, a raconté qu'il pouvait pousser son équipe à discuter oralement cinq ou six heures d'une affaire dans la seule phase de la lecture des arguments écrits, avant donc l'audience<sup>2458</sup>. Il est alors décrit comme exigeant avec lui-même comme avec ses assistants afin de préparer au mieux chaque affaire et « construire, cas par cas, une jurisprudence qui poserait les fondations d'une nouvelle Afrique du Sud<sup>2459</sup> ». Elizabeth Brundige a notamment raconté la manière

---

<sup>2454</sup> Par exemple, *ibid.*, opinion concordante de Sandile Ngcobo, §100 : « *It is true that the Minister has a discretion in the granting of fishing rights under the Act. But how is the Minister to exercise that discretion? In particular, the question is does the Act read as a whole and in the context of our commitment to equality, indicate any policy which the Minister is to follow? If there is such a policy, then the Minister must exercise his discretion in accordance with such policy. The Minister has a duty to give effect to that policy. Here, the main foundational policy of the Act is to redress the imbalance of the past. The Minister is bound to give effect to that policy in the exercise of the discretion.* », et §104 : « *The duty of the courts in this regard, however, does not extend to telling the functionaries how to implement transformation. That must be left to the functionaries concerned* ».

<sup>2455</sup> A. SACHS, « Recalibrator of Axioms: A Tribute to Justice Sandile Ngcobo », *Southern African Public Law*, vol. 32, n° 1-2, 2017, p. 1-8, p. 7 : « *Traditionally, judges had grown up as part of the social elite; they had absorbed the manners, style, modes of thinking of the advantaged section of the community. Sandile had grown up in an under-resourced peri-urban area, sensitive to the importance of law in traditional African society, with little early exposure to the ideas, habits and assumptions that would be second nature to people who'd become judges in the past. And yet, despite or maybe because of this, he had a clarity of legal mind that was quite exceptional. And maybe, just as some people are born gifted with a capacity to paint, to sing, to design buildings, he was born with a capacity to handle the abstractions of legal logic as triggered by the experiences of daily life.* »

<sup>2456</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>2457</sup> Albie Sachs raconte notamment cet échange après une audience, lorsque qu'il a invectivé un témoin qu'il accusait de mentir : « *During a tea break, sitting around the conference table, Sandile opened by saying: 'Albie, you were quite wrong to ask that question in that way.' It was a stern collegial reproof. I replied: 'Sandile, you're quite right. I was wrong to do so.'* » (*Ibid.*, p.2).

<sup>2458</sup> E. BRUNDIGE, « Adjudicating the Right to Participate in the Law-making Process: A Tribute to Retired Chief Justice Ngcobo », *Southern African Public Law*, vol. 32, n° 1-2, 2017, p. 1-18, p. 5.

<sup>2459</sup> *Ibid.*, p. 5

dont le juge avait travaillé pour rédiger l'opinion majoritaire de la décision *Matatiele*<sup>2460</sup> : il a lui-même soulevé l'argument de la participation du public afin de censurer la loi alors que les avocats estimaient même, lorsque cela leur a été demandé, que la loi avait été correctement adoptée, leur défense reposant sur un argument substantiel écarté, lui, par la Cour<sup>2461</sup>. Les législatures des provinces concernées sont même convoquées comme parties afin de donner leur avis sur la procédure suivie par le parlement national. L'ancienne assistante Elizabeth Brundige raconte qu'elle a alors été chargée, en tant qu'Américaine, d'effectuer des recherches sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis afin de trouver des arguments sur une question qui n'avait jamais été abordée par la Cour constitutionnelle. La juriste explique avoir connu « une expérience transformatrice » à la Cour<sup>2462</sup> – c'est de la transformation d'elle-même comme sujet dont elle parle. Elle dit également avoir été marquée dans son expérience dans la défense des droits humains aux États-Unis, aussi bien pour l'engagement que, plus spécifiquement, la rigueur, l'inclusion de voix plurielles et l'inscription du langage des droits humains dans un « contexte historique, social et politique local<sup>2463</sup> ».

L'idée d'une reformulation du litige en termes de droit à la participation dans une affaire qui portait sur la délimitation des frontières provinciales serait venue d'une affaire dont Sandile Ngcobo avait à sa charge au même moment, *Doctors for life*, qui portait précisément sur le manque de participation publique dans l'adoption de plusieurs lois relative à la santé<sup>2464</sup>. L'affaire a également été l'occasion d'un discours rare sur la démocratie participative. L'opinion majoritaire de *Doctors for life* s'appuie en particulier sur le droit international et comparé en matière de participation<sup>2465</sup>, avant de l'appliquer au contexte sud-africain<sup>2466</sup>, tout en y mêlant une tradition africaine<sup>2467</sup>. Le juge Ngcobo a alors rendu une première décision dans l'affaire *Matatiele* rejetant les arguments au fond et renvoyé à une nouvelle audience afin de décider du nouvel argument soulevé d'office relatif à la procédure. Il s'en justifiait ainsi :

De manière générale, les juges [...] ne doivent pas se laisser prendre à un batifolage en décidant de questions qui ne leur sont pas soumises. La résolution des litiges entre les parties n'est pas le prétexte

---

<sup>2460</sup> CCAS, 27 février 2006, *Matatiele Municipality v. President of the Republic of South Africa* (Sandile Ngcobo). Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, B.

<sup>2461</sup> E. BRUNDIGE, « Adjudicating the Right to Participate in the Law-making Process: A Tribute to Retired Chief Justice Ngcobo », *op. cit.* note 378, p. 3.

<sup>2462</sup> *Ibid.*, p. 13 : « My clerkship with Chief Justice Ngcobo was one of the most transformative experiences of my early professional career. It continues to guide my work today as a human rights lawyer and a clinical professor. »

<sup>2463</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2464</sup> CCAS, 17 août 2006, *Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others* (Sandile Ngcobo).

<sup>2465</sup> *Ibid.*, §102s.

<sup>2466</sup> *Ibid.*, §110-146.

<sup>2467</sup> *Ibid.*, §109.

d'une discussion académique sur des enjeux plus vastes. Mais comme toute règle, elle est soumise à exceptions. Elles doivent satisfaire l'intérêt de la justice.<sup>2468</sup>

Aussi la décision *Matatiele* suivait une voie activiste en invoquant un moyen d'office afin d'annuler la loi, mais elle était rédigée avec une certaine froideur qui correspondait à l'interprétation des procédures de consultation des organes provinciaux et nationaux impliqués. Dans son opinion concordante, Kate O'Regan exprime la même réticence vis-à-vis du pouvoir judiciaire en justifiant une exception ici, du fait du contexte socioéconomique et du besoin de « légitimité » des décisions publiques<sup>2469</sup>. D'une certaine manière, Sandile Ngcobo traduit dans la procéduralité politique un discours que la Cour a pu élaborer pour les droits sociaux, mais avec un ton nettement moins emphatique. Il insiste sur des références constitutionnelles et internationales et comparées sans expliciter sa propre idéologie, confirmant là une approche conservatrice de son rôle, même lorsqu'il s'agit d'affirmer une vision forte, tandis qu'Albie Sachs, lui, exprime la même idée de sa manière particulièrement marquante et progressiste. Sa proximité avec le président Zuma pousse néanmoins Sandile Ngcobo à la démission du poste de *chief justice* en 2011<sup>2470</sup>.

De même, à première vue, l'opinion de Sandile Ngcobo dans la décision *Doctors for life* commence par une présentation factuelle et donne ensuite une interprétation serrée des textes et des compétences des organes concernés, sur une centaine de considérants. Rien à voir avec, par exemple, l'opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen qui débute en s'indignant de « l'exclusion de la majorité des sud-africains d'une participation significative dans pratiquement toutes les sphères de la vie<sup>2471</sup> ». De même, dans son opinion concordante, Albie Sachs évoque « notre éthos national », les « sacrifices immenses » pour obtenir la représentation égale, « le dialogue et la tolérance » opposées à la « silenciation au cours de l'histoire »<sup>2472</sup>. Il exprime une vision forte et chargée en affect de l'idéal constitutionnel, en précisant qu'il serait « injuste » de n'y voir « qu'une élaboration rhétorique » : il lie alors « la nature profondément créative de notre démocratie » à une

---

<sup>2468</sup> CCAS, *Matatiele*, op. cit., §66 : « As a general matter, a court should decide issues raised by the parties in their pleadings and in argument. They should not embark upon a judicial frolic and decide matters that are not before them. The adjudication of disputes between the parties is not an occasion to engage in an academic exercise of deciding a whole range of issues that are not before a court. But, like all general rules, this too is subject to exceptions. It must yield to the interests of justice. »

<sup>2469</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Kate O'Regan, §89 : « It is quite plain that the redrawing of provincial boundaries is an intensely controversial matter upon which communities feel strongly and which has the potential to undermine the stability of our democracy and the legitimacy of local and provincial government in the areas where boundaries have been moved. Moreover, the redrawing of a boundary has a long-term effect that cannot easily be undone. A community whose town or neighbourhood is shifted from one province to another must live with that change for many years if not forever. The social, economic and political sensitivity of boundary changes coupled with their essentially long-term character underlines the need for the process by which a boundary change is effected to be legitimate and constitutionally proper. »

<sup>2470</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, A.

<sup>2471</sup> CCAS, *Doctors for life*, op. cit., opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen, §244-5 : « the exclusion of the majority of South Africans from meaningful participation in virtually every sphere of life. »

<sup>2472</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §227, 228, 229 et 234.

approche juridique de la Constitution<sup>2473</sup>. Ces opinions ajoutent alors au jugement majoritaire une substance affective qui lui fait défaut. L'opinion majoritaire de Sandile Ngcobo monte en généralité après sa présentation factuelle, sans néanmoins adopter les formules imagées qui ont pu marquer la jurisprudence de la Cour, jusqu'à envisager le droit à la participation en ce qu'il

[...] encourage les citoyens à s'impliquer activement dans les affaires publiques, à s'identifier aux institutions gouvernementales et à s'habituer à la conception des lois. Il encourage la dignité civique de ceux qui participent en permettant à leur voix d'être entendues et prises en compte.<sup>2474</sup>

L'opinion insiste sur « notre démocratie constitutionnelle<sup>2475</sup> », « notre Constitution » et sa définition de la démocratie<sup>2476</sup>, « notre démocratie » et le contexte de « notre histoire »<sup>2477</sup> afin d'élaborer une vision de la démocratie participative qui s'impose aux organes de l'État<sup>2478</sup>.

Illustrant un trait typique de la dissidence au sein de la Cour, Johann Van der Westhuizen dit « adhérer de tout cœur avec l'opinion majoritaire sur la désirabilité immense et l'importance de l'implication du public dans notre démocratie » et « être ému par la référence d'Albie Sachs à ses origines et son potentiel créatif », mais il estime qu'il lui faut affirmer que la Constitution, « sur la base de ce qu'elle dit », ne crée pas pour autant une obligation constitutionnelle permettant d'invalider une loi sur ce fondement ; le juge ajoute qu'une telle lecture doit être

---

<sup>2473</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §227 : « I believe that it would be gravely unjust to suggest that the attention the Constitutional Assembly dedicated to promoting public involvement in law-making represented little more than a rhetorical constitutional flourish on its part. The Assembly itself came into being as a result of prolonged and intense national dialogue. Then, the Constitution it finally produced owed much to an extensive countrywide process of public participation. Millions of South Africans from all walks of life took part. Public involvement in our country has ancient origins and continues to be a strongly creative characteristic of our democracy. We have developed a rich culture of imbiizo, lekgotla, bosberaad, and indaba. Hardly a day goes by without the holding of consultations and public participation involving all 'stakeholders', 'role-players' and 'interested parties', whether in the public sector or the private sphere. The principle of consultation and involvement has become a distinctive part of our national ethos. »

<sup>2474</sup> Doctors for life, §115 : « [...] encourages citizens of the country to be actively involved in public affairs, identify themselves with the institutions of government and become familiar with the laws as they are made. It enhances the civic dignity of those who participate by enabling their voices to be heard and taken account of. »

<sup>2475</sup> *Ibid.*, §109.

<sup>2476</sup> *Ibid.*, §111.

<sup>2477</sup> *Ibid.*, §112, 116.

<sup>2478</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, B.



séparée de sa propre vision créative de notre démocratie, ou du scepticisme [qu'il] peut avoir vis-à-vis des politiciens d'Afrique du Sud ou de n'importe où ailleurs, ou peut-être d'un idéal ou d'une idéologie qui soit justifiable et compréhensible.<sup>2479</sup>

Le juge renvoie alors aux « universitaires » la caractérisation de la démocratie<sup>2480</sup>. Johann Van der Werthuizen évoque pourtant à une méthode littérale mais aussi contextuelle et téléologique<sup>2481</sup> afin d'indiquer l'interprétation que le juge devrait mener au lieu d'un travail qualification universitaire ou de l'expression d'une idéologie politique. Aussi le juge n'indique pas en quoi ce contexte ou la finalité poursuivie seraient différents de la manière dont l'opinion majoritaire les mobilise également au renfort de sa vision qu'il juge plus politique, c'est-à-dire en quoi le contexte ne serait pas nécessairement une vue politique. Car il ne s'agit pas que d'interprétation constitutionnelle au sens littéral où l'entend souvent la Cour.

Pour Johann Van der Werthuizen lui-même, dans une « jeune démocratie », « une retenue judiciaire est importante pour la préservation de la démocratie » tandis que « l'activisme judiciaire » ne peut avoir lieu qu'en des circonstances précises<sup>2482</sup>, lesquelles ne sont d'ailleurs pas précisées dans l'opinion. C'est donc une autre vision de la démocratie qui apparaît, en minorité, sauf à considérer que la séparation des pouvoirs ne relève ni de la démocratie, ni d'une vision politique<sup>2483</sup>. Le juge Van der Werthuizen ne fait que soutenir l'opinion de dissidente de Zakeria Yacoob qui insiste sur la nature représentative de la démocratie sud-africaine, et cite même une opinion antérieure d'Albie Sachs défendant le droit au vote<sup>2484</sup>. Mettre en avant la participation aboutit même, selon Yacoob, à « une négation cynique de l'étendue immense de la douleur et de la dévastation de l'Apartheid »,

---

<sup>2479</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen, §244-1 : « I whole-heartedly and enthusiastically agree with the majority position on the enormous desirability and importance of public involvement for our democracy. I am moved by Sachs J's references to its ancient origins in our country and to its creative potential. Regular elections and a multi-party system of government are indeed fundamental for but not exhaustive of our constitutional democracy. In short, I strongly believe that section 72(1)(a) (as also sections 59(1)(a) regarding the National Assembly and 118(1)(a) regarding provincial legislatures) has to mean something concrete. I am convinced that section 72(1)(a) creates a constitutional obligation, which must be fulfilled. However, all of this does not mean that the provision is constitutionally intended to result in specific legislation being declared invalid by this Court. The wording of subsection (1)(a), the structure of section 72 as a whole, and its location within the broader constitutional scheme strongly suggest otherwise. I have to interpret the Constitution, contextually and purposively of course, but on the basis of what it says, as far as I am able to ascertain this, untainted by my own creative vision of our democracy, or any scepticism I might have concerning politicians in South Africa and elsewhere in the world, or any other perhaps justifiable or understandable ideal or ideology. »

<sup>2480</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen, §244-4 : « Characterising and labelling a dispensation is to a large extent the function of academics and other analysts. »

<sup>2481</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen, §244-8.

<sup>2482</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johann Van der Westhuizen, §244-7 : « It follows from the above that I am concerned about the separation of powers, which is crucial in any democracy and probably more so in a young one. Judicial restraint is important for the preservation of democracy and constitutionalism, as judicial activism also is under circumstances when it is called for. »

<sup>2483</sup> D'ailleurs, Johann Van der Westhuizen lui-même défend sa vision non comme une interprétation mais comme un idéal démocratique : « The minority position is not only justified by the interpretation of the Constitution, but also preferable for the ideal of democracy, and specifically for a meaningful and practically achievable understanding and harmonisation of the participatory and representative components of our democracy. » (*Ibid.*, §244-10).

<sup>2484</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Zakeria Yacoob, §291.

L'opinion étant alors particulièrement dans le pathos en évoquant « les millions qui ont souffert », alors selon Yacoob que « l'oppression et l'exploitation étaient le résultat de l'exclusion du vote et de la représentation de la majorité du peuple »<sup>2485</sup>.

Un autre virage est amorcé par Mogoeng Mogoeng, nommé à la Cour en 2009 et président de 2011 jusqu'à son départ en 2021, avec une forme de discours inédite dans la jurisprudence de la juridiction. Il a grandi et étudié dans la région du Kwazulu-Natal, a été actif dans des mouvements militants contre l'Apartheid, et juge à partir de la fin des années 1990. À partir de 2016, le président Mogoeng Mogoeng élabore des jugements dont le ton rompt avec les précédents discours judiciaires sur l'idéal constitutionnel sud-africain<sup>2486</sup>. Il ne s'agit plus de valoriser une rupture consensuelle avec le passé mais d'insister sur les fractures encore actuelles de la société sud-africaine, avec des termes qui pourraient relever d'une expression partisane. Y compris pour exprimer des traits conservateurs, par exemple lorsqu'il insiste sur la valeur du mariage face à une opinion majoritaire de Margie Victor qui estimait discriminant de poser le mariage comme critère dans l'attribution du nom<sup>2487</sup>. Selon lui, le mariage n'est pas seulement un choix mais « une institution inestimable » associée à l'égalité au sens où elle peut être atteinte sans condition de ressources<sup>2488</sup>. Une institution rendue nécessaire, selon Mogoeng Mogoeng, par la loi qui en l'espèce prive les hommes non mariés de choisir le nom de leur enfant librement, ce qui ne pourrait être possible que dans « un monde théorique et surréaliste<sup>2489</sup> ». Le discours de Mogoeng Mogoeng est aussi un discours de la révolte, qui met en avant des valeurs africaines et du principe d'uBuntu contre les imports étrangers, avec un ton

---

<sup>2485</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Zakeria Yacoob, §294 : « *The oppression and exploitation of people in apartheid was not the result of the absence of public participation in government processes in the sense in which it is used in the Constitution. Oppression and exploitation during apartheid was the result of the painful fact that the majority of people had no vote and were not represented in Parliament. Millions of people suffered, tens of thousands of people were tortured and even died and millions of people struggled against the apartheid regime. Any suggestion that the struggle and sacrifice of the past was predominantly aimed at securing public participation in the making of laws represents, in my view, a cynical denial of the phenomenal extent of apartheid devastation and pain.* »

<sup>2486</sup> On peut d'ailleurs deviner une divergence notable avec Kate O'Regan lorsque celle-ci assume, dans un colloque où intervient également Albie Sachs, qu'elle aurait préféré voir Dikgang Moseneke être nommé à la présidence, K. O'REGAN, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *Acta Juridica*, 2017, p. 273-284.

<sup>2487</sup> CCAS, 22 septembre 2021, *Centre For Child Law v Director-General Dept of Home Affairs and Others*, *op. cit.*, opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §119 : « *It is indeed an oversimplification to treat marriage as a mere piece of paper. For, marriage sits right at the centre of and has, from time immemorial, been foundational to the establishment of a stable and functional family structure or unit. It also gives rise to predictable reciprocal rights and obligations between spouses and their shared duty of care and support for children. When a child is born of a married woman, barring evidence to the contrary, the husband is legally presumed to be the biological father and his surname, ancestry, clan and nationality will without more adhere to the child. This presumption exists for the advancement of the best interests of a child. Drawing from the societal, universal and constitutional recognition and inherent benefits of the institution of marriage, this Court said that it may at times be appropriate to accord certain benefits or entitlements to married people but not to unmarried people.* ».

<sup>2488</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §126 : « *Marriage is a choice. But, it is also such an important and invaluable institution that it is not to be decried and wished or spoken out of its necessary existence or role. It is also not some unattainable or exclusionary elitist club that an average person has no easy access to.* »

<sup>2489</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §132.

volontiers héroïque<sup>2490</sup>. Le juge s'illustre également par la décision relative aux changements des noms de rue afin de mettre en avant des personnes noires<sup>2491</sup>. Une controverse a alors lieu par opinions interposées entre la lecture de l'histoire africaniste de Mogoeng Mogoeng et la valorisation de la culture Afrikaans, alors détachée de l'Apartheid, par les juges Johann Van der Westhuizen et Johan Froneman<sup>2492</sup>.

Aussi, ce n'est pas seulement le choix général d'une prudence judiciaire ou la pratique de la dissidence qui marquent le discours de la Cour, mais la pluralité des styles – même si celle-ci prend un essor certain avec la désuétude du consensualisme au sein de la Cour. Comme l'exprime Kate O'Regan,

L'une des décisions collégiales prises très tôt par les membres de la Cour a été de faire entendre les diverses voix des juges. Cette diversité de ton et de registre était riche et profonde : la calme mesure métronomique d'Arthur Chaskalson, les principes humanistes et affirmés de Pius Langa, la gamme imaginative et l'étincelle rhétorique d'Albie Sachs, l'écriture élégante et expressive de Johann Kriegler, la prose tendue de John Didcott, le raisonnement logique et approfondi de Sandile Ngcobo. Toutes ces voix font partie de notre jurisprudence constitutionnelle. Et celle de Dikgang Moseneke est une voix très particulière. Elle est ferme et résonnante, avec des cadences distinctes.<sup>2493</sup>

À partir de la moitié des années 2010, deux juges jouent un rôle important dans un virage de la jurisprudence vers un discours intersectionnel<sup>2494</sup>. Nonkosi Mhlantla, nommée en 2015, a été avocate à Pretoria puis juge en Haute Cour et à la Supreme Court of Appeal avant d'être nommée à la Cour constitutionnelle. Margie Victor est acting justice depuis 2021 après avoir été travailleuse

---

<sup>2490</sup> CCAS, 8 avril 2011, *The Citizen 1978 (Pty) Ltd and Others v McBride* (Edwin Cameron), opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §217-218 : « *We live in an African country which is rapidly being denuded of the values and moral standards which once characterised and defined the very nature of who a substantial majority of its citizens were and what they stood for. Botho or ubuntu is the embodiment of a set of values and moral principles which informed the peaceful co-existence of the African people in this country who espoused ubuntu based on, among other things, mutual respect. Ubuntu gives expression to, among others, a biblical injunction that one should do unto others as he or she would have them do unto him or her. The law, order, generosity, peace and common decency that previously characterised many communities in South Africa were attributed to an unwavering commitment to the philosophy of ubuntu. No wonder the drafters of our interim Constitution deemed it meet to cite ubuntu as one of the ingredients essential to the healing of our country. Sadly, a new culture has taken root and continues to cancerously eat at botho.* ». Voir *supra*, chapitre 5, section 2, §1, B., 1.

<sup>2491</sup> Voir *supra*, section 1, §1, B., 2.

<sup>2492</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, B., 3.

<sup>2493</sup> K. O'REGAN, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *op. cit.* note 406, p. 276 : « *One of the collegial decisions made by judges of the Court very early on was to let the diverse voices of judges be heard. That diversity of tone and register was rich and deep: the calm metro- nomic measure of Arthur Chaskalson, the humane and steady principle of Pius Langa, the imaginative range and rhetorical spark of Albie Sachs, the elegant and expressive writing of Johann Kriegler, the taut prose of John Didcott, the logical and thorough reasoning of Sandile Ngcobo. All these voices are part of our constitutional jurisprudence. And Dikgang Moseneke's is a very particular voice. It is firm and resonant, with distinctive cadences.* »

<sup>2494</sup> Voir *supra*, section 1, §1, B., 1 et *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 3.

sociale, avocate et juge à la Supreme court of appeal. Leur jurisprudence a laissé moins de traces stylistiques pour le moment.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

L'opposition entre subjectivité et objectivité ou entre fait et norme qui traverse les débats théoriques sur le discours constitutionnel se révèle insuffisante à comprendre l'activité des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie. Le droit serait alors restreint à un idéal opposé à une pratique ou à une subjectivité de l'interprète que nierait une prétention rationaliste. Mais le dépassement inverse de ces distinctions par un constitutionnalisme transformateur traduit mal leur maintien au moins rhétorique dans le discours judiciaire et extra-judiciaire des juges eux-mêmes. Dans les deux pays, les juges constitutionnels donnent moins à voir une déduction formelle ou une rationalité qui se présenterait comme universelle ou maintenant une claire distinction entre droit et politique qu'une forme affective et créative particulière. C'est notamment le cas concernant les droits sociaux, dont les deux juridictions ont fait le cœur de leur jurisprudence et de leur légitimité. Cette forme apparaît dans les traces d'émotions qui surgissent des opinions dans une triple dimension, relative aux requérant démunis, à la société ou à l'idéal constitutionnel, et enfin à la position du juge lui-même.

La manière dont les juges s'expriment dépasse le seul discours de la validité juridique. Les décisions visent à être lues et à convaincre. L'accès aux cours constitutionnelles et la relation avec les autres juridictions nationales est déterminante pour expliquer la jurisprudence, mais ne suffit pas à expliquer la densité et le sens des décisions rendues. L'activisme dépend également de conditions internes propres à toute institutions et de la manière dont les juges travaillent la matière sociale, au sein d'un mode de communication spécifique. À cet égard, il faut distinguer des juridictions activistes de juges activistes, tel qu'on le voit dans la littérature et l'économie des opinions rendues. Les décisions les plus ambitieuses des deux cours constitutionnelles en matière de transformation sociale ont été rendues par un nombre restreint de magistrats. Certains membres paraissent ainsi construire expressément, par leur travail et leur signature, une jurisprudence activiste sur plusieurs années. Ce n'est alors pas un discours qui ressort, ni même simplement les variations des différentes époques qui marquent les juridictions, mais une pluralité d'approches qui ressortent des opinions majoritaires d'une décision à l'autre et du jeu des opinions majoritaires et des dissidences au sein des mêmes décisions. La Cour sud-africaine apparaît néanmoins globalement comme une Cour prudente, tandis que la Cour colombienne apparaît comme une Cour théorique.

L'affect n'est pas une seule rhétorique ; il s'agit d'un élargissement du sens normatif de la Constitution. Les cours d'Afrique du Sud et de Colombie produisent un discours particulier qui

peut s'analyser comme une activité de communication. L'émotion dans le discours permet une dialectique entre d'un côté l'individualisation propre à la concrétisation et à l'équité qu'elle implique et d'un autre côté les valeurs collectives et représentations formées par le juge dans son œuvre constitutionnelle. L'émotion sert alors de médiateur entre les situations individuelles et une vision sociale plus large, les premières attirant les reproches d'un contentieux inefficace vis-à-vis des structures sociales et des politiques publiques, la seconde renvoyant à la critique traditionnelle de l'incapacité et de l'illégitimité des juges à élaborer une normativité sociale. La fonction affective du jugement mêle alors les registres par un jeu de références textuelles, théoriques, philosophiques ; par cet ensemble original et propre à chaque juridiction, le juge constitutionnel opère une subsomption du cas individuel vers la collectivité et de la violation des droits sociaux, qualifiée comme inacceptable dans le nouvel ordre constitutionnel, vers l'idéal normatif qui se constitue dans les mots du juge. Une construction sophistiquée du discours judiciaire permet de contourner cette aporie et de participer à une construction des identités : l'émotion est autant un instrument de connaissance, donné à voir pour affirmer la force du raisonnement, qu'une production du juge pour faire accepter celui-ci. L'activisme apparaît alors dans une fonction expressive du jugement.

Un premier temps a vu s'élaborer un discours dogmatique, encore largement en vigueur, qui a fixé le ton et l'interprétation générale. Ce temps correspond à des juges universitaires ou politiciens avec une ambition théorique assumée. La Cour constitutionnelle de Colombie donne à voir un discours chargé en affect et lie directement la réaction à la situation des requérants à son processus d'élaboration de la norme constitutionnelle. Ce phénomène s'explique, premièrement, par la vision particulière de certains magistrats venus de l'université des Andes aux débuts de l'activité de la Cour, deuxièmement, par l'usage qui a été fait de la *tutela* dans l'ordre juridique colombien, troisièmement, en produisant une jurisprudence favorable aux demandes en matière de droits sociaux, et troisièmement par la prépondérance acquise par la Cour dans l'ordre juridictionnel colombien. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, dans un environnement de contentieux stratégique intense et des attentes sociales élevées, a produit un discours affectif sur la société sud-africaine et les titulaires des droits sociaux, même si son ton était plus mesuré, à l'instar du premier président, Arthur Chaskalson, ou de Pius Langa par la suite. Surtout, ce discours ne s'est pas accompagné d'une approche particulièrement originale de l'interprétation, mais une figure sensible du juge apparaît avec Albie Sachs qui marque durablement le discours judiciaire. En outre, l'accès restreint à la Cour et le rôle laissé par elle aux juridictions ordinaires font que le juge constitutionnel intervient rarement dans le processus normatif.

Quelques juges ont ainsi façonné dans chaque pays l'approche de la jurisprudence qui est ensuite devenue une doxa jamais frontalement remise en cause. Les premiers juges colombien de

L'université des Andes ont vu leur héritage poursuivi et corrigé dans un deuxième temps. Manuel José Cepeda Espinosa, juge, universitaire, incarne un tournant de la Cour par rapport à la première génération : la nouvelle composition s'appuie sur la conceptualisation initiale de la transformation sociale mais participe autant de l'extension de la *tutela* auprès de requérants des classes moyennes qu'à une approche plus technique du contentieux, plus attentive à l'efficacité et aux politiques publiques. Des juges nommés plus récemment, progressistes comme conservateurs, ont produit de nouveaux discours sans infléchir l'idéal constitutionnel originaire élaboré par la Cour. Ce ne sont pas seulement les juges, mais l'ensemble des membres et auxiliaires de la juridiction qui produisent la jurisprudence. S'est alors constituée une culture institutionnelle particulière de la Cour comme protectrice des droits. En Afrique du Sud, Arthur Chaskalson et d'autres ont produit un discours cohérent mais réticent à la matière philosophique, d'où le procès en formalisme adressé à la Cour. Albie Sachs est une exception avec un discours beaucoup plus affectif, bien que moins affecté par les inégalités sociales et moins militant au sens où la conceptualisation de la transformation sociale a été élaborée en Colombie par la Cour. Pius Langa ou Sandile Ngcobo ont produit un discours volontiers relié à des émotions politiques, mais tenu à distance de l'interprétation par un style plus serré. Plus récemment, la période des opinions consensuelles voire de l'unanimité a cédé la place à une pratique accrue de la dissidence, livrant un discours alternatif particulièrement riche, parfois patriotique, qui évoque l'idéologie même s'il affirme l'éloigner du processus interprétatif.

## TITRE 4 : UN ACTIVISME DISCURSIF

### INTRODUCTION DU TITRE 4

Les cultures juridiques des deux pays se sont construites à la confluence des histoires des deux pays et des influences mondiales, au tournant d'un moment qui a été qualifié de néoconstitutionnaliste, de principiel ou de néoformaliste. Les différentes transformations du discours judiciaire en Colombie et en Afrique du Sud indiquent néanmoins une production d'un genre particulier. C'est une reconfiguration de la distinction entre droit et politique qui se fait par la production de valeurs et la médiation affective du jugement. Ce dépassement fait entrer le juge dans la sphère publique d'une manière qui interroge, puisque le constitutionnalisme, comme espace de conflits symboliques et de réalités contentieuses, est également occupé par le pouvoir politique. L'activisme renvoie non seulement au pouvoir politique, mais à l'espace plus vaste du constitutionnalisme comme ensemble de discours sociaux et politiques, partisans et institutionnels, et donc comme espace de conflit politique et symbolique. Les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud s'illustrent alors par une puissance du discours et de la mise en scène, qui vont croissantes avec l'installation des constructions conceptuelles et juridiques des premières années, pour laisser apparaître, progressivement, une plus grande variété de rapports au droit et à la société. L'inscription des deux juridictions dans leur société doit être interrogée pour comprendre ce glissement.

Il faut alors revenir à la définition de l'activisme judiciaire : analysé comme un militantisme ou un gouvernement des juges, il renvoie à une action du juge dans un espace partisan, qui sortirait du seul rôle juridique ou à tout le moins agirait sur les catégories du juridique et du politique de manière à faire primer le dernier sur des contraintes jusqu'ici bien admises. Mais n'est-ce pas le rôle de toute juridiction que de produire du droit et donc le sens du juridique, rendant caduque la distinction entre droit et politique ? Comment peut-elle se comprendre dans l'activité des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie après le renversement qu'a constitué un moment constituant ? L'activisme se comprend dans cette relation à la réalité sociale et au pouvoir qui en détermine des coordonnées contingentes, contre les essentialisations et les définitions normatives. Il est la production d'un discours sur la transformation sociale qui reconfigure alors le politique.

Dans les deux pays, le discours constitutionnel a intégré l'enjeu de l'effectivité pour dépasser les critiques et limitations traditionnelles du juge. C'est alors dans l'exécution qu'a émergé une forme

d'activisme qui peut accompagner ou non un activisme relatif à la définition des droits. Le constitutionnalisme est alors une discussion de la mise en œuvre des pouvoirs du juge (Chapitre 7).

Outre la différenciation dans la mise en œuvre de leurs pouvoirs, les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud se distinguent aussi dans leur manière d'aborder le pouvoir politique et d'élaborer une conception de la démocratie. C'est néanmoins dans les deux pays une conception particulière du récit politique qui s'incarne dans la jurisprudence et les opinions rendues par les juges constitutionnels (Chapitre 8).



## CHAPITRE 7 : L'EFFECTIVITE DU CONSTITUTIONNALISME JUDICIAIRE EN QUESTION

L'activisme judiciaire a jusqu'ici été étudié comme mandat constitutionnel ou garantie d'intérêts dans une transition démocratique, comme l'intégration d'une pluralité de conceptions idéologiques, et enfin comme un style judiciaire. Ces différentes dimensions de la justice constitutionnelle dessinent une manière pour les juridictions de répondre à leur contexte fait de demandes et de contraintes, tout autant que d'agir sur ces demandes et ces contraintes, les deux mouvements reconfigurant la relation entre droit et politique ou plus précisément les juridictions et la société. Une lacune de la littérature constitutionnaliste traditionnelle est souvent l'effet des décisions de justice, supposées évidente à partir de l'élaboration normative des juridictions. La théorie de la justice constitutionnelle traditionnelle n'aide pas à comprendre l'expérience qui s'est élaborée dans les pays de notre étude : elle s'interroge surtout sur la justiciabilité ou l'interprétation des droits, en lien avec des questions techniques relatives au contentieux ou avec l'enjeu de la légitimité du juge lorsqu'il détient un pouvoir à l'égard des représentants politiques<sup>2495</sup>.

La spécificité du constitutionnalisme en Colombie et en Afrique du Sud est d'avoir réfléchi à l'effet des décisions de justice en matière de changement social. C'est un glissement qui a affecté l'ensemble du champ de la théorie constitutionnelle dans les années 2000 : examinée à l'aune d'une réflexivité ou de l'expérimentation et de ses rapports avec les autres pouvoirs constitués ou l'espace public, la justice constitutionnelle n'est plus l'institution passive qui peut intégrer la réalité sociale pour nourrir une interprétation<sup>2496</sup> ou l'organe agressif qui censure les pouvoirs publics ; elle serait l'animatrice d'un dialogue constitutionnel d'un genre nouveau. Les premiers écrits en ce sens datent des années 1980 et s'appuient eux-mêmes sur de premières intuitions nées aux États-Unis dans les années 1970. Elles ont rapidement été associées aux juges de notre étude.

Un juge activiste est un juge qui agit sur la réalité ; l'activisme judiciaire discursif de notre étude est alors une réflexivité au sein d'un espace dynamique. Ce sont alors deux questions qui se posent. D'un côté, de manière interne au discours constitutionnaliste, comment rendre efficace la jurisprudence en matière de transformation sociale ? Comment mesurer cette efficacité ? Cette double question se pose dans la littérature critique comme la littérature dogmatique, notamment à partir des années 2000 lorsque la construction normative des deux juridictions était stable. Puisque le constitutionnalisme transformateur s'est construit sur l'idée d'une transformation sociale et que

---

<sup>2495</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2496</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 2.

les juges ont vu leur légitimité reposer sur ce projet, en particulier autour de leur jurisprudence relative aux droits sociaux, leur position dépend de la réussite des prémisses pragmatiques de ce discours. Or une difficulté soulevée par ces derniers, notamment lorsqu'ils revendiquent une qualité délibérative, rejoint le reproche élaboré par Jürgen Habermas à un « réalisme, erroné à mon avis, qui sous-estime l'efficacité sociale des présuppositions normatives inhérentes aux pratiques juridiques existantes<sup>2497</sup> ». Le philosophe ne vise pas tant une théorie réaliste qu'un scepticisme et un matérialisme qui n'envisagent plus l'activité communicationnelle comme une pensée normative, dans le cadre d'une critique de l'éthique telle que celle élaborée par John Rawls. Si l'on a vu combien les juridictions constitutionnelles élaboraient une éthique avec diverses densités, la question de « l'efficacité sociale » de leur discours demeure.

D'un autre côté, selon une approche critique, il faut aussi se demander comment cette effectivité se construit vis-à-vis du pouvoir politique comme destinataire des obligations juridiques : le juge s'insère en effet dans des rapports de pouvoirs et l'activisme est lui-même un champ de détermination des limites de ce pouvoir avec la segmentation traditionnelle entre *judicial activism* et *judicial restraint*, à laquelle on peut ajouter, dans une perspective plus politique que l'on retrouve dans les discours du constitutionnalisme transformateur, entre conservatisme et progressisme. L'effectivité renvoie à une appréciation particulière de la légitimité du juge en interrogeant la manière dont celui-ci intervient dans l'espace qui l'entoure. Que l'on estime cette intervention légitime ou non d'un point de vue théorique et éthique dépend en partie des coordonnées du contentieux mises en œuvre par le juge lui-même, en particulier l'exercice du pouvoir. Or, les deux juridictions de notre étude ne se sont pas seulement faites connaître pour leur interprétation des droits ; elles ont également produit une série d'innovations tenant à l'exécution de leur décision dans le contexte qui leur était propre.

Le constitutionnalisme comme discours et comme contentieux formé au sein de ce discours a alors, dans les deux pays et chez ses observateurs étrangers, placé l'effet au centre de la justice constitutionnelle (Section 1). Les innovations contentieuses des cours peuvent être vues comme un dépassement, limité, des insuffisances de la théorie et de la pratique de la justice constitutionnelle (Section 2).

---

<sup>2497</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, traduction de Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 1997, p. 11.

## SECTION 1 : LA DIFFICILE MESURE DES EFFETS DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

L'étude des effets de la justice constitutionnelle soulève à la fois des questions théoriques relative à la justice constitutionnelle et à la démocratie telles qu'elles ont été pensées depuis un siècle (§1). Dans les deux contextes sud-africain et colombien, la forme donnée par les juridictions à l'exécution révèle des réalités contrastées de l'activisme judiciaire et de ses discours (§2).

### §1. Une conceptualisation alternative de la justice constitutionnelle

Plusieurs propositions de la théorie constitutionnelle comparée ont visé à présenter les cours constitutionnelles comme des organes d'un dialogue ou d'une délibération démocratique (A). L'activité des cours se comprend alors comme un activisme lorsque l'on s'intéresse aux pouvoirs qu'elles décident de mettre en œuvre ou non (B).

#### A. Démocratie délibérative et dialogue juridictionnel

Le juge constitutionnel a été envisagé comme un organe dialoguant avec les pouvoirs constitutionnels, afin de dépasser les apories traditionnelles de sa légitimité (1). L'alternative politique au pouvoir judiciaire reste minoritaire mais permet de penser le juge comme pouvoir au-delà de l'opposition entre droits et principes non-opposables (3).

##### 1. Un juge faible

De nombreuses théories de la démocratie ont été associées aux juges constitutionnels contemporains, à commencer par l'anathème du gouvernement des juges qui les estime illégitime à régler des questions supposées politiques<sup>2498</sup>. L'une voit en lui un gardien normatif de la démocratie constitutionnelle comprise comme un État de droit avec une séparation des pouvoirs entre juge, exécutif et législatif, et plus précisément entre juge et représentants. Des sous-ensembles peuvent être associés à cette approche, selon que l'on donne au juge le rôle du gardien de valeurs ou de droits substantiels, quitte à admettre leur dimension morale comme chez Ronald Dworkin<sup>2499</sup>, ou que l'on le restreigne au contraire au maintien de la procédure de la délibération politique, comme chez John Hart Ely<sup>2500</sup> ; le juge peut enfin être considéré sous l'angle d'une garantie de la production

---

<sup>2498</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2499</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

<sup>2500</sup> J.H. ELY, *Democracy and distrust. A Theory of judicial review*, Harvard University Press, 1981.

supposément neutre et autonome des normes, comme chez Hans Kelsen<sup>2501</sup>. Une autre approche conçoit le juge lui-même comme le producteur d'une délibération qui alors ne s'opposerait pas aux représentants mais produirait avec eux et les aiderait à produire une rationalité supérieure<sup>2502</sup>. Cette approche peut recouvrir une dimension critique lorsque la production délibérative est élargie à tous les acteurs sociaux et politiques, comme chez un certain nombre d'auteurs du constitutionnalisme transformateur. Dès lors, l'argument de la légitimité dépend de la position des juges dans les rapports de pouvoir, position qui elle-même dépend d'un regard normatif sur la séparation des pouvoirs et la démocratie<sup>2503</sup>. Cette approche peut également être comprise limitativement comme un dialogue entre la juridiction et les pouvoirs publics.

Les approches de la démocratie délibératives sont ainsi généralement associées à des conceptions alternatives de la justice constitutionnelle qui conçoivent le juge au-delà de la seule contrainte issue du règlement d'un litige. À cet égard, deux approches peuvent être distinguées. L'une, traditionnelle, analyse la justice comme la source d'un *impérium* : le juge est doté de pouvoirs d'annulation des actes, de dommages et intérêts, éventuellement de modulation des effets de ses décisions et d'injonction à l'égard des pouvoirs publics et des personnes privées. C'est bien la difficulté soulevée par les discussions sur la légitimité du juge puisque celui-ci est alors doté d'un dernier mot qui vient fixer la solution à un problème social en lieu et place de l'exécutif et du législateur<sup>2504</sup>. Une autre approche, qui ne contredit pas nécessairement la précédente, renvoie aux effets que produisent les juges dans l'espace public. Le discours sur les valeurs et principes juridiques tel qu'il s'est cristallisé autour de l'influence de Ronald Dworkin apparaît alors dépassé ; une approche délibérative s'intéresse en effet non à un juge qui produirait une forme de vérité axiologique mais aux conditions de production et de légitimité de son discours comme activité communicationnelle<sup>2505</sup>.

---

<sup>2501</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257, selon qui le juge constitutionnel contrôle le respect d'une hiérarchie des normes statiques, par rapport à leur contenu, du fait du caractère obligatoire de la Constitution (p. 250). Le juge est également et surtout le gardien d'une hiérarchie dynamique, par rapport à leur mode de production et à des règles de création des normes juridiques, la fonction de création des normes étant le propre de l'État démocratique moderne. La justice constitutionnelle agit alors comme législateur négatif du législateur positif qu'est le Parlement, concourant à la fonction démocratique (voir p. 222s).

<sup>2502</sup> Voir A. DUHAMEL, D. WEINSTOCK, L. TREMBLAY (dir.), *La Démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Les Éditions Thémis, 2001. Voir par exemple R. DIXON, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights : Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, n° 5, 2007, p. 391-418.

Pour un discours similaire en France, voir D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, Coll. « La pensée juridique moderne », 1995. D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2015.

<sup>2503</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2504</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2505</sup> Voir notamment la critique adressée par Jürgen Habermas à Ronald Dworkin et Robert Alexy, *supra*, chapitre 5, section 1, §2, B., 1.

Une métaphore du dialogue constitutionnel<sup>2506</sup> a émergé aux États-Unis, visant principalement à défendre les échanges qui ont lieu entre les interprétations constitutionnelles réalisées par les pouvoirs exécutif et législatif en plus du seul juge, comme le postule le courant départementaliste<sup>2507</sup>. Il peut aussi s'agir de défendre la discussion constitutionnelle qui prend et devrait prendre forme au sein de la société en général<sup>2508</sup>. L'une des premières intuitions en la matière vient d'Alexander Bickel. Si l'on a surtout retenu de lui cette dernière, la réponse qu'il apportait au problème de la légitimité du juge constitutionnel est toute aussi intéressante : remplissant une certaine fonction vis-à-vis de la garantie des principes constitutionnels fondateurs de la société politique, la Cour suprême des États-Unis a élaboré un ensemble de techniques pour renvoyer certaines questions aux législateurs, donnant lieu à une « discussion socratique »<sup>2509</sup>. Bickel analyse notamment la jurisprudence des droits civiques des années 1950. La métaphore du dialogue constitutionnel a connu une seconde formulation à la fin des années 1990 pour qualifier, plus précisément, les échanges entre la Cour suprême et les législatures fédérale et fédérées après l'adoption de la Charte des droits en 1982, puis plus largement pour théoriser la justice constitutionnelle qui s'est mise en place dans les pays marqués par une tradition de souveraineté parlementaire à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>2510</sup>.

Depuis les années 2000, en s'appuyant sur les discussions relatives au dialogue, le constitutionnaliste américain Mark Tushnet a proposé de concevoir une « forme faible de contrôle de constitutionnalité<sup>2511</sup> ». Dans la protection judiciaire des droits, il s'agirait pour le juge de privilégier des solutions ou des dispositifs peu contraignants (« *weak remedies* ») qui ménagent l'exécutif et le législatif en leur laissant la possibilité d'agir autrement pour la mise en œuvre des

---

<sup>2506</sup> Les approches du dialogue constitutionnel en Amérique du Nord et en droit comparé présentées dans cette sous-section s'appuient sur M. FEBVRE-ISSALY, « Un dialogue constitutionnel ? La circulation d'une métaphore et quelques réalités juridiques contemporaines », *Jus Politicum*, n° 27, 2022, p. 225-254.

<sup>2507</sup> B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 577-682. L. FISHER, *Constitutional dialogues : interpretation as political process*, Princeton University Press, 1988.

<sup>2508</sup> F.I. MICHELMAN, « Law's Republic », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1493-1537, p. 1504.

<sup>2509</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics (1963)*, Yale University Press, 1986, p. 70-71 : « *Socratic colloquy* ». Bickel souhaite alors que la Cour suprême soit l'instituteur de la Nation, soit un rôle discursif et moral, voir *supra*, chapitre 8. Voir également A. BICKEL, « Deportation and explosion : continuing dialogue between congress and the Courts », *Yale Law Journal*, vol. 71, 1962, p. 760-767.

<sup>2510</sup> S. GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, p. 707-760.

<sup>2511</sup> M. TUSHNET, *Weak courts, strong rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008. Voir aussi M. TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Texas Law Review*, vol. 82, n° 7, 2004, p. 1895-1920. M. TUSHNET, « Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century », *National University of Juridical Sciences Law Review*, vol. 4, 2011, p. 177-188. M. TUSHNET, « The Relation between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 2249-2264. Aussi, faisant le lien avec le dialogisme, M. TUSHNET, « Dialogic judicial review », *Arkansas Law Review*, vol. 61, 2009, p. 205-216, p. 209 : « *Rather than giving review a strong form, (the dialogue theory) weakens it, although the degree of weakening will depend on the precise form dialogic review takes.* »

droits, plutôt que des décisions finales et absolues. Toutefois, et c'est l'originalité de l'approche proposée par Mark Tushnet, cette faiblesse volontaire peut s'accompagner d'une certaine force dans l'interprétation du contenu des droits (des « *strong rights* »), c'est-à-dire la détermination des obligations pesant sur les autorités étatiques. Chacune de ces deux variables, les obligations ou la solution apportée au conflit lié à leur violation, peut être forte ou faible. L'affaiblissement dont il est question au sein du contrôle de constitutionnalité peut porter sur l'un, sur l'autre, ou sur les deux. L'auteur qui a fait partie des *Critical legal studies* s'appuie sur un constitutionnalisme politique modéré, en mettant en avant le rôle des pouvoirs et des citoyens dans l'interprétation constitutionnelle sans renoncer tout à fait au contrôle de constitutionnalité, mais en critiquant, en revanche, le rôle de la Cour suprême des États-Unis dans la vie politico-juridique étatsunienne, qui s'analyse comme l'autrice de droits forts et de dispositifs contraignants (« *strong rights, strong remedies* »). S'appuyant sur le constitutionnalisme politique et populaire américain<sup>2512</sup>, Mark Tushnet a néanmoins ouvert une voie intermédiaire qui a été particulièrement influente parmi les observateurs contemporains de la justice constitutionnelle, notamment ceux qui critiquaient le pouvoir des juges sans vouloir abandonner le discours des droits et une certaine forme d'institutionnalisation. Il s'agit d'une position politique au sens de la séparation des pouvoirs : éviter un « cynisme constitutionnel<sup>2513</sup> » qui nuirait à la réalisation des droits à laquelle l'auteur est favorable. L'idée cruciale de cette forme faible est qu'elle demeure une forme de justice constitutionnelle, avec ses avantages pour la garantie des droits et le contrôle du pouvoir politique, tout en minimisant les inconvénients démocratiques.

Rosalind Dixon estime cette approche particulièrement utile en matière de droits économiques et sociaux, parce qu'alors le juge constitutionnel est confronté à des choix politiques complexes et importants<sup>2514</sup>. Là où, dans ces variantes coopératives, le départementalisme préfère des mesures judiciaires fortes et des droits interprétés de manière faible, le constitutionnalisme coopératif auquel appelle Rosalind Dixon préfère des mesures judiciaires faibles tout en maintenant des droits forts, c'est-à-dire interprétés de manière à leur conférer une forte ampleur. Il s'agit avant tout de maintenir un contrôle du pouvoir politique qui soit efficace. Aussi,

Dans une conception dialogique, comme dans d'autres versions d'un constitutionnalisme entendu comme coopératif, l'argument en faveur du contrôle de constitutionnalité provient de la capacité

---

<sup>2512</sup> Voir M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.

<sup>2513</sup> M. TUSHNET, *Weak courts, strong rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, *op. cit.* note 17, p. 252.

<sup>2514</sup> R. DIXON, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights : Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *op. cit.* note 8.

des cours à aider à contrer les échecs d'inclusivité et de réactivité dans le processus politique, formulés ici en termes d'angles morts et d'un poids de l'inertie.<sup>2515</sup>

Ces approches postulent en somme une distinction entre un activisme des droits et un activisme des dispositifs. Les deux fournissent alors une grille de lecture complexe de l'activité d'une Cour, selon qu'elle actionne son pouvoir interprétatif ou son pouvoir d'*imperium* ou les deux.

Une autre figure du juge dans la littérature est celle du *manager*. Dans le contexte étatsunien, le droit administratif a été vu comme un modèle de juge qui accompagne par ses dispositifs la structuration et la soumission au droit d'un État bureaucratique<sup>2516</sup>. Une approche célèbre qualifie alors le juge d'expérimentaliste lorsqu'il n'impose pas un commandement (*command and control*) ou une interprétation essentialiste des droits mais une méthode plus fine<sup>2517</sup>. Il s'agit notamment de voir comment le juge peut « désenclaver » les institutions publiques en imposant des règles temporaires constamment révisées<sup>2518</sup> et en ouvrant à la transparence sur les mauvaises pratiques de l'administration afin que la société civile s'en empare<sup>2519</sup>. Il s'agit en partie d'un effet psychologique qui passe par un certain nombre d'effets délibératifs, de prise de pouvoir des parties prenantes dans une négociation, de séquençage du débat public, de diffusion de l'information<sup>2520</sup>. On comprend alors à la fois pourquoi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a été saluée comme un perfectionnement du droit administratif du point de vue étatsunien<sup>2521</sup> et pourquoi l'émotion ou la psychologie ont pu être mobilisées par les analyses nordaméricaines afin de relire le contentieux constitutionnel comparé<sup>2522</sup>. L'interdisciplinarité dépasse les apories du discours

---

<sup>2515</sup> *Ibid.*, p. 394.

<sup>2516</sup> A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, Ha, vol. 89, n° 7, 1976, p. 1281-1316.

<sup>2517</sup> M.C. DORF, C.F. SABEL, « A Constitution of democratic experimentalism », *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, p. 267-473. C.F. SABEL, W.H. SIMON, « Destabilization rights : How public law litigation succeeds », *Harvard Law Review*, vol. 117, n° 4, 2004, p. 1015-1101, qui utilisent le terme *destabilization rights* élaborée par Roberto Unger mais dans un sens légèrement différent de celui-ci à notre sens, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2518</sup> C.F. SABEL, W.H. SIMON, « Destabilization rights : How public law litigation succeeds », *op. cit.* note 23, p. 1062 : « A public law destabilization right is a right to disentrench or un-settle a public institution when, first, it is failing to satisfy minimum standards of adequate performance and, second, it is substantially immune from conventional political mechanisms of correction. In the typical pattern of the new public law suit, a finding or concession of liability triggers a process of supervised negotiation and deliberation among the parties and other stakeholders. The characteristic result of this process is a regime of rolling or provisional rules that are periodically revised in light of transparent evaluations of their implementation. »

<sup>2519</sup> *Ibid.*, p. 1073 : « Experimentalism does not provide determinate guidance on the question of sanctions. It pins its hopes largely on the effects of transparency. By exposing poor performance as clearly as possible, it opens the system to general scrutiny and exposes it more readily to nonjudicial intervention. »

<sup>2520</sup> *Ibid.*, 1074-1081, notamment p. 1074 : « ... a series of disentrenching effects. These effects work at the individual, institutional, and inter-institutional or social levels. At the individual level, these effects appear rooted in much-discussed cognitive and psychological features of human sociability that are at odds with traditional conceptions of human actors as either calculating private utility maximizers or dispassionate Kantian moralists. ». Ainsi, « A discrete disturbance causes pressures that ramify throughout other areas. In particular, pressures spill back and forth between public and private realms. » (p. 1081)

<sup>2521</sup> Voir l'analyse célèbre de Cass Sunstein de la décision *Groobtoom*, *supra*, chapitre 1, section 1, §1, A.

<sup>2522</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 1.

juridique sur la justice constitutionnel, pris dans la tautologie de la dénonciation d'un gouvernement des juges.

De manière proche, Katharine Young a élaboré une théorie du juge comme « catalyseur » (*catalyst*) de différents intérêts, estimant notamment que la typologie de Mark Tushnet manque la complexité de la jurisprudence sur les questions sociales<sup>2523</sup>. L'auteurice distingue cinq types de contentieux selon que celui-ci est déférent, c'est-à-dire ne décide pas, comme les premières décisions de la Cour sud-africaine ; selon encore qu'il y a un dialogue entre les branches (*conversational review*), qu'il y a un expérimentaliste amenant les pouvoirs publics à trouver une nouvelle solution, ce à quoi l'auteurice associe les décisions de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud des années 2010 ; selon que le contentieux a une dimension managériale en adoptant des dispositifs précis<sup>2524</sup> comme le fait la Cour suprême des États-Unis hors des droits sociaux ou comme certaines décisions sud-africaines comme *Joe Slovo* ou l'arrêt de la High court dans *Grootboom* ; selon, enfin, que l'on observe un contrôle péremptoire, marqué par la proportionnalité, comme la Cour sud-africaine dans l'affaire *Khosa*. Les cours peuvent mêler différentes figures<sup>2525</sup> ; leur choix dépend selon l'auteurice de présupposés politiques<sup>2526</sup> ou de considérations de coût, de la perception de son rôle par le juge, et de la réaction du gouvernement et de la société aux décisions judiciaires<sup>2527</sup>. Leur articulation forme une fonction de catalyseur des juges<sup>2528</sup>. Dans ces discours conversationnels ou coopératifs sur la justice constitutionnelle, le juge permet de faire face à la paralysie institutionnelle tandis que les

---

<sup>2523</sup> K.G. YOUNG, « A typology of economic and social rights adjudication : Exploring the catalytic function of judicial review », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, p. 285-420, p. 390.

<sup>2524</sup> *Ibid.*, p. 402 : « a heightened review of government action and a structured and/or mandatory form of relief that requires continuing, ground-level, day-to-day control ».

<sup>2525</sup> *Ibid.*, p. 388 et 409-422.

<sup>2526</sup> Ces approches peuvent en outre traduire des présupposés libéraux, égalitaires ou communautaires et libertaires dans leur jurisprudence, formant, selon Katharine Young, un ensemble de positions permises ou dictées par le mandat du constituant, *Ibid.*, p. 409-410, s'appuyant notamment sur la Constitution d'Afrique du Sud.

<sup>2527</sup> *Ibid.*, p. 414-416, notamment p. 417 pour la dernière cause : « For example, inattentiveness is addressed by focusing political attention on the elected branches. Conversational review will be appropriate. However, if the inattentiveness is directed to a politically vulnerable class, which is unlikely to benefit from an increase in political attention, the Court is more likely to adopt peremptory review. Incompetence is best addressed through adopting the problem-solving capacity of experimentalist review or, if it is the result of a genuine lack of funds (that cannot be raised otherwise), deferential review. Finally, intransigence is best dislodged by the dynamism of experimentalist review or by the court's investment in managerial review. ». En effet, « we might attribute a certain pragmatic self-knowledge on the part of the Court, of the pitfalls of judicial overreach and public backlash. The Court thus chooses to exercise more interventionist measures only in exceptional cases. And this justification returns us to the elusive goal with which we started: the means to secure economic and social rights within constitutional democracy » (*ibid.*, p. 418).

<sup>2528</sup> Que l'auteurice définit ainsi : « the Court acts to lower the political energy that is required in order to change the way in which the government responds to the protection of economic and social rights. In doing so, the Court itself remains largely unchanged (or is, at least, not the main focus of the change). The greater change occurs in the legislatures, bureaucracies, interest groups, and/or social movements representing claimants, who are forced to interact together in ways that would otherwise require a greater expenditure of political energy. » (*Ibid.*, p. 412).



États bureaucratiques contemporains, ceux qui mènent les politiques publiques ne sont pas élus ou responsables (*accountable*)<sup>2529</sup>.

Ces approches managériales présentent l'inconvénient d'insister sur un activisme de dispositifs en occultant la créativité, la faiblesse ou au contraire la force qui passe par l'activisme des droits dans l'interprétation de ceux-ci et l'éthique particulière que produisent les juridictions constitutionnelle<sup>2530</sup>. C'est une articulation particulièrement complexe qui se met en place entre cette éthique d'un côté et une mise en œuvre contentieuse de l'autre, avec de multiples combinaisons et variations possibles. La procéduralité dont il est question présente volontiers un aspect postmoderne au sens où il s'agit de sortir des catégories habituelles du jugement issues du droit constitutionnel moderne pour envisager d'autres facettes de la justice constitutionnelle. Mais cette procéduralité inclut toujours une part d'éthique<sup>2531</sup> sans que cela ne justifie d'écarter les approches délibératives, bien au contraire : c'est dans l'intégration d'une considération pour la relation entre le juge et son environnement que s'est constitué un activisme discursif, c'est-à-dire formé de discours sur le droit et le politique. Ces discours impliquent des décisions et donc un effet sur la réalité sociale comme un effet de retour, puisque celle-ci est également considérée dans la formation même du discours, notamment dans les discussions qui visent à ramener la justice constitutionnelle à une forme faible ou dialogique.

Dès lors, l'analyse de la justice constitutionnelle ne doit pas écarter la complexité du discours lui-même. Le colombien Rodrigo Uprimny Yepes a proposé une typologie du type de décisions relevant d'un activisme judiciaire, dans le cadre d'une étude plus large des éléments qui favorisent ou freinent un tel activisme<sup>2532</sup>. Il qualifie d'idéologique l'activisme qui porte sur l'interprétation, lequel peut alors être créateur de droits (« *innovatory ideological activism* », ou conservateur (« *conservative ideological activism* »). D'autre part, l'activisme peut consister en la solution apportée (« *remedial activism* »), et alors le juge peut opter pour une solution positive (« *positive remedies* ») ou pour une solution négative (« *negative remedies* »). Des quatre situations ainsi proposées, l'auteur estime que les positions les plus efficaces qui sont aussi les plus audacieuses, celles d'un activisme idéologique créateur de droits ou d'injonctions positives, sont celles qui peuvent susciter l'opposition la plus vive. C'est la position générale de la Cour constitutionnelle de Colombie, quand la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a, de manière générale également, plutôt privilégié une approche

---

<sup>2529</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, 2015, p. 186.

<sup>2530</sup> Voir *supra*, chapitre 4, 5 et 6.

<sup>2531</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>2532</sup> R. UPRIMNY YEPES, « The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debate », *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor ?*, Ashgate, 2006, p. 127-151

conservatrice de l'interprétation et des droits avec des solutions qui pouvaient être négatives ou positives.

## 2. *L'alternative politique à l'activisme judiciaire*

Une lecture opposée au dialogue vise plutôt à revaloriser le politique par rapport au juge, quitte à intégrer les droits constitutionnels dans une pensée du politique. C'était l'un des présupposés de la théorisation du juge faible avant qu'elle n'aboutisse, chez Mark Tushnet notamment, à maintenir une voie judiciaire dans la garantie des droits<sup>2533</sup>. Mais cette alternative perdue dans la littérature et se trouve aussi dans les approches managériales du contentieux. Or, la notion même de politique doit être interrogée du point de vue des droits et de l'État.

La lecture évolutionniste de l'État social vers le constitutionnalisme transformateur, l'opposition schématique entre inspiration libérale et inspiration socialiste, ou enfin l'association critique entre les droits et le néolibéralisme, ne permettent pas tout à fait de saisir la logique de la fondamentalité<sup>2534</sup>. Ces lectures manquent un paradoxe propre au contexte particulier du constitutionnalisme sud-africain et colombien, né à la fin des années 1990, soit au moment même des transformations néoconstitutionnalistes et néolibérales. Les constitutionnalismes des deux pays n'ont pas, contrairement aux situations états-uniennes ou ouest-européennes, glissé vers ces transformations à architecture institutionnelle égale<sup>2535</sup>. Si le constitutionnalisme nouveau ou transformateur émerge de discours radicaux qui postulent un changement radical dans la manière d'envisager la garantie constitutionnelle comme un aller-retour entre le droit comme horizon normatif et la réalité sociale comme état à changer – au lieu de la garantie d'un compromis historique d'intérêts conjoncturels –, il rejoint également des discours bien plus traditionnels<sup>2536</sup>. Ce sont ces discours traditionnels qui émergent dans la lecture évolutionniste ou l'opposition idéologique entre les générations de droits : le constitutionnalisme transformateur est alors compris comme une évolution interne au paradigme constitutionnaliste, qui prolongerait son élaboration depuis les révolutions libérales du XVIII<sup>ème</sup> siècle, qui ont elles-mêmes produit une diversité d'influences.

Les droits économiques et sociaux dans le Nord ont accompagné le consensus autour de l'État social puis ont intégré l'ensemble des droits fondamentaux maniés par les juges à partir des années 1980 au moment où ce consensus se délitait. Ils n'étaient pas toujours préexistants à leurs

---

<sup>2533</sup> Voir *supra*.

<sup>2534</sup> Voir *supra*, chapitres 3 et 4.

<sup>2535</sup> Sur les biais d'analyse induit par les discours doctrinaux largement influencés par les contextes nord-américains et européens dans la présentation des situations du « Sud », compensés par la difficulté d'opposer Nord et Sud, voir *supra*, chapitre 5, section 1.

<sup>2536</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

usages contemporains. C'est ainsi que ces droits, sous la forme notamment du droit à la sécurité sociale et du droit à la santé, ont été utilisés dans l'Europe de l'Est post-communiste pour maintenir un niveau de protection sociale équivalent face à une transition démocratique qui tendait vers le libéralisme de marché<sup>2537</sup>. Toutefois, si un constitutionnalisme social semble bien émerger en Europe, où les droits remplissent « un rôle symbolique important : ils affirment que l'État s'engage à maintenir l'existence d'un État social fonctionnel<sup>2538</sup> », il s'agit rarement de droits normatifs et précis, invocables devant le juge, et s'ils devaient l'être, dans un contexte où l'État social renvoie à une structure juridique bien établie, le juge constitutionnel en intervenant risquerait bien plutôt de « perturber les mécanismes politiques et administratifs existants de régulation des systèmes de protection sociale, sans nécessairement assurer une meilleure protection pratique des droits sociaux<sup>2539</sup> ».

Kim Scheppelle estime ainsi que la meilleure défense théorique d'un activisme judiciaire est en réalité pragmatique. Il jouerait en effet une fonction intéressante dans de jeunes démocraties qui n'ont pas le budget de leurs ambitions sociales (conformes à l'idéal que portent les constitutions), au Sud comme à l'Est de l'Europe. Les décisions des cours constitutionnelles en matière de droits économiques et sociaux ne doivent alors pas être comprises comme l'expression d'un absolu axiologique, qui dicterait alors une politique à mener, mais comme l'élaboration d'instruments au soutien de politiques nationales de lutte contre la pauvreté, notamment vis-à-vis des institutions financières internationales avec lesquelles les gouvernements négocient la dette générée par la

---

<sup>2537</sup> A. SAJÓ, « Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary: The Role of the Constitutional Court », in R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (dir.), *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor?*, Ashgate, 2006, p. 83-105. La Cour constitutionnelle hongroise a ainsi bloqué certaines réformes qui visaient à réduire la protection sociale au nom de l'austérité budgétaire. L'auteur note toutefois que ce maintien s'est fait au profit des classes moyennes et non d'une extension de la protection aux plus démunis (une ambiguïté sur laquelle on aura l'occasion de revenir), parce que, selon lui, ces cours constitutionnelles spécialisées n'ont pas voulu s'imposer trop fortement face aux pouvoirs exécutif et législatif en allant au-delà du maintien des politiques existantes. András Sajó lui-même a été particulièrement critique envers la Cour lorsqu'elle censura, en 1995, une réforme du système social hongrois, A. SAJÓ, « How the Rule of Law Killed Welfare Reform », *East European Constitutional Review*, vol. 5, n° 1, 1996, p. 31-41.

<sup>2538</sup> C. O'CONNOR, « The Present Limits and Future Potential of European Social Constitutionalism », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 324-352, p. 331 : « an important symbolic role : they affirm that the state is committed to maintaining a functioning welfare state in existence ». L'auteur note « a wider tendency within European constitutional discourse to acknowledge the importance of the state's coordinating role in securing the enjoyment of basic social rights, and to incorporate this social dimension into conceptual discussions relating to the design and purpose of constitutional architecture in general – which stands in interesting contrast to Anglo-American orthodoxy in this regard » (p. 330-331), quand bien même ces droits ont « a limited degree of legal substance » (*Ibid.*, p. 331), « despite its prominence in the constitutional imaginary of Europe » (*Ibid.*, p. 337).

<sup>2539</sup> *Ibid.*, p. 346 : « disrupt the existing political and administrative mechanisms for regulating systems of social protection, without necessarily securing better practical protection of social rights. »

transition<sup>2540</sup>. Aussi, par leur action en faveur des droits sociaux, les cours peuvent renforcer la confiance en la règle de droit et la justice sociale et re-politiser la politique économique des pays concernés, en maintenant dans l'espace public la question démocratique et la redevabilité des dirigeants quant au changement social<sup>2541</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle relative aux droits sociaux peut alors orienter la construction de l'État lors du passage d'un système économique à un autre, comme en Europe centrale et de l'Est. C'est de fait dans le « Sud Global » que la jurisprudence a été la plus avancée : en Inde, en Afrique du Sud et en Colombie, dans d'autres pays d'Amérique latine et, dans le cas précis étudié par Kim Scheppele, dans l'Europe anciennement communiste. Pour Samuel Moyn, il est logique qu'en Europe de l'Ouest, où l'idée sociale et les systèmes sociaux étaient forts, les droits économiques et sociaux n'aient pas été très populaires en tant que droits, tandis qu'ils étaient mobilisés dans les pays en développement et que parallèlement les organisations financières internationales jouaient un rôle important dans leur économie – dans le vide d'une idée sociale<sup>2542</sup>. L'historien note ainsi que les droits humains ont commencé à être utilisés dans des interprétations qui les détachaient de toute visée sociale et socialiste, mais aussi plus largement de tout projet politique, par les dissidents d'Europe de l'Est et d'Amérique latine dans les années 1970, précisément parce qu'il s'agissait d'établir des sociétés libres contre le totalitarisme et donc l'État. Ce dernier était associé dans le premier cas au socialisme, quand bien même ce n'était pas forcément ce dernier qui était contesté en soi, mais qui allait laisser place, en d'autres mains, dans les années 1990, au projet néolibéral aussi bien en Amérique latine qu'en Europe de l'Est<sup>2543</sup>. De fait, le néolibéralisme s'est développé dans des États dans lesquels le libéralisme politique avait une certaine valeur face à une méfiance envers l'État, et des difficultés et abus dans la construction même de la Nation, que ce soit aux États-Unis et en Allemagne au Nord - ou en Afrique du Sud et en Colombie

---

<sup>2540</sup> K.L. SCHEPPELE, « A Realpolitik defense of social rights », *Texas Law Review*, vol. 82, n° 7, 2004, p. 1921-1962. L'auteure s'appuie notamment sur le cas hongrois, où selon elle les gouvernementaux libéraux d'après 1995 ont pu préserver certains acquis sociaux dans la négociation de la dette du pays auprès du Fond monétaire international grâce aux décisions de la Cour (*Ibid.*, p. 1949).

<sup>2541</sup> *Ibid.*, p. 1925 : « *A court based constitutional defense of social rights, then, provides an antidote to a form of economic advice which remains convinced that all good things follow from getting an economy on a viable long term plan regardless of the cost of that plan in the short term. Constitutionalism indicates that not all means of achieving even clearly desirable ends are permissible because certain intermediate effects on rights-bearing individuals are intolerable. Constitutionalism can therefore both balance economic theory and sustain a state's political and legal legitimacy through the processes of transformation* ».

<sup>2542</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018, p. 188 : « *The West European welfare state trajectory was surely not one in which human rights law and movements played the role of distraction from "disaster capitalism" nor even that, as in Eastern Europe or Latin America, of breeding inattention to economic fundamentals as human rights paved transitional roads to postauthoritarian market freedom. Continental West Europeans participated with gusto in the construction of human rights law focused on global hotspots and especially the fate of the global south, while tenaciously preserving welfare arrangements at home. For them, the slow activation of the European human rights system was mostly a separate event from neoliberalization; the outcomes of budgetary, fiscal, and tax policy on the two sides of the English Channel were too different to permit any other conclusion.* »

<sup>2543</sup> *Ibid.*, pp. 180-187.

au Sud. L'activisme judiciaire en matière de transformation sociale ne se produit pas tant dans un Sud Global que dans ceux de ses pays qui ont émergé, avec des institutions suffisamment fortes pour exister et être contrôlées, et à la fois incapables de l'être tout le temps et partout, et avec des économies fonctionnelles mais des disparités géographiques et économiques<sup>2544</sup>.

Les droits peuvent alors jouer un rôle programmatique et non seulement une fonction de résolution des litiges. Après les discours favorables à la justiciabilité des droits sociaux dans les années 2000, la notion de principes a été réévaluée vis-à-vis du discours dominant des droits fondamentaux. Il ne s'agit plus de rejeter la justiciabilité du fait d'une impossibilité liée à la nature de ces droits ou de la capacité ou de la légitimité du juge, mais d'insister sur le rôle du pouvoir politique dans l'élaboration du constitutionnalisme. Pour Tarunabh Khaitan, la notion de directive constitutionnelle ne doit plus être opposée comme du non-droit aux droits subjectifs mais envisagée comme une obligation juridique à partir de laquelle se construisent les discours constitutionnels, au-delà de la seule contrainte judiciaire<sup>2545</sup>. L'auteur insiste notamment sur le rôle de ces engagements dans le constitutionnalisme décolonial des pays du Sud, tandis qu'à l'inverse la formulation du débat des droits sociaux en termes de justiciabilité provient selon lui de la sphère anglo-américaine et du libéralisme issu de Rawls<sup>2546</sup>. On peut dès lors envisager des normes obligatoires mais progressives et à la temporalité variée, distinctes de la notion sud-africaine de réalisation progressive du fait qu'elle repose trop, selon l'auteur, sur la justiciabilité individuelle<sup>2547</sup>.

Pour Jeff King, les droits sociaux peuvent être envisagés comme des pierres angulaires (*capstone*) des systèmes politiques, c'est-à-dire des normes hybrides qui orientent l'élaboration des structures étatiques<sup>2548</sup>. L'auteur propose de repolitiser les droits en considérant dans la notion même d'obligation le déclin de l'État social dans les politiques publiques contemporaines, marquées par une réduction des dépenses, de la social-démocratie co-construite et d'un idéal égalitaire, au profit de l'austérité et du ciblage des citoyens comme profiteurs ou clients<sup>2549</sup>. De même, la notion de justiciabilité est issue d'un libéralisme politique que Jeff King relie aux États-Unis, qui valorise, en matière sociale, l'individualisme plutôt que la co-construction multi-partisane qui a marqué l'État

---

<sup>2544</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p.12-13.

<sup>2545</sup> T. KHAITAN, « Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 4, 2019, p. 1-30.

<sup>2546</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>2547</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>2548</sup> J. KING, « The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 289-323.

<sup>2549</sup> *Ibid.*, p. 390s.

social : les droits sociaux restent marqués par un libéralisme hostile à l'égalité<sup>2550</sup>. L'idée de pierre angulaire vise chez l'auteur à remplacer le mythe de la fondation, chère au libéralisme politique, pour envisager la construction institutionnelle empirique dans la conception des obligations, ce que Jeff King nomme un « incrémentalisme dynamique »<sup>2551</sup>. Les droits ne s'analysent plus seulement comme un idéal déçu par la réalité, quand bien même ils ne forment pas une opposition nette aux politiques néolibérales fondées sur l'ouverture internationale, comme en Afrique du Sud et en Colombie : ils sont de simples instruments servant, plus modestement, à l'élaboration d'un État social face aux difficultés économiques et à un rejet de la centralisation étatique inscrite au cœur même du constitutionnalisme lorsqu'il a été conçu comme une transition démocratique après des périodes de concentration inégalitaire du pouvoir et des richesses<sup>2552</sup>.

La difficulté de ces approches est double. Le premier risque est qu'elles peuvent malgré tout porter une dévaluation des normes constitutionnelles au rang d'idéaux lointains et par-là coïncider avec le néolibéralisme qu'elles rejettent pourtant. Ce risque provient néanmoins d'une conceptualisation progressive qui s'insère au sein d'une approche traditionnelle des droits subjectifs, c'est-à-dire une double dévaluation qui réduit les normes sociales ou égalitaires à des demandes individuelles. À l'inverse, ces approches visent le discours politique parce qu'il permet une plus grande considération des intérêts en jeu. La seconde difficulté d'une telle approche réside dans le caractère obligatoire ou contraignant des normes. La considération des discours politiques plaide pour l'établissement symbolique des normes alors pris au sérieux, sans nécessairement d'opposabilité des droits après un litige<sup>2553</sup>. Ni principes moraux, ni droits subjectifs, ou un peu des deux, les droits sociaux peuvent alors être envisagés du point de vue de leurs effets sur les politiques publiques. En cela, la théorie juridique peut recouper la théorie philosophique et éthique des droits, là où elles sont séparées lorsque la première ne se préoccupe que de droits opposables et justiciables. En somme, la difficulté d'une approche des droits sociaux comme principes est qu'elle ne fait qu'inverser l'argument de la justiciabilité contre lequel s'est construite la jurisprudence en Afrique

---

<sup>2550</sup> *Ibid.*, p. 310-313, et p. 309 : « Hence 'constitutional government' is widely if erroneously seen to be 'limited government', and the 'separation of powers' is about dividing and confining state power through the introduction of 'veto points' to control the 'arbitrariness' associated with a potent executive branch. ». Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>2551</sup> Voir J. KING, « The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone », *op. cit.* note 54.

<sup>2552</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>2553</sup> Voir T. KHAITAN, « Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism », *op. cit.* note 51, p. 26 : « By imposing constitutional obligations on politicians, directives can help foster a constitutional culture in actors other than the judiciary. ». Dès lors, les directives ont « a legitimization and criticism function in the political discourse » et fournissent un cadre pour l'établissement et la contestation des *agendas* dans le discours politique par les différents acteurs. Or, « for directives to perform a politically normative role, they must be controversial and significantly under-realised controversial and significantly under-realised », même si l'auteur note qu'une constitution peut être « militant » et « transformative » et former une « external disharmony » : « Thus, directives are politically useful only when they add extra weight to a political agenda by borrowing some of the constitution's legitimacy », en lien avec le fait que « directives can perform a constitutional incrementalist function by partially deferring controversial agendas » (*Ibid.*, p. 26-27)

du Sud et en Colombie, ainsi que les études comparées depuis les années 1990. Elle permet néanmoins de comprendre les droits au-delà de la résolution des litiges et des effets directs mais aussi symboliques qu'ils peuvent produire, pour s'intéresser au rôle de la jurisprudence dans les processus politiques. Elle ne permet pas d'intégrer, en revanche, le rôle que jouent les cours constitutionnelles dans l'espace du constitutionnalisme.

## **B. Le pouvoir des juges face à la réalité politique et sociale**

Les effets de l'activisme judiciaire sur la réalité sociale sont difficiles à apprécier (1). Il peuvent néanmoins être mesurés, *a minima*, comme la construction d'un corpus de normes opposables au pouvoir (2).

### *1. Les effets directs et indirects de l'activisme judiciaire*

Deux discours traversent la littérature sur le rôle des juridictions vis-à-vis de la société et s'appuient sur deux conceptions des effets de l'activisme judiciaire. Un premier discours considère l'effet direct des décisions sur la réalité. Cet effet peut être présupposé par les discours qui s'en tiennent à présenter l'avènement de la justice constitutionnelle comme un progrès démocratique<sup>2554</sup> et une transformation sociale en soi, celle-ci étant alors mal définie<sup>2555</sup>. Or, un mythe des droits porterait l'idée d'un droit autonome ou d'un concept de vertu et de justice : Stuart Scheingold a écrit de manière célèbre sur ce mythe créé aux États-Unis dans le sillage du mouvement des droits civiques, laissant croire que la seule invocation des droits provoquait un changement social alors qu'il provenait bien plutôt des pouvoirs publics et législatures fédérées<sup>2556</sup>. Dans ce contexte, des auteurs comme Scheingold<sup>2557</sup> ont alors appelé à une autre approche des droits les concevant de manière pragmatique, visant la lutte et l'influence, éventuellement l'instrumentalisation, afin de permettre une mobilisation politique<sup>2558</sup>. Une explication célèbre et influente de l'activisme des droits civiques de la Cour suprême des États-Unis a consisté à mettre en avant la « *support structure* » constituée des ONG, juristes et avocats, et sans laquelle les droits n'auraient pas d'effet sur la

---

<sup>2554</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2.

<sup>2555</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1, A.

<sup>2556</sup> S. SCHEINGOLD, *The politics of rights : lawyer, public policy, and politics* (1974), Yale University Press, 2ème édition, 2004

<sup>2557</sup> Voir M.W. McCANN, *Rights at work : Pay equity reform and the politics of legal mobilization*, University of Chicago Press, 1994. M.W. McCANN, *Law and Social Movements*, Ashgate, 2006

<sup>2558</sup> Pour une approche intermédiaire, mêlant stratégie judiciaire et mobilisation politique, voir L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences po, 2009

société<sup>2559</sup>, au risque de dépolitiser cette société civile et de détourner les ressources des organisations politiques tout en menant à un désenchantement<sup>2560</sup>.

Cet enjeu est crucial en matière de transformation sociale. Varun Gauri et Daniel Brinks ont tenté de théoriser le rôle du juge en matière de droits sociaux au sein d'un processus de juridicisation (*legalization*) en considérant plusieurs étapes : celle de la demande, celle de la décision judiciaire, celle de la réaction politique ou administrative et celle de l'exécution, qui chacune impliquent, outre le juge, l'État, les mouvements sociaux, les citoyens ou clients qui réceptionnent le service, les entreprises qui peuvent avoir à le fournir lorsque le secteur a été privatisé<sup>2561</sup>. Il s'agit en particulier d'échapper à la distinction entre un juge qui raisonnerait de manière déontique et un législateur qui concilierait lui des intérêts sociaux<sup>2562</sup> ; chaque acteur, en réalité, mêle les deux registres. La réaction des différents acteurs est alors essentielle pour comprendre les causes et les effets de la décision judiciaire. Ces effets en particulier peuvent être directs sur les requérants, directs sur les personnes placées dans la même situation qu'eux, ou indirects sur le contentieux ou indirects sur la législation elle-même, les deux auteurs incluant le débat public dans ce dernier effet<sup>2563</sup>. Cette approche peut être enrichie d'un regard sur la nature politique des obligations ainsi construites.

Un autre discours s'intéresse à des effets indirects de l'activisme sur la réalité sociale. Le droit peut en revanche être conçu comme une contrainte ou une ressources pour les mouvements sociaux, c'est-à-dire un ensemble d'instruments au service de finalités externes à la justice. Contre une essentialisation qui les assigne à des intérêts particuliers, les droits peuvent être envisagés comme des ressources si l'on considère que le pouvoir n'est pas que l'autorité exercée par quelques-uns sur d'autres, mais une pratique qui produit des représentations du monde social ou une politique des droits qui en fait un enjeu de luttes et éventuellement de résistance. Les droits sont alors une ressource symbolique dans la manière de dire et de voir le monde social. Pour paraphraser

---

<sup>2559</sup> C. EPP, *The Rights revolution : lawyers, activists and Supreme courts in comparative perspective*, University of Chicago Press, 1998.

<sup>2560</sup> Pour Rosenberg, le mouvement des droits civiques a surtout obtenu gain de cause auprès des législatures fédérées qui ont mené la déségrégation, G.N. ROSENBERG, *The Hollow Hope : Can Courts bring About Social Change ?*, University of Chicago Press, 2nd éd., 2008.

<sup>2561</sup> D.M. BRINKS, V. GAURI, « Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights », in V. GAUDI, D. BRINKS (dir.), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, 2008, p. 1-37. L'ouvrage, fondateur, contient une série d'études par pays avec une étude contextuelle plutôt qu'une comparaison par droits comme les travaux collectifs en contiennent souvent.

<sup>2562</sup> C'est également cette représentation qui fonde les discours sur la légitimité du juge et qu'il faut affiner dans un contexte sociopolitique, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2563</sup> D.M. BRINKS, V. GAURI, « Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights », *op. cit.* note 67, p. 25 : « *Litigation campaigns that demonstrate the feasibility of social action can redefine what is socially possible and transform what were utopian aspirations and barely articulated wishes, which could be dismissed or bought off with more tangible short-term benefits, into needs that must be met by governments. Alternatively, courts may bring to light unnoticed failings and injustices, place issues on the agenda, redefine priorities, and otherwise raise the visibility of claims that were getting little legislative traction before.* »



Bourdieu, les droits constituent un langage qui devient juridique parce qu'il est parlé par les juristes et forme, par eux, un ordre clos et symbolique de la norme<sup>2564</sup>. Cet effet correspond de toute évidence à une approche discursive, puisque le discours inclut plus généralement l'espace public et donc l'influence de la jurisprudence au sein des politiques publiques et chez les acteurs politiques. En retour, ce sont les effets traditionnels qui sont aussi couverts, même s'ils peuvent tracer un écart avec les discours. L'articulation entre les effets directs et indirects est néanmoins mal comprise par une approche purement symbolique qui déplace l'intérêt de la justice constitutionnelle vers une considération abstraite de la règle de droit : une analyse empirique de la justice constitutionnelle, d'un point de vue juridique et non sociologique ou économique, s'intéresse alors au discours produit par les juges et les juristes<sup>2565</sup> en tant qu'il participe à la construction sociale du symbolique tout en intégrant une intention vis-à-vis de la réalité sociale.

L'activisme judiciaire prend un sens particulier lorsqu'il s'agit d'interroger les relations entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs publics ; il s'agit de la forme par laquelle le juge agit ou cherche à agir sur la réalité en modelant ses dispositifs. Cela ne suppose pas que les décisions judiciaires ont un effet automatique ou évident sur la réalité. On peut ainsi envisager une échelle nuancée d'effets entre l'absence et un changement social. Cela ne revient pas étudier empiriquement les effets de l'activisme judiciaire, c'est-à-dire la réalisation des droits sur un terrain donné. Faute de travaux généraux de ce type, l'effet est souvent évoqué dans les discours juridiques comme la simple élaboration de la jurisprudence, c'est-à-dire l'existence de décisions et éventuellement la sophistication conceptuelle de celles-ci, en supposant qu'il s'agit d'une réalité palpable. Or, une disposition peut être invocable devant un juge sans pour autant, d'une part, recevoir de portée, c'est-à-dire une signification qui lui permette d'être mobilisée *effectivement* et de jouer un rôle *effectif* dans la jurisprudence, et sans nécessairement d'autre part être effective au sens de la production d'effets dans la réalité<sup>2566</sup>. La difficulté est qu'un certain nombre de discours évoquent l'efficacité quand ils veulent discuter la portée, reprochant aux juridictions de ne pas élaborer suffisamment le sens des

---

<sup>2564</sup> P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19. Pour une analyse critique, voir J. CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 17-37, citant *La force du droit*, p. 13 : « Nous produisons les catégories selon lesquelles nous construisons le monde social et [...] ces catégories produisent le monde ». Jacques Caillosse insiste néanmoins sur la pluralité du discours juridique et la possibilité des juristes de se le réapproprié et de le modeler à d'autres fins que la seule légitimation du pouvoir (*Ibid.*, p. 35s). Voir également M. GARCIA VILLEGAS, « On Pierre Bourdieu's Legal Thought », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 57-70. C.R. GARAVITO, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America », *Texas Law Review*, vol. 89, n° 7, 2011, p. 1669-1698, p. 1678.

<sup>2565</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2566</sup> C'est la définition retenue par Julien Bétaille dans sa thèse, J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Limoges, 2012, p. 21-22. Encore situe-t-il l'effectivité « au regard de sa propre finalité », alors que cette dernière ne nous semble pas tant relever du rapport de la norme aux faits mais de l'interprétation même de la norme.

dispositions, ce qui implique, à l'inverse, de prendre la portée pour une efficacité. Ce biais provient largement d'une approche qui distingue le fait – et donc l'effet – de la validité<sup>2567</sup>, et considère alors que la délimitation d'une signification par le juge est suffisante à faire produire à la norme des effets c'est-à-dire, pour ce qui nous intéresse, à protéger l'environnement. Or, puisque l'effet sur la réalité est difficile à apprécier, l'effet dissocié de la norme valide peut alors soit être attaché au système juridique en entier<sup>2568</sup>, avec une certaine abstraction, soit être ramené à un effet non sur la réalité sociale, mais sur le droit ou la réalité juridique<sup>2569</sup>.

Une aporie propre au discours et à la pratique des droits est que l'on peut beaucoup en parler, les proclamer et les multiplier, les définir précisément et les insérer dans des mécanismes contentieux et des jugements, sans nécessairement aller au-delà. Les droits n'ont pas d'effets par eux-mêmes sur la réalité, mais il ne suffit pas non plus qu'ils existent ou qu'ils soient « garantis » selon la terminologie en vigueur pour qu'ils aient une consistance dans le contrôle que réalise le juge. Il y a une illusion qui justement peut rendre les droits inefficaces et illusoire : on peut croire que le droit au logement donne droit au logement, alors qu'il ne fait qu'encadrer la fourniture du logement ; que le droit à l'eau donne droit à l'eau, alors qu'il ne fait que préciser les conditions dans lesquelles est régi l'accès à l'eau pour ceux qui en sont privés, etc. C'est aussi l'effet linguistique des droits qui leur donne leur puissance et qui pousse à voir au-delà d'une simple vision formaliste de gains ou de pertes, au profit d'une conception plus large des droits comme rationalité politique.

Le discours des juges lui-même inclut un discours sur l'effectivité qui est souvent un discours sur le pouvoir et la légitimité. La Cour constitutionnelle de Colombie a produit un discours de l'efficacité qu'elle lie à la production normative elle-même : le droit constitutionnel se créerait par la garantie concrète des droits, de manière inductive, tandis que la justiciabilité de la notion de droits fondamentaux en *tutela* proviendrait elle-même non du texte de 1991 mais d'un principe plus vaste d'efficacité, que la Cour définit de manière factuelle en renvoyant à la réalité sociale<sup>2570</sup>. Dans les opinions de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, dont les présupposés sont plutôt déductifs voire littéraux, la réalité sociale renvoie plutôt à l'effectivité des décisions sur elle<sup>2571</sup>. Cette

---

<sup>2567</sup> Voir M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2021, p. 201-234.

<sup>2568</sup> J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op. cit.* note 72, p. 54, à propos de Hans Kelsen.

<sup>2569</sup> L'approche normativiste de Julien Bétaille (*Ibid.*, p. 51-63) l'amène alors à chercher une effectivité factuelle par-delà ce que serait le droit normatif, même s'il prend soin de s'écarter d'une simple opposition entre la norme valide qui serait effective et la norme tout autant valide qui ne serait pas effective (*Ibid.*, p. 14-16).

<sup>2570</sup> CCC, T-406/92, §14, voir *supra*, chapitre 5, section 2.

<sup>2571</sup> Même si la notion de contexte est ambiguë en intégrant parfois l'interprétation elle-même dans le discours de la Cour, voir *supra*, chapitre 5, section 2.

appréhension se conjugue en effet à une déférence institutionnelle. Comme l'écrit Albie Sachs dans une opinion de 1996,

Il ne s'agit pas simplement d'une question de théorie constitutionnelle abstraite. La fonction judiciaire ne se prête tout simplement pas aux types d'enquêtes factuelles, d'analyses coûts-avantages, de compromis politiques, d'investigations sur les capacités administratives et d'exécution, de stratégies de mise en œuvre et de décisions budgétaires prioritaires qu'exige une prise de décision appropriée sur les questions sociales, économiques et politiques. Il ne permet pas non plus les types d'interventions publiques pluralistes, le contrôle de la presse, les périodes de réflexion et la possibilité d'amendements ultérieurs qui font partie intégrante de la procédure parlementaire. La meilleure façon de parvenir à la réalisation des valeurs énoncées par la Constitution est une chose qu'il vaut mieux laisser entre les mains des personnes élues par le grand public et responsables devant lui, plutôt que de la confier aux tribunaux.<sup>2572</sup>

C'est alors un argument de compétence qui est opposé à un rôle fort du juge, même si l'on peut noter que la Cour exerce bien une compétence de la sorte lorsqu'elle enserme l'interprétation des droits dans des arguments conservateurs de coûts pour les pouvoirs publics<sup>2573</sup>. On trouve néanmoins dans la jurisprudence sud-africaine des justifications proches de celle de la Cour colombienne en ce que la réalité serait le contexte à l'aune duquel il faudrait juger la création normative elle-même – et pas seulement la Constitution et son esprit. Dans un jugement fondé sur la Constitution intérimaire, la Cour sud-africaine a appuyé cette nécessité de « créer des solutions innovantes » sur la notion de contexte, ici aussi, estimant que le contexte sud-africain permettait de comprendre le caractère approprié des mesures exigées par la Constitution comme une exigence d'effectivité :

Compte tenu du contexte historique dans lequel la Constitution intérimaire a été adoptée et des violations massives des droits fondamentaux qui l'ont précédée, il ne fait aucun doute pour moi que cette Cour a le devoir particulier de veiller à ce que, dans les limites de la Constitution, un recours (*relief*) effectif soit accordé en cas de violation de l'un quelconque des droits qu'elle consacre. Dans notre contexte, une solution (*remedy*) appropriée doit signifier une solution effective, car sans solution effective en cas de violation, les valeurs qui sous-tendent la Constitution et les droits qu'elle

---

<sup>2572</sup> CCSA, 1996, *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*, opinion concordante d'Albie Sachs, §931-932 : « *The matter is not simply one of abstract constitutional theory. The judicial function simply does not lend itself to the kinds of factual enquiries, cost-benefit analyses, political compromises, investigations of administrative/enforcement capacities, implementation strategies and budgetary priority decisions which appropriate decision-making on social, economic and political questions requires. Nor does it permit the kinds of pluralistic public interventions, press scrutiny, periods for reflection and the possibility of later amendments which are part and parcel of Parliamentary procedure. How best to achieve the realisation of the values articulated by the Constitution is something far better left in the hands of those elected by and accountable to the general public than placed in the lap of the Courts* »

<sup>2573</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1.

consacre ne peuvent être correctement défendus ou protégés. En particulier dans un pays dans lequel si peu de gens ont les moyens de faire valoir leurs droits devant les tribunaux, il est essentiel que, lorsque la procédure judiciaire établit qu'une violation d'un droit consacré a eu lieu, ce droit soit effectivement défendu. Les tribunaux ont une responsabilité particulière à cet égard et sont tenus de 'forger de nouveaux outils' et d'élaborer des solutions innovantes (*shape innovative remedies*), si nécessaire, pour atteindre cet objectif.<sup>2574</sup>

Pour le juge Kriegler, il n'est pas même besoin de recourir à des dispositions explicites sur l'exécution et des formes, puisque

Lorsque les juridictions rendent une solution, elles tentent de synchroniser le monde réel avec la construction idéale d'un monde constitutionnel créé à l'image de (la clause de suprématie). Il n'y a rien d'étonnant ou d'inhabituel dans cette approche. Elle ne fait que reformuler le principe connu selon lequel les droits et les solutions sont complémentaires.<sup>2575</sup>

Le juge fait alors appel à l'idéal, qui évoque la métaphore du pont vers la réalisation des droits<sup>2576</sup>, pour justifier de telles solutions innovantes.

## 2. L'intentionnalité du juge dans la conception des dispositifs

La question des effets de la garantie judiciaire des droits dans le constitutionnalisme dit nouveau ou transformateur renvoie à l'activisme des cours constitutionnelles, c'est-à-dire une intention particulière avec laquelle les juridictions auraient eu ou tenté d'avoir un effet sur la réalité sociale. La question est implicite dans les travaux d'auteurs comme Mark Tushnet ou Rosalind Dixon, mais sans que l'activisme judiciaire soit explicitement visé. Roberto Gargarella, qui a repris les idées dialogiques pour l'Amérique latine, les relie plus aisément à un rôle accru du juge, qu'il imagine comme une voix institutionnelle pour les plus pauvres<sup>2577</sup>. Ces discussions théoriques se sont ancrées dans la pratique contentieuse et les débats plus techniques sur la justice

---

<sup>2574</sup> CCSA, 5 juin 1997, *Fose v. Minister of Safety and security* (Johann Kriegler), §69 : « Given the historical context in which the interim Constitution was adopted and the extensive violation of fundamental rights which had preceded it, I have no doubt that this Court has a particular duty to ensure that, within the bounds of the Constitution, effective relief be granted for the infringement of any of the rights entrenched in it. In our context an appropriate remedy must mean an effective remedy, for without effective remedies for breach, the values underlying and the rights entrenched in the Constitution cannot properly be upheld or enhanced. Particularly in a country where so few have the means to enforce their rights through the courts, it is essential that on those occasions when the legal process does establish that an infringement of an entrenched right has occurred, it be effectively vindicated. The courts have a particular responsibility in this regard and are obliged to "forge new tools" and shape innovative remedies, if needs be, to achieve this goal ».

<sup>2575</sup> *Ibid.*, §94 : « When courts give relief, they attempt to synchronise the real world with the ideal construct of a constitutional world created in the image of (the supremacy clause). There is nothing surprising or unusual about this notion. It merely restates the familiar principle that rights and remedies are complementary. »

<sup>2576</sup> Voir *infra*, chapitre 3, section 2.

<sup>2577</sup> Voir R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (dir.), *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor?*, Ashgate, 2006. R. GARGARELLA (dir.), *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo veintiuno editores, 2014.

constitutionnelle. L'activisme de dispositifs peut ainsi se comprendre dans la diversité des moyens dont dispose et que crée la juridiction. L'enjeu est celui du degré de contraintes que le juge veut donner à sa décision et en particulier à son dispositif. La réalité sociale est alors autant l'espace d'où induire les droits et principes que l'espace d'application de ceux-ci en retour. En somme, c'est l'interface jurisprudentielle qui doit faire l'objet d'une mesure. Il s'agit d'identifier différentes variables, différents leviers, différents instruments, par lesquels les cours constitutionnelles ont pu donner un sens à la transformation sociale telle qu'elle serait portée par les textes constitutionnels. Plusieurs auteurs, certains juristes, certains politistes ou sociologues, ont proposé des typologies de ce genre.

Siri Gloppen a proposé de mesurer une performance de la transformation, avec un score obtenu en quatre étapes et pour chacune de multiples facteurs. L'auteure s'intéresse à la voix (*voice*) donnée aux demandeurs, à la réactivité (*responsiveness*) du juge, aux moyens (*capability*) mis en œuvre par le juge, et enfin à l'exécution (*compliance*) des décisions par les autorités publiques<sup>2578</sup>. C'est l'intention ou la procédure et non la finalité de l'activisme judiciaire qui est alors considérée. Dans le sillage des travaux constructivistes, les droits sociaux ont été étudiés comme un lieu de luttes symboliques sur la redistribution<sup>2579</sup>. La démarche est alors interactionniste : comment le juge se positionne-t-il vis-à-vis des autres acteurs de l'espace public ?<sup>2580</sup> Ce qui dès lors est mesurable est la manière dont le juge oppose une norme aux destinataires de ses décisions ainsi que la réaction de ces derniers ; ce qui ne suppose pas nécessairement un effet ensuite sur la réalité sociale à laquelle participent les différents acteurs, le juge comme les pouvoirs publics et les requérants.

L'efficacité n'est alors pas une donnée objective mais une construction du constitutionnalisme, en lien avec les approches de la séparation des pouvoirs et de la démocratie. Les coordonnées du débat théorique relatif à l'importance de la construction normative des jurisprudences se retrouvent opérationnalisées dans les enjeux de l'exécution. Une approche substantielle comme celle de David Bilchitz reproche à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud de n'avoir pas clairement délimité les obligations liées aux droits sociaux et dénonce l'aspect

---

<sup>2578</sup> S. GLOPPEN, « Courts and Social Transformation : An Analytical Framework », in R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (dir.), *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor ?*, Ashgate, 2006, p. 35-60

<sup>2579</sup> Voir D.M. BRINKS, V. GAURI, « Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights », *op. cit.* note 67. M. LANGFORD (dir.), *Socio-economic rights in South Africa: symbols or substance?*, New York, Etats-Unis d'Amérique, Cambridge University Press, 2014. M. LANGFORD, « Judicial Politics and Social Rights », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 66-109.

<sup>2580</sup> Voir C.R. GARAVITO, « Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 233-258, p. 234 : « *Whether state institutions in democracies act as inhibitors or catalysts of radical deprivation depends on their design, operation and interaction with other state and civil society actors* ». Aussi, « *courts and the judicial field have become important mediation sites for socioeconomic policy and distributive struggle* » (*Ibid.*, p. 234).

procédural du contrôle de constitutionnalité qui mènerait, selon lui, à vider de sa substance<sup>2581</sup>. Il conteste en particulier l'approche de Sandra Liebenberg, proche des théories délibératives de la démocratie, qui s'intéresse à ce qu'une jurisprudence procédurale peut produire substantiellement, sans se satisfaire tout à fait de la manière dont la Cour a élaboré son contrôle<sup>2582</sup>. Or, la proportionnalité telle que la défend par exemple Carlos Bernal Pulido en Colombie peine à donner un contenu aux droits et constitue un socle à une exécution efficace, à partir d'un contenu minimal des droits qu'il suffit d'appliquer aux situations de violation alléguée des droits<sup>2583</sup>. La proportionnalité permet de ne définir la norme que dans une concrétisation donnée.

À cet égard, les deux cours colombienne et sud-africaine présentent une spécificité en ce qu'elles ont commencé leur office au moment où, à l'échelle globale, la justice constitutionnelle était comprise comme une garantie des droits par le contrôle de leur conciliation par les pouvoirs publics, sans que ni l'une ni l'autre n'ait connue une autre rationalité du contrôle de constitutionnalité à l'image du contrôle de la conformité des normes envisagé par Hans Kelsen ou du rôle de régulateur des pouvoirs publics confié au Conseil constitutionnel français<sup>2584</sup>. Pourquoi néanmoins cette proportionnalité est-elle d'abord comprise comme une concrétisation de droits définis *prima facie*, voire comme la principale opération juridique par substitution à toute interprétation abstraite ? Cela s'explique par un présupposé des discours juridiques sur les droits qui renvoie à leur effectivité. La théorisation même du constitutionnalisme dans les deux pays s'appuie sur l'idée d'un effet du droit sur la réalité sociale. La proportionnalité est alors mise en avant par les juridictions et leurs observateurs en ce qu'elle permettrait de constater la mise en œuvre des droits et de produire une effectivité de la norme, tandis que la critique du manque de définition du contenu des droits met l'accent sur le contenu de la norme constitutionnelle.

Or, plusieurs sens peuvent être attribués à l'effectivité des droits : une disposition constitutionnelle peut recevoir une portée, c'est-à-dire une signification, et être mobilisée dans la jurisprudence, sans nécessairement être effective au sens de la production d'effets dans la réalité<sup>2585</sup>. La difficulté est que les discours judiciaires et académiques sur le constitutionnalisme transformateur renvoient à la réalité sociale quand ils visent, souvent, l'élaboration du contenu des normes par le

---

<sup>2581</sup> Pour l'approche de David Bilchitz, voir *supra*, chapitre 1, et pour cette critique en particulier, voir son analyse du manuel de Sandra Liebenberg, D. BILCHITZ, « Does Sandra Liebenberg's New Book Provide a Viable Approach to Adjudicating Socio-economic Rights ? », *South African Journal of Human Rights*, vol. 27, 2011, p. 546-557.

<sup>2582</sup> Voir *supra*, chapitre 2, section 2, §2.

<sup>2583</sup> *Ibid.*

<sup>2584</sup> Voir D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Juspoliticum*, n° 7, 2012

<sup>2585</sup> Voir J. BETAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op. cit.* note 72, p. 21-22. Encore l'auteur situe-t-il l'effectivité « au regard de sa propre finalité », alors que cette dernière ne nous semble pas tant relever du rapport de la norme aux faits mais de l'interprétation même de la norme, comme phénomène discursif et factuel.

juge, et éventuellement, son respect par les pouvoirs publics, ce qui renvoie alors l'effectivité des droits au respect du droit<sup>2586</sup>, c'est-à-dire à la suprématie constitutionnelle. C'est le sens de la culture de justification qui est évoquée pour l'Afrique du Sud et de la « force normative » évoquée en Colombie comme une spécificité du constitutionnalisme transformateur<sup>2587</sup>. Ce glissement a une grande importance dans la construction conceptuelle des droits sociaux dans les deux pays. En définissant la réalisation des droits à l'effet des droits sur le réel, les juristes sont amenés à se satisfaire d'une simple influence du juge dans l'espace juridico-politique, nonobstant l'état des droits, et donc à repousser indéfiniment leur réalisation. Dit autrement, le juge pourra condamner sans fin des mesures disproportionnées, et se satisfaire de ce que ses décisions ont de toute évidence un certain effet ou s'en tenir à ce que les pouvoirs publics respectent ou non les décisions, laissant ouvert un paradoxe selon lequel la réalisation des droits, elle, pourrait bien rester stable voire diminuer. Que le droit produise des effets ou même de plus en plus d'effets ne dit rien de sa réalisation. On pourrait donc voir la jurisprudence se durcir à l'égard des pouvoirs publics mais l'état général de la réalisation des droits baisser d'autant.

Les discours juridiques qui évoquent la réalisation ou la garantie des droits reposent sur une conception particulière de la fonction du juge comme le gardien des droits ou de la validité des normes dans l'ordre juridique, alors qu'il est, également, chargé de réaliser une concrétisation au cas par cas, c'est-à-dire de résoudre des litiges dans l'ordre juridique. Le constitutionnalisme transformateur ne se caractérise pas par un poids prépondérant du juge et des droits dans la démocratie constitutionnelle mais par un état entremêlé des décisions publiques, des circonstances factuelles et du droit : les décisions sont soumises au droit en ce qu'elles doivent le prendre en compte, pas nécessairement le réaliser ; la transformation de la réalité est l'infusion de normes juridiques dans la vie politique – c'est là l'effet des droits – mais pas nécessairement l'effectivité de ces normes, si bien que l'on peut comprendre le sens juridique de la transformation au-delà du paradoxe, vu au chapitre précédent, entre le droit constitutionnel comme garantie d'un statu quo et comme mouvement de changement permanent : le point de convergence entre les deux idées se retrouve dans l'effet dans l'ordre juridique, induit par la mesure de la proportionnalité. L'élément médiateur qui permet à un tel saut argumentatif de tenir se trouve dans la place que les raisonnements accordent au contexte factuel et politique.

---

<sup>2586</sup> C'est par exemple le sens retenu par Hans Kelsen, qui fait de l'effectivité une condition de validité du système juridique, *op. cit.*, p. 54-55.

<sup>2587</sup> Voir *supra*, chapitre 1 section 1.

Alejandro Gutiérrez, docteur colombien et magistrat auxiliaire de la Cour, a qualifié d'*amparo* structurel<sup>2588</sup> une pratique judiciaire qu'il associe à la juridiction du pays mais également à la Cour suprême d'Inde, à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et à certaines décisions de la Cour suprême des États-Unis. Sa définition tient à trois critères : la réponse à une violation généralisée des droits au-delà de la seule résolution du litige telle que la séparation des pouvoirs l'envisage historiquement, une décision qui s'applique à des groupes sociaux en sus des requérants et qui ne sont souvent pas pris en compte par l'agenda politique<sup>2589</sup>, et enfin une exécution complexe. Ce dernier critère renvoie selon l'auteur à une injonction sophistiquée adressée aux pouvoirs publics ou au suivi de l'exécution par la Cour, mais sans viser nécessairement ce suivi<sup>2590</sup>. Si l'on peut tout à fait s'entendre sur la distinction précédente en regardant plus largement le pouvoir d'injonction et non seulement les dispositifs de suivi tels que ceux qui ont été mis en place par la Cour constitutionnelle de Colombie<sup>2591</sup>, les deux premiers critères proposés par Alejandro Gutiérrez sont particulièrement vastes. Comme l'admet l'auteur, ils peuvent correspondre à tout contentieux, dès lors qu'il a une visée plus large qu'un litige individuel mais sans que l'on puisse clairement le distinguer de ce dernier<sup>2592</sup>. En réalité, son étude inclut toute la jurisprudence transformatrice<sup>2593</sup>, mais appelle, surtout, à inclure celle-ci dans son contexte sociopolitique<sup>2594</sup>. L'auteur appelle à dépasser une limite fréquente de la littérature juridique, qui considère l'activisme judiciaire sans considérer en quoi celui-ci est une réaction à la violation des droits par les pouvoirs publics ou à l'inaction de ceux-ci face à un problème social. À l'inverse, l'activisme que l'auteur qualifie de structurel peut recouvrir une dimension progressive qui se comprend en relation avec l'absence de réaction des pouvoirs publics<sup>2595</sup>. Si Alejandro Gutiérrez s'en défend, en évoquant notamment « le caractère factuel de la violation des droits »<sup>2596</sup>, cet argument est proche de celui, que l'on a qualifié

---

<sup>2588</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, 2018. Voir également V. BAZAN, *La protección de los derechos sociales: Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n° 5, 2015. M.J. CEPEDA ESPINOSA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford University press, 2017, p. 378.

<sup>2589</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, *op. cit.* note 94, p. 27-29. César Rodríguez-Garavito et Diana Diana Rodríguez Franco définissent les décisions structurelles d'une manière similaire en visant celles qui concernent un grand nombre de personnes ou des associations, qui attaquent un grand nombre d'institutions pour des manquements systématiques, et qui impliquent enfin des modes de décision et d'exécution structureaux, C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 6. La tautologie de ce dernier point renvoie néanmoins à l'imprécision qu'admet de son côté Alejandro Gutiérrez, *infra*.

<sup>2590</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, *op. cit.* note 94, p. 48s.

<sup>2591</sup> Voir *infra*, section 2.

<sup>2592</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, *op. cit.* note 94, p. 55-58.

<sup>2593</sup> Voir par exemple *Ibid.*, p. 45s. L'étude d'Alejandro Gutiérrez présente également un cas de cherry-picking en analysant les décisions les plus célèbres des quatre juridictions constitutionnelles suprêmes de l'Inde, des États-Unis, de la Colombie et de l'Afrique du Sud.

<sup>2594</sup> *Ibid.*, p. 207s.

<sup>2595</sup> *Ibid.*, p. 91-92.

<sup>2596</sup> *Ibid.*, p. 167s.



de normatif, qui voit dans l'activisme judiciaire un mandat constitutionnel dicté par le texte et non une intention ou une création juridictionnelles<sup>2597</sup>.

Une distinction est couramment faite entre des dispositifs déclaratifs, qui posent une interprétation des droits et libertés et des obligations associées, et des dispositifs prescriptifs accompagnés d'injonctions<sup>2598</sup>. L'aspect dialogique du contentieux peut être associé à ces déclarations en tant qu'elles donnent une direction sans l'imposer, laissant aux pouvoirs publics la possibilité de choisir les moyens de la mise en œuvre<sup>2599</sup> ou aux dispositifs prescriptifs lorsqu'ils permettent une mise en œuvre particulière par les pouvoirs publics, en ordonnant notamment des mesures sans les préciser<sup>2600</sup>, avec éventuellement une gradation vers la précision du dispositif lors de l'exécution de la même décision ou à l'occasion d'autres litiges<sup>2601</sup>. De fait, les arguments démocratiques relatifs à la légitimité et à la compétence des juridictions constitutionnelles considèrent souvent une pratique contentieuse particulièrement abrupte par laquelle la justice annule une loi sans autre forme d'aménagement<sup>2602</sup>, une pratique dont les juridictions et en particulier celles de Colombie et d'Afrique du Sud, pourtant volontiers qualifiées d'activistes, s'éloignent.

Le terme de structure est souvent dans la doctrine colombienne et comparatiste. L'idée d'une action structurelle renvoie à deux choses dans la littérature du contentieux constitutionnel relative à l'Afrique du Sud et de la Colombie. Il peut s'agir des effets structurels des décisions et plus précisément des dispositifs des juridictions. Mais il peut également s'agir d'une action structurelle en soi de la part des cours, par des types d'exécution spécifiquement construits. Il ne s'agit donc pas d'imposer le droit jugé vertueusement à une administration récalcitrante, de rappeler les droits des plus démunis à des officiels peu inclusifs. En ligne avec l'approche qui vise à fournir un cadre d'analyse pragmatique et positiviste, détaché le plus possible de la morale qui fonde le système de protection des droits sociaux, il s'agit de mesurer les facteurs pouvant influencer

---

<sup>2597</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

<sup>2598</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights : adjudication under a transformative constitution*, Juta, 2010, p. 398s. A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, *op. cit.* note 94, p. 64s.

<sup>2599</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 398-399 : « a declaration of rights is an optional remedy which may constitute appropriate relief in the circumstances of a particular cases », et plus particulièrement « a declaratory order in circumstances where there is no live controversy between the parties serves the purpose of providing a public, authoritative confirmation that the applicant's constitutional rights have been violated. It may also assist in deterring future violations of constitutional rights by clarifying the constitutional duties which apply in particular circumstances. ».

<sup>2600</sup> A.M. GUTIERREZ BELTRAN, *El amparo estructural de los derechos*, *op. cit.* note 94, p. 73-87, distinguant les « ordenes prescriptivos » selon qu'ils sont « dialógicos » ou « unidireccionales ».

<sup>2601</sup> *Ibid.*, p. 100s.

Un autre dispositif considéré comme dialogue est le suivi de l'exécution, en tant qu'il s'agit d'une injonction complexe qui engage un échange avec l'administration, voir *infra*, section 2 et C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 21s.

<sup>2602</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 28.

l'exécution des décisions. La question de l'exécution n'est pas qu'une question binaire de respect ou d'irrespect. C'est aussi la question de savoir ce qui est à exécuter. Faut-il simplement résoudre le litige, ou faire face à des problèmes plus larges, plus complexes ? C'est la question de la mesure du caractère potentiellement transformatif des dispositifs du point de vue même de leur élaboration, c'est-à-dire des pouvoirs constitués et déployés par le juge constitutionnel.

L'activisme judiciaire en Colombie et en Afrique du Sud se mesure donc en partie grâce à l'analyse des dispositifs adossés aux discours des juridictions. Trois éléments semblent déterminants. Premièrement, la structure du dispositif peut aller de la seule résolution d'un litige ou décision de conformité et d'annulation à l'injonction ou au commandement, lequel peut lui-même consister en plusieurs objets. Deuxièmement, le degré de précision du dispositif s'analyse de manière sémantique, c'est-à-dire dans la formulation de l'opposabilité et de l'injonction. Troisièmement, l'étendue du dispositif renvoie aux effets juridiques envisagés par la décision, c'est-à-dire à l'étendue de la situation et des personnes visées, avec deux pôles entre la résolution *inter partes* du litige, réduite aux requérants, ou la résolution d'un problème plus large avec un effet *erga omnes* c'est-à-dire opposable à tous les sujets de droits ou *inter pares*, c'est-à-dire applicable aux personnes placées dans la même situation.

## §2. Les formes et les limites de l'exécution forte

Les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud (A) comme de Colombie (B) ont incarné chacune différents types de dispositifs, à la fois forts et mesurés selon les cas, trahissant chacune l'image qu'elle peuvent avoir.

### A. En Afrique du Sud, un activisme des droits sans activisme des dispositifs

Si la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a eu une approche créative de ses pouvoirs (1), elle les a utilisés pour accompagner et non s'opposer au pouvoir politique (2).

#### 1. L'offensive de la Cour dans la délimitation de ses pouvoirs

Le texte de la Constitution de 1996 est plutôt riche quant à la délimitation des pouvoirs conférés au juge dans le cadre de la déclaration des droits. Les juges peuvent prendre toute « mesure appropriée<sup>2603</sup> », y compris l'invalidité de « tout acte ou toute conduite contraire à la

---

<sup>2603</sup> Constitution d'Afrique du Sud, section 38.

Constitution<sup>2604</sup> ». Le texte vise notamment « toute injonction qui soit juste et équitable<sup>2605</sup> » et l'élaboration de la *Common law* en conformité avec les droits constitutionnels<sup>2606</sup>. La Cour a été particulièrement créative à partir de ces énoncés. Elle a notamment développé deux procédés plus fins de contrôle des lois qui ne sont pas prévus par le texte constitutionnel. Il lui arrive ainsi de déclarer invalide des morceaux de texte (*severance*)<sup>2607</sup>. La Cour a également pu procéder à des réécritures de textes législatifs (*reading in*). La Cour a procédé à une telle réécriture dans plusieurs affaires relatives aux droits économiques et sociaux. Dans sa décision *Khosa*, elle a inclus les résidents permanents en Afrique du Sud dans les dispositions législatives litigieuses ouvrant des droits à la sécurité sociale, en conjonction donc avec le refus de suspendre sa déclaration d'invalidité afin de ne pas désavantager à la fois les personnes qui étaient incluses par le législateur, mais aussi celles que le juge incluait alors<sup>2608</sup>. Dans sa décision *Jaftha*, qui censurait une disposition permettant d'expulser sans juge les occupants de logements financés par l'État en cas d'impayés, la Cour ajoute des mots imposant une décision judiciaire préalable considérant toutes les circonstances pertinentes avant de pouvoir procéder à une expulsion<sup>2609</sup>. La Cour a précisé cette pratique du *reading in* dans l'arrêt *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*, dans laquelle elle censurait plusieurs dispositions législatives qui criminalisaient l'homosexualité<sup>2610</sup>. La Cour prône alors la prudence face à un procédé qui risquait d'opérer des choix à la place du législateur<sup>2611</sup>. Il s'agirait même du principal élément à regarder :

La seule question pertinente est de savoir quelles sont les conséquences d'une telle solution et si elles constituent une intrusion inconstitutionnelle dans le domaine du législateur. Toute autre conclusion conduirait à l'absurdité selon laquelle l'admission d'un recours dépendrait de la circonstance fortuite de la forme sous laquelle le législateur a choisi d'adopter la disposition en question. Un législateur pourrait, par exemple, étendre certains avantages aux partenaires en général et exclure les partenaires de même sexe par le biais d'une exception expresse. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'objection à déclarer l'exception invalide, si un tribunal était convaincu qu'une telle séparation était, en application des critères appropriés, constitutionnellement justifiée. Il serait

---

<sup>2604</sup> *Ibid.*, section 172(1)(a).

<sup>2605</sup> *Ibid.*, section 172(1)(b).

<sup>2606</sup> *Ibid.*, section 8(3)(a).

<sup>2607</sup> CCSA, Coetzee.

<sup>2608</sup> CCSA, 4 mars 2004, *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others, Mahlaule and Another v Minister of Social Development* (Yvonne Mokgoro), §77.

<sup>2609</sup> CCSA, 8 octobre 2004, *Jaftha v Schoeman and Others, Van Rooyen v Stoltz and Others* (Yvonne Mokgoro).

<sup>2610</sup> CCSA, 9 octobre 1998, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (Lourens Ackerman).

<sup>2611</sup> *Ibid.*, §67 : « *there is in principle no difference between a court rendering a statutory provision constitutional by removing the offending part by actual or notional severance, or by reading words into a statutory provision. In both cases the parliamentary enactment, as expressed in a statutory provision, is being altered by the order of a court. In the one case by excision and in the other by addition* »

absurde de refuser le *reading in* lorsqu'il est également constitutionnellement justifié simplement en raison de sa forme.<sup>2612</sup>

L'article 172(1)(b)(ii) de la Constitution d'Afrique du Sud permet en outre aux cours de moduler les effets dans le temps de leurs décisions, en limitant la rétroactivité ou en suspendant sa déclaration d'invalidité. La suspension est une pratique courante dans le domaine des droits civils et politiques lorsqu'il s'agit de censurer une loi dans le cadre du contrôle abstrait sur un fondement procédural<sup>2613</sup>. Mais la suspension de la déclaration d'invalidité, qui vise à reporter l'effet de la décision, renvoie également aux obligations positives qui reposent sur les pouvoirs publics dans la mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Dans la décision *Fourie*, en 2006, la Cour juge bien inconstitutionnelle l'exclusion des homosexuel du mariage et adopte un dispositif permettant de faire cesser l'inconstitutionnalité, mais refuse un *reading in* qui les inclurait ; la juridiction préfère renvoyer la question au législateur, tout en lui donnant des principes à respecter afin d'élaborer un nouveau cadre inclusif en matière de mariage<sup>2614</sup>. C'est sur un argument démocratique que Kate O'Regan rédige une opinion dissidente : elle estime qu'une décision du Parlement aurait « une plus grande valeur démocratique » mais que la légitimité de l'action du juge dépend des effets donnés aux droits<sup>2615</sup>. Dans la décision *Occupiers of 51 Olivia Road*, à l'occasion de laquelle la Cour fait peser sur les autorités une obligation d'implication significative (*meaningful engagement*), consistant à mettre en œuvre une discussion entre les parties prenantes, la Cour a délimité dans le temps l'effet de sa

---

<sup>2612</sup> *Ibid.* §68 : « *This chance difference cannot by itself establish a difference in principle. The only relevant enquiry is what the consequences of such an order are and whether they constitute an unconstitutional intrusion into the domain of the legislature. Any other conclusion would lead to the absurdity that the granting of a remedy would depend on the fortuitous circumstance of the form in which the legislature chose to enact the provision in question. A legislature could, for example, extend certain benefits to life-partners generally and exclude same-sex life partners by way of express exception. In such case there would be no objection to declaring the exception invalid, where a court was satisfied that such severance was, on application of whatever the appropriate test might be, constitutionally justified in relation to the legislature. It would be absurd to deny the reading in remedy, where it was equally constitutionally justified in relation to the legislature, simply because of its form.* »

<sup>2613</sup> Voir, par exemple, les suspensions de dix-huit mois décidées dans l'annulation de lois adoptées en violation des règles et principes procéduraux de la Constitution selon la Cour, CCSA, 27 février 2006, *Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (Sandile Ngcobo). CCSA, 17 août 2006, *Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others* (Sandile Ngcobo). Le législateur dispose de ce délai pour adopter un régime conforme à la Constitution. Dans l'affaire *Matatiele* en particulier, la Cour estime que les destinataires du jugement peuvent s'adresser à la juridiction afin de s'enquérir des conséquences du jugement.

<sup>2614</sup> CCSA, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Fourie v. Minister of Home Affairs* (Albie Sachs), ci-après *Fourie*.

<sup>2615</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Kate O'Regan, §171 : « *There can be no doubt that it is necessary that unconstitutional laws be removed from our statute book by Parliament. It is equally necessary that provisions of the common law which conflict with the Constitution are developed in a manner that renders them in conformity with it. It would have been desirable if the unconstitutional situation identified in this matter had been resolved by Parliament without litigation. The corollary of this proposition, however, is not that this Court should not come to the relief of successful litigants, simply because an Act of Parliament conferring the right to marry on gays and lesbians might be thought to carry greater democratic legitimacy than an order of this Court. The power and duty to protect constitutional rights is conferred upon the courts and courts should not shrink from that duty. The legitimacy of an order made by the Court does not flow from the status of the institution itself, but from the fact that it gives effect to the provisions of our Constitution. Time and again, there will be those in our broader community who do not wish to see constitutional rights protected, but that can never be a reason for a court not to protect those rights.* »

déclaration d'invalidité<sup>2616</sup>. Il s'agit en effet de permettre à la négociation d'avoir lieu. Dans une rare mention à la praticabilité de l'exécution, la Cour note qu'il a été objecté par les pouvoirs publics que les 67.000 personnes occupant des bâtiments insalubres du centre de Johannesburg rendaient l'application du concept d'implication impossible ; le juge rappelle alors que le programme municipal a débuté en 2003 et qu'il reste un temps suffisant à une discussion « structurée, cohérente et précautionneuse<sup>2617</sup> ».

L'idée de dialogue a été particulièrement reprise en Afrique du Sud, en lien avec une approche qui se présente comme procédurale<sup>2618</sup>. Sandra Liebenberg a produit une articulation célèbre des valeurs dialogiques avec le constitutionnalisme sud-africain, en particulier dans son analyse du test du caractère raisonnable en matière de droits sociaux dont elle a néanmoins pu critiquer le manque de substance<sup>2619</sup>. En particulier, l'universitaire estime que les dispositifs « responsifs » élaborés par la Cour ont laissé aux pouvoirs publics la possibilité des politiques constitutionnelles alternatives d'une manière particulièrement adaptée aux problèmes structurels que les droits visent à résoudre dans une dimension transformatrice<sup>2620</sup>. Cette responsabilité se retrouve notamment dans la modulation des effets dans le temps vis-à-vis de l'annulation des dispositions législatives<sup>2621</sup>. Aussi selon l'autrice,

Il est incontestable que des obstacles structurels majeurs entravent l'accès à une éducation de qualité, aux services de santé, au logement, à la nourriture, à l'eau et à la sécurité sociale pour une grande partie de la population sud-africaine. En outre, l'Afrique du Sud est une jeune démocratie confrontée, dans de nombreux domaines, à un manque de capacité institutionnelle et d'expérience pour remédier aux violations à grande échelle des droits socio-économiques. Dans ces circonstances, le respect des droits constitutionnels ne sera pas assuré par un dispositif judiciaire unique et définitif, mais nécessitera un processus continu d'engagement entre les organes compétents de l'État, les communautés concernées, les organisations de la société civile et les personnes possédant une expertise dans un domaine particulier. Une direction substantielle et une supervision régulière par les tribunaux sont nécessaires pour garantir que ces processus

---

<sup>2616</sup> CCSA, 19 février 2008, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (Zakeria Yacoob), ci-après *Olivia Road*, §52 et 54, *order*, point 7

<sup>2617</sup> *Ibid.*, §19.

<sup>2618</sup> Voir D. BRAND, « The Proceduralisation of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence, or “What are Socioeconomic Rights For?” », in H. BOTHA, A. VAN DER WALT, J. VAN DER WALT (dir.), *Rights and democracy in a transformative constitution*, Sun Press, 2003, p. 33-56

<sup>2619</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, et pour le dialogue, voir le chapitre 2, p. XX.

<sup>2620</sup> *Ibid.*, voir p. 377s sur les « responsive remedies ».

<sup>2621</sup> *Ibid.*, p. 390-391.

d'engagement sont guidés par les objectifs normatifs et les valeurs issus des droits socio-économiques concernés.<sup>2622</sup>

La responsivité se confond alors avec la terminologie contextualiste pour qualifier la manière dont les juges agissent sur la réalité et notamment l'articulation de leur pouvoir avec celui du législateur et de l'exécutif. L'idée peut être contradictoire tant les pouvoirs publics eux-mêmes peuvent être jugés fautifs d'inaction, si bien que l'activisme dialogique envisagé par une autrice comme Sandra Liebenberg sacrifie à la transformation une voie pragmatique, pour des raisons de légitimité autant que de compétence technique<sup>2623</sup>. Le même argument est pourtant utilisé a contrario en Colombie où il sert, plutôt que le retrait, un regard approfondi de la Cour constitutionnelle sur les politiques publiques<sup>2624</sup>.

## 2. Les précautions de la Cour vis-à-vis du pouvoir d'injonction

Outre le contrôle abstrait des lois et leur éventuelle invalidation, la Cour dispose de larges pouvoirs d'injonction dans le contentieux de l'appel et de la cassation des décisions de constitutionnalité des juridictions inférieures<sup>2625</sup>. Ainsi, dans son contentieux concret, la Cour constitutionnelle peut réduire sa solution à une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité, souvent qualifiée dans le pays de *declaration of rights*, sans injonction ou avec une injonction faiblement contraignante. La jurisprudence illustre alors la distinction élaborée ensuite par Mark Tushnet. L'article 38 de la Constitution sud-africaine permet d'ailleurs au juge de prendre toute « mesure appropriée, y compris une déclaration de droits », que l'on entend comme une déclaration du contenu des droits au-delà du litige en cours. La Cour a distingué la possibilité d'une telle déclaration de la déclaration d'invalidité vue plus haut, estimant cette dernière obligatoire, et la première optionnelle ; à l'inverse, elle a estimé qu'une déclaration de droits pouvait exister

---

<sup>2622</sup> *Ibid.*, p. 462 : « there can be little dispute that there are major structural obstacles that impede access to quality education, health care services, housing, food, water and social security for large proportions of the South African population. Moreover, South Africa is a young democracy facing, in many areas, a lack of institutional capacity and experience to redress large-scale violations of socio-economic rights. In these circumstances, compliance with constitutional rights will not be achieved through a once-off, final, judicial decree, but will require an ongoing process of engagement between relevant organs of state, affected communities, civil society organisations and persons with expertise in a particular sphere. Substantive guidance and regular supervision by the courts are required to ensure that these processes of engagement are guided by the normative purposes and values of the relevant socio-economic rights ».

<sup>2623</sup> *Ibid.*, p. 381 et p. 388.

<sup>2624</sup> Voir *infra*.

<sup>2625</sup> Comme le note Sandra Liebenberg, bien que la *common law* permette les injonctions, la Cour a toujours pris soin de fonder ses dispositifs sur les articles 38 et 39(2), S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 409-410.

seule<sup>2626</sup>. La Cour peut cependant aller au-delà en adoptant une injonction temporaire (*interim order*) ou générale (*mandatory order*)<sup>2627</sup>.

Dans l'affaire *TAC*, le gouvernement estimait que les déclarations de droits étaient distinctes des injonctions, ce à quoi la Cour a eu l'occasion de répondre, avec une importance cruciale pour la future jurisprudence en matière de droits sociaux et d'obligations positives, que non seulement les déclarations de droits, quand bien même distinctes, produisaient des obligations pour l'État<sup>2628</sup>, mais que la juridiction pouvait également émettre des injonctions ordonnant la fourniture de services ou de biens<sup>2629</sup>. La séparation des pouvoirs à laquelle la Cour se dit attentive « ne signifie pas que les juridictions ne peuvent ou ne doivent pas adopter des injonctions qui ont un effet sur les politiques sociales<sup>2630</sup> », toute « intrusion dans le domaine de l'exécutif étant une intrusion commandée par la Constitution elle-même<sup>2631</sup> » et tout jugement relatif aux droits sociaux impliquant « une évaluation des politiques publiques<sup>2632</sup> ». Ces injonctions, en outre, sont définies de telle manière qu'elles valent au-delà des requérants pour toute personne placée dans une situation similaire, en lien, donc, avec la déclaration des droits et non seulement avec le litige considéré de manière distincte<sup>2633</sup>. On trouve ici une formulation particulièrement audacieuse d'un activisme judiciaire en matière de transformation sociale et d'un déplacement du droit vers le politique, celui-ci étant conçu comme une évaluation des politiques publiques.

---

<sup>2626</sup> CCSA, 26 novembre 2004, *Rail Commuters Action Group v Transnet Ltd t/a Metrorail* (Kate O'Regan), §106-109. La Cour impose alors aux autorités de transports sud-africaines nationales une obligation de s'assurer que des mesures raisonnables sont prises pour assurer la sécurité des passagers, alors qu'il existe un vide juridique en la matière, sans que la Cour n'associe une injonction à sa déclaration de droits.

<sup>2627</sup> Sandra Liebenberg distingue encore les *mandatory orders*, qui sont propres aux obligation positive, des *prohibitory orders*, « *where there is a threatened interference with people's existing access to socio-economic rights* » (S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 409-410). L'autrice distingue ensuite, au sein des *mandatory orders*, ceux relatifs à « *the provision of benefits and services* », sur lesquels l'étude infra se concentre, et ceux relatifs aux dommages et intérêts, distincts dans la common law (*orders ad pecuniam solvendam* et non *ad factum praestandum*).

<sup>2628</sup> CCSA, *TAC*, *op. cit.*, §99 : « *Even simple declaratory orders against government or organs of state can affect their policy and may well have budgetary implications. Government is constitutionally bound to give effect to such orders whether or not they affect its policy and has to find the resources to do so* ».

<sup>2629</sup> *Ibid.*, §106. La Cour précise ce que le droit à la santé veut dire en l'appliquant à l'espèce (§135, point 1), estime qu'un programme raisonnable doit être mis en oeuvre pour réduire la transmission du VIH de la mère à l'enfant, ce qui n'était pas le cas car le Nevirapine était restreint à certains sites de recherche et d'entraînement et non étendus à tous les hôpitaux et sans politique de formation au-delà de ces sites. La Cour enjoint ensuite l'État à étendre l'administration du Nevirapine au-delà des sites de recherche dans les hôpitaux publics et de former à l'administration et au counselling (point 3), tout en ajoutant que l'administration peut trouver un autre moyen d'atteindre le même but (§135, points 3 et 4).

<sup>2630</sup> *Ibid.*, §98 : « *This does not mean, however, that courts cannot or should not make orders that have an impact on policy.* »

<sup>2631</sup> *Ibid.*, §99 : « *Where state policy is challenged as inconsistent with the Constitution, courts have to consider whether in formulating and implementing such policy the state has given effect to its constitutional obligations. If it should hold in any given case that the state has failed to do so, it is obliged by the Constitution to say so. In so far as that constitutes an intrusion into the domain of the executive, that is an intrusion mandated by the Constitution itself.* »

<sup>2632</sup> *Ibid.*, §101 : « *A dispute concerning socio-economic rights is thus likely to require a court to evaluate state policy and to give judgment on whether or not it is consistent with the Constitution.* »

<sup>2633</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 411-412.

Pour autant, dans la construction élaborée par la Cour, le pouvoir du juge s'exprime en lien avec la réalité sociale et selon chaque espèce, selon ce qui est approprié<sup>2634</sup>. L'exécution décidée par le juge est alors conceptuellement proche de son contrôle du caractère raisonnable des politiques publiques et s'appuie même sur le caractère flexible que celles-ci « doivent » recouvrir selon la Cour<sup>2635</sup>. Pour la Cour, c'est dans chaque cas qu'il faut déterminer un mode d'exécution approprié, juste et équitable. La juridiction propose alors une lecture de la Constitution qui évoque ces termes sans viser explicitement une telle casuistique, mais s'appuie également sur un argument démocratique et institutionnel, selon lequel

Les affaires constitutionnelles, quelle qu'en soit l'issue, peuvent avoir une incidence non seulement sur les intérêts des parties concernées, mais aussi sur les droits de tous ceux qui se trouvent dans des situations similaires. En effet, chaque affaire constitutionnelle entendue enrichit le corpus général de la jurisprudence constitutionnelle et ajoute de la texture à ce que signifie vivre dans une démocratie constitutionnelle.<sup>2636</sup>

De fait, cette approche dans le cas de la décision *TAC* amène la Cour à résoudre la question précise de la délivrance du médicament qui lui était posée sans discuter des politiques de santé au-delà de l'espèce, qui n'ont alors pas été affectées par la jurisprudence de la Cour, le système public restant largement sous-financé par rapport au système public, et ce malgré une réforme importante en 2004, après l'intervention de la Cour, qui centralisait notamment la compétence en matière de santé au sein des provinces<sup>2637</sup>. Cette approche doit être rapprochée de la différence marquée en termes d'accès entre la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et celle de Colombie, la première connaissant peu d'affaires, tandis que la seconde, nonobstant ses interventions structurelles explicites et volontaristes, connaît un nombre de *tutelas* suffisant à discuter de l'ensemble d'une politique publique à l'occasion de la régulation de litiges individuels<sup>2638</sup>, par exemple en matière de santé. L'intervention de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a alors eu pour principal effet,

---

<sup>2634</sup> Voir CCSA, *Fose*, op. cit et CCSA, *TAC*, op. cit., §102, la Cour citant alors l'article 38 de la Constitution qui évoque un « *appropriate relief* », tandis que l'article 172(1)(b) donne un critère proche d'une telle casuistique en précisant que les juges peuvent « *make any order that is just and equitable*. ». C'est l'approche choisie par la Cour depuis la décision CCSA, 28 septembre 2000, *Hoffman v. South African Airways*.

<sup>2635</sup> CCSA, *TAC*, §114 : « *A factor that needs to be kept in mind is that policy is and should be flexible. It may be changed at any time and the executive is always free to change policies where it considers it appropriate to do so. The only constraint is that policies must be consistent with the Constitution and the law. Court orders concerning policy choices made by the executive should therefore not be formulated in ways that preclude the executive from making such legitimate choices.* »

<sup>2636</sup> CCSA, 3 juin 2019, *BioWatch Trust v Registrar Genetic Resources and Others* (Albie Sachs), §23 : « *constitutional litigation, whatever the outcome, might ordinarily bear not only on the interests of the particular litigants involved, but on the rights of all those in similar situations. Indeed, each constitutional case that is heard enriches the general body of constitutional jurisprudence and adds texture to what it means to be living in a constitutional democracy.* »

<sup>2637</sup> K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013, p. 179-216, p. 206s.

<sup>2638</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2 ;



au-delà de la situation précise des requérants et personnes placées dans la même situation qu'eux, d'inciter les pouvoirs publics à élaborer un cadre législatif que la Cour s'est ensuite contenté d'appliquer sans faire appel aux droits constitutionnels<sup>2639</sup>. Des interventions non-juridictionnelles ont eu lieu auprès des autorités publiques et des entreprises avec pour résultat de faire baisser les prix de certains médicaments<sup>2640</sup>.

La décision *Grootboom* relative au droit au logement est une matrice de l'approche de la Cour, puisqu'elle y a précisé son mode de contrôle des obligations positives en matière de droits sociaux<sup>2641</sup>, mais également des discours constitutionnalistes sud-africains et comparatistes. On peut y voir un bon exemple du mythe des droits contemporain<sup>2642</sup>. La décision a en effet été vue comme une réponse appropriée à la situation des centaines de mal-logés requérants qui occupaient un terrain en attente d'une hypothétique solution formelle : en répondant sur le plan de l'urgence sans dicter la politique publique à mener au-delà, la Cour a été louée pour son approche humaine et sa prise en compte pragmatique du contexte sociopolitique sud-africain<sup>2643</sup>. De fait, la décision a eu un effet sur le droit constitutionnel sud-africain en élaborant un modèle de justiciabilité des droits sociaux dans le pays et dans la perspective d'un consensus transnational sur la question au début des années 2000<sup>2644</sup>. Or, pour reprendre la distinction proposée plus haut, la décision peut apparaître limitée du point de vue de son exécution et partant de son effet sur la réalité sociale. La Cour a développé son dispositif avec trois éléments en présentant une déclaration des droits qui juge la politique du logement inconstitutionnelle aux niveaux national et de la province et exige qu'une autre politique soit mise en place<sup>2645</sup>, en ordonnant l'inclusion de mesures pour ceux qui vivent dans les conditions intolérables décrites dans l'opinion, et enfin en validant l'accord conclu entre les parties en l'espèce. La décision a été critiquée pour ne pas adopter d'injonction relative à la situation des requérants, qui représentaient plusieurs dizaines de familles en attente de relogement alors que

---

<sup>2639</sup> K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *op. cit.* note 143, p. 207-208.

<sup>2640</sup> *Ibid.*. Une exception notable est la décision estimant que les pouvoirs publics doivent prendre les mesures raisonnables visant à contrôler les prix des médicaments, CCSA, 2006, *Minister of Health v. New Clicks South Africa (Pty.)*.

<sup>2641</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>2642</sup> Voir *supra*, §1, B.

<sup>2643</sup> Voir par exemple C.R. SUNSTEIN, « Social and economic rights ? Lessons from South Africa », *Constitutional forum*, vol. 11, n° 4, 2001, p. 123-132. X. PHILIPPE, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (juillet-décembre 2000) Afrique du Sud, Australie, États-Unis, Inde », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 46, n° 2, 2001, p. 397-412, p. 404.

<sup>2644</sup> C. SCOTT, P. ALSTON, « Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context : A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise », *South African Journal of Human Rights*, vol. 16, 2000, p. 206-216

<sup>2645</sup> CCSA, *Grootboom*, §42 : « *the State is required to take reasonable legislative and other measures. Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The State is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the Executive. These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation. The formulation of a programme is only the first stage in meeting the State's obligations. The programme must also be reasonably implemented. An otherwise reasonable programme that is not implemented reasonably will not constitute compliance with the State's obligations.* »

leur habitat précaire était menacé par la municipalité ; mais puisqu'un accord avait été conclu en première instance, et qu'il n'avait pas été respecté par la municipalité, il était attendu que la Cour se borne à le rendre obligatoire<sup>2646</sup>.

La limite de la décision *Grootboom* peut être ramenée à la forme même de l'injonction : celle-ci paraît peu claire et peu détaillée au-delà de la déclaration des droits, laquelle est d'ailleurs lacunaire. Du point de vue des pouvoirs publics, il est difficile de savoir à quelle politique renvoie la bonne exécution de la décision ; il est également aisé de ne pas répondre à l'injonction en choisissant une voie minimale. Par sa structure même, l'injonction principale a donné peu d'effets à sa déclaration de droits, en estimant la politique menée inconstitutionnelle car ne prenant pas en charge les besoins des plus démunis, mais en ne précisant pas quelle politique devait être menée, ni même qu'une nouvelle politique devait être élaborée et dans quels délais, par sa structure même. Le dispositif tranche alors avec l'opinion de la juridiction : alors que celle-ci jugeait la politique du logement inconstitutionnelle en estimant que les pouvoirs publics devaient agir afin de remplir une obligation positive de répondre aux besoins des plus démunis, en prenant les mesures progressives visées par l'article 26(2) de la Constitution, l'injonction s'en tient à affirmer que l'État a violé la Constitution<sup>2647</sup>. De même, les injonctions de la Cour relative aux personnes dans le besoin et à l'accord conclu sont précises quant aux besoins des requérants que la municipalité doit satisfaire mais distinctes de l'injonction principale portant sur la politique à mener, si bien que la décision n'a pas été appliquée dans le sens d'une prise en compte des besoins des personnes placées dans la même situation que les requérants au-delà de la seule zone concernée par le litige<sup>2648</sup>.

Une double exigence semble alors s'imposer au juge dans son pouvoir d'exécution : émettre un dispositif précis de telle manière que les pouvoirs publics sachent ce qu'ils ont à faire, d'une part ; préciser le degré de contrainte qui pèse sur eux d'autre part. Or, la Cour sud-africaine s'est plutôt sentie liée par un double impératif d'ordre finaliste dans la détermination de ses pouvoirs face aux violations des droits : l'effectivité d'un côté, qui justifie une certaine créativité dans l'élaboration de ses pouvoirs par le juge, et la séparation des pouvoirs de l'autre comme limite et, en partie, comme

---

<sup>2646</sup> Voir S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 104, p. 400s. Ainsi, « *the Constitutional Court was relieved of the burden of having to decide on direct relief for the Grootboom community in its judgement* » (*Ibid.*, p. 401).

<sup>2647</sup> K. PILLAY, « Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights », *Law, democracy and development*, vol. 6, n° 2, 2002, p. 255-278, p. 263-264.

<sup>2648</sup> Ainsi, une somme a été allouée par les pouvoirs publics pour améliorer les abris, des draps donnés, chaque abri a eu une porte et une fenêtre, des accès à l'eau (payants puis gratuits) et vingt toilettes ont été installées, mais le programme mis en œuvre par la province et présenté à l'audience ne prenait pas en compte les besoins urgents et ceux de personnes en marge des demandes formelles de logement, *Ibid.*, p. 264 et 269-270.

Ainsi pour Sandra Liebenberg, « *both the provincial and local government appear to have interpreted their obligations* » dans le sens d'un plan de logement permanent pour les habitants de la zone de Wallacedene, tandis que l'Emergency Housing Programme du National Housing Code adopté en août 2003 et mis en œuvre en 2004, n'est pas vraiment conforme car pas vraiment d'aide d'urgence, ni grande ampleur, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 104, p. 403-405.

élément de l'effectivité quand il s'agit de considérer la manière de produire du changement<sup>2649</sup>. Ce deuxième point est bien entendu tributaire de l'approche choisie par la Cour même quand elle choisit de ne pas donner de substance opposable aux droits, laissant alors une marge de manœuvre au pouvoir politique, soit l'inverse d'un activisme. Aussi dans l'affaire *Mazibuko*, du fait qu'elle estime pour des raisons de fond qu'elle n'est pas compétente pour fixer un niveau d'eau gratuite à fournir, la Cour adopte de fait un dispositif peu contraignant. Elle se fonde surtout sur celui adopté dans la décision *TAC* pour estimer que la Cour n'a pas enjoint les pouvoirs publics à prendre des mesures mais a simplement demandé le retrait de certaines mesures portant atteinte au droit à la santé<sup>2650</sup>.

Une remarque d'ordre discursif s'impose alors. Dans ses opinions, la Cour était particulièrement explicite sur la situation « intolérable » à l'origine de l'affaire *Grootboom* et se faisait pédagogue avec une certaine fermeté en explicitant les pouvoirs du juge vis-à-vis des pouvoirs publics dans l'affaire *TAC*<sup>2651</sup>. Or, on a le sentiment d'une décision déflationniste lorsque l'on passe de l'opinion au dispositif. La difficulté de l'approche générale de l'exécution choisie par la Cour est que la casuistique renforce l'impression de flou qui ressort plus largement de la jurisprudence sud-africaine vis-à-vis de la délimitation des obligations étatiques. Il y a alors dans l'approche de la Cour de son propre pouvoir une manière de valider les politiques publiques au nom de la séparation des pouvoirs. Cela apparaît par exemple dans la décision *TAC*, lorsque la Cour ordonne la délivrance d'un médicament à l'échelle nationale : elle construit son approche de l'exécution en s'appuyant sur une évaluation quantitative de la politique concernée en une quinzaine de paragraphes pour estimer qu'une telle injonction représente un coût modéré pour l'État<sup>2652</sup>. L'importance des données dans l'élaboration du dispositif renvoie à une appréciation particulière du caractère raisonnable<sup>2653</sup>. La Cour donne alors un autre sens de l'exécution en renvoyant à la société civile pour l'exécution et, surtout, estimant que la précision des injonctions aide cette même société civile à la suivre<sup>2654</sup>. L'approche est bien plus exhaustive que celle choisie dans la décision *Grootboom* vis-à-vis des effets. La stratégie contentieuse de l'organisation requérante dans *TAC* visait précisément à obtenir ce que

---

<sup>2649</sup> Sandra Liebenberg voit plutôt l'effectivité et l'équilibre entre les requérants et les personnes concernées d'un autre côté, S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 104, p. 396.

<sup>2650</sup> CCSA, 8 octobre 2009, *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others* (Kate O'Regan), §65, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1, B, 1.

<sup>2651</sup> Voir *supra*, chapitre 6, §1, A.

<sup>2652</sup> CCSA, *TAC*, §115-133.

<sup>2653</sup> Aussi, selon S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 104, p. 414 : « an important factor in formulating remedies for the provision of benefits and services is the need to accommodate reasonable charges in policy necessitated by evolving scientific and social evidence ».

<sup>2654</sup> CCSA, *TAC, op. cit.*, §126 : « We consider it important that all sectors of the community, in particular civil society, should co-operate in the steps taken to achieve this goal. In our view that will be facilitated by spelling out the steps necessary to comply with the Constitution. »

*Grootboom* n'avait pas permis vis-à-vis de l'injonction, d'où la quantité de données produites pour satisfaire l'approche contextuelle choisie par la Cour jusqu'ici<sup>2655</sup>.

Pour Rosalind Dixon, la décision *Grootboom* est l'exemple repoussoir d'un modèle dialogique puisque la Cour a estimé que la Constitution n'accordait pas de droit subjectif invocable individuellement et a refusé de délivrer une injonction précise en faveur du relogement des requérants ; de la même manière, elle a refusé de définir un contenu minimal du droit au logement qui pourrait être opposé aux politiques publiques, préférant laisser aux exécutifs et législatifs nationaux et provinciaux le choix des mesures. C'est alors une

[d]écision faible (ou limitée) concernant à la fois la solution au fond et les mesures de réparation : elle est faible selon trois axes, dans son étendue, son degré contraignant et le moment de la réparation.<sup>2656</sup>

Sandra Liebenberg, plus favorable à l'approche de la Cour, estime qu'il y a bien une rationalité dans l'approche des dispositifs élaborée par la juridiction. L'autrice propose trois critères pour déterminer si une solution est appropriée, juste et équitable, et si, donc, elle peut consister en une déclaration des droits ou une injonction et une forme d'injonction particulière : les faits doivent indiquer un faible « *policy choice* », le dispositif doit pouvoir permettre une résolution rapide et directe de la violation constatée afin de rendre le droit effectif, et enfin, les éléments à disposition du juge doivent indiquer que l'État est à même de réaliser l'injonction<sup>2657</sup>. Or, les deux premières conditions tenant à la qualité du choix et à la résolution rapide et directe de la violation relèvent d'une appréciation non seulement casuistique, mais difficile à établir, puisque chaque affaire tient à la violation des droits. Une variante d'un scepticisme factuel propre à une théorie réaliste<sup>2658</sup> appelle alors à considérer une telle approche des pouvoirs du juge comme une manière de tempérer la violation des droits sans avoir à justifier une telle position en droit, c'est-à-dire en reliant un tel choix du juge à sa reconstruction normative de la Constitution.

Surtout, le troisième critère avancé par Sandra Liebenberg pour déterminer la justesse de l'approche de l'exécution par la Cour renvoie à une forme particulière de déférence. Ainsi l'autrice,

---

<sup>2655</sup> M. HEYWOOD, « Contempt or Compliance ? The TAC Case After the Constitutional Court Judgment », *ESR Review*, vol. 4, n° 1, 2003, p. 7-10. Mark Heywood dirigeait le AIDS Law Project au sein du CALS. Aussi, du point de vue des requérants qu'il a assisté, « *an understanding that there will be shades and speeds of compliance by government with court orders concerning socio-economic rights. This may range from active and vigorous implementation, to turgid and tortoise-like* » (p. 8).

<sup>2656</sup> R. DIXON, « Creating Dialogue about Socioeconomic Rights : Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited », *op. cit.* note 8, p. 396.

<sup>2657</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 413s, notamment, pour le troisième élément, p. 414 : « *when the evidence shows that the State is able to comply with the order though adopting relatively straightforward and expeditious measures* ». L'autrice estime alors que la solution dans TAC était possible selon ces trois critères, du fait notamment des éléments disponibles pour la distribution du médicament.

<sup>2658</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1, A., 1.

tout en notant la faible exécution de la décision *Grootboom*, a néanmoins félicité son aspect dialogique du fait qu'elle s'appuie sur la confiance exprimée envers la bonne volonté de l'État de faire face à un problème complexe<sup>2659</sup>. La déclaration des droits se distingue alors selon elle de l'injonction selon des critères tenant à l'anticipation de la compréhension par les pouvoirs publics des obligations pesant sur eux<sup>2660</sup>. L'auteure estime qu'il s'agit d'une solution plus adaptée qu'une simple déclaration des droits et qu'elle parvient à inclure les personnes placées dans une situation similaire, au nom de la « nature délibérative de notre démocratie constitutionnelle », tout en restant attentive à la manière dont les pouvoirs publics peuvent réaliser les obligations prescrites par le juge, c'est-à-dire sans en imposer les moyens à partir du moment où le juge estime que les pouvoirs publics comprennent les obligations<sup>2661</sup>. La confiance dans la bonne volonté des pouvoirs publics dominait déjà le passage de la décision *TAC* où la Cour estimait que les déclarations des droits pouvaient exister en elles-mêmes et demeurer obligatoires au même titre que les injonctions<sup>2662</sup>. Ici, l'injonction est particulièrement large. Les conditions avancées par Sandra Liebenberg pour dépasser la seule déclaration des droits plaident en réalité pour ne jamais en faire, puisqu'il y a toujours une violation et des doutes de penser que l'État ne respectera pas la décision. Mais comment, alors, s'assurer du respect d'obligations simplement déclarées ? Pourquoi attendre de l'administration qu'elle applique un simple déclaration, assez abstraite, quand il existe des injonctions qui la contraignent ? La Cour montre une certaine naïveté vis-à-vis de l'effet de ses décisions mais aussi de la bonne volonté et de la capacité de l'administration à remplir les obligations présentées par le juge, une position de la Cour qui est elle-même dictée par une prudence à aller plus loin dans la précision des injonctions. Comme si la Cour attendait des pouvoirs publics qu'ils complètent sa propre jurisprudence pour s'éviter le risque d'avoir à être plus offensive.

En conséquence, le juge doit s'assurer que l'État est en mesure de pouvoir appliquer sa décision avant de prendre une injonction, et donc qu'il ne doit contraindre l'État que si c'est possible. Il ne s'agit alors pas d'un contrôle fondé sur une norme, mais d'une évaluation des politiques publiques typique du test du caractère raisonnable élaboré par la Cour<sup>2663</sup>. Comme l'estime la Cour dans *Grootboom*, la Constitution « n'attend pas plus de l'État que ce qui est réalisable avec

---

<sup>2659</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights, op. cit.* note 104, p. 406s et notamment p. 407 : « *The declaratory order was an expression of faith in Government's willingness and capacity do to so. This is consistent with the general remedial approach of the court to allow Government to exercise the first choice when there is a range of complexe policy choices for giving effect to a particular right. A catalyst conception of the relationship between the different branches of government and civil society would also favor remedies which serve as a catalyst for Government to adopt appropriate programmes and legislation to give effect to constitutional rights through transparent and participatory processes* ».

<sup>2660</sup> *Ibid.*, p. 408-409, visant notamment le cas où « *a court has good grounds for believing that the State understands its obligation, and that it will take effective and expeditious steps to fulfill the obligations described in the order* » (*Ibid.*, p. 408).

<sup>2661</sup> *Ibid.*

<sup>2662</sup> Voir *supra*.

<sup>2663</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

les ressources disponibles<sup>2664</sup> ». Or, comment examiner ces possibilités autrement que par ce que l'État fait déjà, à moins d'avoir la prescience d'imaginer ce que l'État pourrait faire qu'il ne fait pas, ce qui revient exactement à se faire législateur, et un législateur particulièrement visionnaire ? Dire qu'un choix est possible et n'est pas un choix trop fort, c'est porter une appréciation politique. Le *judicial restraint* est donc un choix politique plutôt qu'un refus de choisir. Aussi, l'approche casuistique même de la Cour amène à s'en tenir à ce qui se fait déjà, en se soumettant au faux sentiment de nécessité de l'existant que Roberto Unger voyait comme un frein aux politiques sociales vraiment transformatrices<sup>2665</sup>. La décision *Grootboom* peut être saluée parce qu'elle est accompagnée d'une injonction mais sa force est si localisée, dirigée vers le cas individuel, qu'il est difficile d'envisager une transformation sociale ; une telle décision peut changer des vies, celle des requérants, mais pas changer la société. Irène Grootboom elle-même est décédée quelques années après la décision<sup>2666</sup>. L'affaire *TAC* en revanche a eu un effet plus important sur les requérants en permettant la fourniture du médicament, et les décisions relatives aux personnes homosexuelles se sont imposées au législateur, notamment en matière de pénalisation et de mariage, d'une manière évidemment effective. Les réticences de la Cour rappellent donc une spécificité réelle ou fantasmée des obligations positives et des litiges individuels.

## B. En Colombie, un activisme des droits et des dispositifs

La Cour constitutionnelle de Colombie a développé des dispositifs adaptés à un échange avec le législateur (1) même si son usage de l'injonction, notamment dans le cadre de la *tutela*, a traduit une relation plus offensive aux pouvoirs publics (2).

### 1. Les échanges entre la Cour et le Congrès

La Cour constitutionnelle de Colombie a construit sa position dans l'ordre juridico-politique en modelant ses dispositifs et les effets de ses décisions. Le contrôle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation revêt un effet *erga omnes* inédit dans l'histoire constitutionnelle colombienne et sa tradition de droit civil<sup>2667</sup>. Si les *tutelas* ont un effet *inter partes* en tant que contrôle concret, la Cour l'a étendu de fait en reconnaissant une force inédite au précédent dans un pays

---

<sup>2664</sup> CCSA, *Grootboom*, *op. cit.*, §46 : « The third defining aspect of the obligation to take the requisite measures is that the obligation does not require the State to do more than its available resources permit. This means that both the content of the obligation in relation to the rate at which it is achieved as well as the reasonableness of the measures employed to achieve the result are governed by the availability of resources. Section 26 does not expect more of the State than is achievable within its available resources. »

<sup>2665</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 1.

<sup>2666</sup> K. PILLAY, « Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights », *op. cit.* note 153.

<sup>2667</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n° 4, 2004, p. 529-700, p. 663.

traditionnellement civiliste, à l'occasion de l'annulation d'un décret présidentiel qui visait à en moduler les effets<sup>2668</sup> et d'un autre décret qui évoquait la jurisprudence comme source de droit<sup>2669</sup>. La Cour juge alors qu'il ne pouvait lui revenir qu'à elle de préciser les effets et la valeur de ses décisions<sup>2670</sup>. La juridiction vise parfois explicitement un effet *inter pares* ou *inter communis*, c'est-à-dire s'étendant aux personnes placées dans la même situation, comme lorsqu'elle a réuni des *tutelas* pour étendre le mariage aux personnes de même sexe en 2016 en appliquant sa décision à tous les couples concernés, en se fondant sur la validité de la Constitution<sup>2671</sup>. Dans son contrôle de l'activité législative c'est-à-dire notamment à l'occasion du contrôle abstrait, et comme d'autres juridictions constitutionnelles, la Cour a dépassé la seule annulation des lois que la Constitution prévoit explicitement. La Cour a ainsi pu, comme la Cour sud-africaine sous le terme de *reading in*, intégrer elle-même des éléments à une disposition législative en jugeant l'omission telle qu'elle devait être résolue en conformité avec le principe d'égalité afin d'étendre une protection à des groupes sociaux placés dans une situation similaire<sup>2672</sup>. Pour la juridiction, la seule décision d'inconstitutionnalité reviendrait à laisser une lacune dans l'ordre juridique<sup>2673</sup>. De manière notable, elle a ainsi étendu l'union de fait prévue par la loi aux personnes de même sexe<sup>2674</sup>.

La Cour a néanmoins pu contourner l'annulation afin d'accommoder son contrôle avec le rôle du législateur : elle a alors donné à voir une pratique plus nuancée que son image de juridiction activiste laisse envisager. D'une part, la juridiction a adopté des dispositifs conditionnels. Entre autres exemples, dans la décision de 2001 dans laquelle la Cour opère un revirement en n'invalidant pas l'absence d'indexation des salaires des agents publics sur l'inflation, la Cour détaille alors plusieurs conditions, notamment que les salaires augmentent de manière nominale chaque année et que cette absence concerne les agents les mieux rémunérés et vise à « réaliser un objectif de dépenses

---

<sup>2668</sup> CCC, C-113/93 (Jorge Arango Mejía).

<sup>2669</sup> CCC, C-131/93 (Alejandro Martínez Caballero), §3.

<sup>2670</sup> La Cour a censuré une loi qui prévoyait un pouvoir d'interprétation du Congrès en le qualifiant d'obligatoire, CCC, C-037/96 (Vladimiro Naranjo Mesa).

<sup>2671</sup> CCC, SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos).

<sup>2672</sup> CCC, C-543/96 (Carlos Gaviria Díaz). La Cour rejette alors sa compétence dans la situation où le législateur n'avait pas adopté de cadre relatif aux actions collectives, auquel renvoient pourtant les articles 87 et 88 de la Constitution : la Cour s'appuie sur une distinction, issue de la doctrine, entre l'omission absolue, lorsqu'une situation factuelle violant la Constitution n'est pas couverte, et l'omission relative lorsqu'une loi n'inclut pas l'ensemble des cas similaires à celui qu'elle a visé, pour juger qu'elle n'est compétente que pour juger de la seconde au nom du principe d'égalité.

<sup>2673</sup> CCC, C-109/95 (Alejandro Martínez Caballero), §18. Voir également CCC, C-083/95 (Carlos Gaviria Díaz).

<sup>2674</sup> CCC, C-075/07 (Rodrigo Escobar Gil).

sociales<sup>2675</sup> », selon une formulation qui évoque le second principe de John Rawls. D'autre part, la Cour eu l'occasion de différer l'effet de ses décisions de constitutionnalité de la loi lors de son contrôle abstrait, afin de permettre une nouvelle intervention du législateur. C'est notamment le cas dans la décision par laquelle la Cour a annulé le système de financement de l'acquisition de logements, dit *UPAC*, dont l'indexation à l'inflation a causé d'immenses difficultés de paiement lors de la crise de 1999<sup>2676</sup>. Annulant le dispositif sur le fondement des pouvoirs du Parlement alors qu'il avait été adopté par décret présidentiel, la Cour laisse plusieurs mois au législateur pour adopter un nouveau régime<sup>2677</sup>.

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la Cour constitutionnelle a également été le fruit d'un échange initié avec les pouvoirs publics. Après avoir étendu le bénéfice des droits du mariage sous la forme d'une union de fait en 2007<sup>2678</sup>, la Cour a estimé en 2011 que cette situation présentait un déficit de protection qu'elle ordonnait au législateur de résoudre<sup>2679</sup>. La décision ouvrant le mariage formel aux personnes de même sexe en 2016 est alors motivée par la réaction à l'inaction du législateur<sup>2680</sup>. Dans son opinion concordante, le magistrat Alejandro Linares, pourtant l'un des plus sceptiques sur l'activisme judiciaire, estime que la décision n'est pas une atteinte à la majorité du fait que la Cour avait en 2007 amorcé « un processus délibératif » et « dialogique »<sup>2681</sup> du genre de celui auquel renvoient Carlos Nino et Ronald Dworkin. Les deux auteurs sont cités par le juge. L'opinion s'appuie paradoxalement sur la présentation du constitutionnalisme populaire et politique de Robert Post pour estimer que la Cour a fait en sorte que ne s'opposent pas d'un côté la volonté majoritaire qui serait exprimée par le Congrès, d'un autre la protection des minorités par la Cour : il y aurait une production collective des arguments

---

<sup>2675</sup> CCC, C-1064/01 (Manuel José Cepeda Espinosa et Jaime Córdoba Triviño), §6.2 : « 6.2.1. Todos los servidores públicos tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario. 6.2.2. Los salarios de dichos servidores públicos deberán ser aumentados cada año en términos nominales. 6.2.3. Los salarios de dichos servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, deberán ser aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real. 6.2.4. Los salarios de los trabajadores no cobijados por el criterio anterior, serán aumentados de tal forma que los reajustes anuales de éstos servidores consulte el principio de progresividad por escalas salariales con el fin de que el incremento de quienes ganen menos sea porcentualmente mayor. Para que dicha progresividad sea estricta no deberá existir entre uno y otro grado o escala una diferencia desproporcionada. Las limitaciones al derecho a mantener anualmente el poder adquisitivo del salario de estos servidores sólo son admisibles constitucionalmente si ellas están dirigidas a alcanzar un objetivo de gasto público social prioritario y son estrictamente necesarias y proporcionales para lograr la realización efectiva de este objetivo. 6.2.5. Si al aplicar el cuarto criterio, resultare una diferencia entre el aumento salarial nominal anual y el aumento salarial real anual, ambos globalmente considerados, éste ahorro fiscal deberá destinarse a gasto público social en beneficio de las personas especialmente protegidas por la Constitución, como por ejemplo los niños, las madres cabeza de familia, los desempleados, los discapacitados, los desplazados o los integrantes de otros grupos vulnerables, o a programas sociales constitucionalmente prioritarios, como por ejemplo, los de alimentación y cuidado de indigentes, cubrimiento de pasivos pensionales, educación y capacitación y salud. 6.2.6. Para dar cumplimiento a la Constitución, en los términos de la presente sentencia, las autoridades adoptarán las decisiones y expedirán los actos de su competencia. »

<sup>2676</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1.

<sup>2677</sup> CCC, C-700/99 (Jose Gregorio Hernandez Galindo), §5.

<sup>2678</sup> CCC, C-075/07 (Rodrigo Escobar Gil).

<sup>2679</sup> CCC, C-577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>2680</sup> CCC, SU-214/16, *op. cit.*

<sup>2681</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Alejandro Linares, §1.



constitutionnels et une « formation discursive de la volonté populaire » par le temps<sup>2682</sup>. Dit autrement, Alejandro Linares reproche au Congrès « de ne pas être parvenu à ouvrir des espaces de délibération effective<sup>2683</sup> », ou de ne pas avoir orienté l'expression des préférences au sens où John Hart Ely l'attendait dans son constitutionnalisme procédural<sup>2684</sup>, et d'avoir ainsi forcé la Cour à résoudre la difficulté soulevée en 2007. La différence est notable avec l'approche de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud qui a ouvert de manière similaire la voie à une résolution du problème par le législateur, problème construit lui-même à partir d'une approche de la société par les droits fondamentaux ; mais la Cour sud-africaine en restait à ce stade déclaratif sans durcir son discours. Cela peut s'expliquer, notamment, par l'approche différente des deux juridictions vis-à-vis de l'autonomie et de la minorité en démocratie<sup>2685</sup>.

## 2. Les injonctions complexes de la tutela

La Cour constitutionnelle de Colombie a formé son activisme particulier en agissant directement sur les politiques publiques. Cette action est passée par la rédaction d'injonctions précises dans le contentieux de la *tutela*, qu'Alejandro Guttierrez a alors qualifié d'*amparo* structurel<sup>2686</sup>. La Cour a rendu des injonctions particulièrement sophistiquées lorsqu'elle a décidé d'états de fait inconstitutionnel ou, sans déclaration formelle d'un tel état, résolu des situations complexes. L'intérêt particulier de la décision T-760/08 consiste en ce que la Cour a élaboré une réponse à l'ensemble des litiges relatifs à l'inclusion des soins dans le programme obligatoire de santé<sup>2687</sup>. Manuel José Cepeda Espinosa a explicitement rejeté l'usage de l'état de fait inconstitutionnel afin de prévoir une réponse plus rapide au problème, au lieu de laisser au gouvernement le temps d'élaborer un nouveau cadre juridique<sup>2688</sup>, même si un suivi de la décision, toujours en cours, a été enclenché en 2009<sup>2689</sup>. La Cour exige alors que l'État mette en œuvre un système capable d'assurer l'accès aux soins, complète la liste des soins couverts conformément à la jurisprudence depuis 1992, assure l'affiliation de tous à ce système, fournisse une information gratuite et facile d'accès, ouvre l'accès aux institutions fournissant les soins, et garantis une protection spéciale pour les personnes constitutionnellement protégées telles les enfants<sup>2690</sup>. La

---

<sup>2682</sup> *Ibid.*, §1. Voir D. JOHNSEN, « Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation : Who Determines Constitutional Meaning », *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 105-147.

<sup>2683</sup> CCC, CCC, SU-214/16, *op. cit.*, opinion concordante d'Alejandro Linares, §1.

<sup>2684</sup> *Ibid.*, §1, citant J.H. ELY, *Democracy and distrust. A Theory of judicial review*, *op. cit.* note 6

<sup>2685</sup> Voir *supra*, chapitres 4 et 6.

<sup>2686</sup> Voir *supra*.

<sup>2687</sup> CCC, T-760/08 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>2688</sup> A. YAMIN, O. PARRA-VERA, « Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, n° 2, 2010, p. 431-460, p. 446.

<sup>2689</sup> Voir *infra*.

<sup>2690</sup> CCC, T-760/08, *op. cit.*, §4, soit les pages 50 à 116 de la version imprimable, sur 399 pages.

Cour demande plus précisément encore que les modifications du Plan obligatoire de santé prennent en compte la démographie, l'état épidémiologique du pays, l'état de la technologie et l'état financier du système. La décision est structurelle en trois sens : parce qu'elle répond à une situation factuelle d'ordre structurel, parce qu'elle rationalise une jurisprudence nombreuse, et enfin parce qu'elle met en place un suivi de l'exécution<sup>2691</sup>. L'intervention de la Cour a suscité une réaction vive du président Uribe, qui déclaré l'état d'urgence social en décembre 2009 en annonçant de nouvelles ressources pour le système de santé, réalisées à partir de nouvelles taxes sur les jeux et l'alcool, tout en limitant l'accès à certains soins et en instituant des commissions de médecins afin d'en autoriser certains. Cette politique a provoqué de nombreuses manifestations en 2010 qui ont vu des citoyens et de nouvelles organisations de réunir autour d'un discours relatif au droit à la santé tel que formulé par la Cour<sup>2692</sup>. La juridiction a elle-même annulé les décrets présidentiels<sup>2693</sup>, tout en modulant les effets de son dispositif relativement à la taxation de manière à laisser les pouvoirs publics trouver de nouvelles ressources pour le programme de santé<sup>2694</sup>. Le gouvernement a ensuite inclus les soins visés par la décision<sup>2695</sup>.

En dehors même de l'intervention structurelle, la Cour a pu élaborer des dispositifs précis vis-à-vis des politiques publiques. La Cour a pu détailler les mesures à mettre en œuvre dans les transports publics de Bogota afin de permettre l'accès des personnes handicapées<sup>2696</sup>, exiger une politique de gestion des déchets suite à la défaillance des prestataires<sup>2697</sup>, ou obliger les pouvoirs publics à fournir une quantité d'eau gratuitement tout en précisant que la société privée prestataire pouvait demander la moitié de la somme engendrée à l'État<sup>2698</sup>. À propos d'une femme sans abri qui avait subi des soins et qui exprimait le souhait de retourner vivre dans la rue, contre l'avis de son équipe médicale, et alors que la municipalité souhaitait se soustraire à son obligation de fournir un minimum vital aux personnes qui choisissaient sciemment de rester dans la rue, la Cour exige des pouvoirs publics une appréciation multifactorielle de la situation de chaque personne concernée, selon des critères de disponibilité, d'accessibilité, d'accompagnement et d'intégration ; la Cour a en particulier ordonné qu'une équipe pluridisciplinaire examine la situation médicale, sociale et

---

<sup>2691</sup> Sur ce point précis, voir *infra*, section 2, §1.

<sup>2692</sup> Voir A. YAMIN, O. PARRA-VERA, « Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates », *op. cit.* note 194, p. 449s. K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *op. cit.* note 143, p. 193-195.

<sup>2693</sup> CCC, C-252/10. Pour la justification de ce type de contrôle et la réaction du pouvoir politique, voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2694</sup> *Ibid.*, §7.3.

<sup>2695</sup> K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *op. cit.* note 143, p. 195-196.

<sup>2696</sup> CCC, CCC, T-595/02 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>2697</sup> CCC, T-291/09 (Clara Elena Reales Gutiérrez).

<sup>2698</sup> CCC, T-740/11 (Humberto Antonio Sierra Porto), §8.

psychologique de la requérante<sup>2699</sup>. De la même manière, la Cour a élaboré les obligations pesant sur les pouvoirs publics relativement à l'avortement en 2009<sup>2700</sup>. Elle impose alors aux ministères de l'éducation et de la protection sociale de mettre en œuvre un plan sous trois mois, en reprochant de manière détaillée aux pouvoirs publics de demander trop d'expertises et de documents aux demandeuses, de permettre des clauses de consciences collectives pour les médecins, ou encore de ne pas mettre à disposition de services hospitaliers suffisants. Dans le domaine des usagers de la drogue vivant dans la rue, on a pu voir évoluer l'appréciation de la Cour d'un phénomène médical vers un phénomène social, et la loi suivre alors cette construction du problème social<sup>2701</sup>.

---

<sup>2699</sup> CCC, T-043/15 (Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>2700</sup> CCC, T-388/09 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>2701</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, section 2, §1, B., 4.

## SECTION 2 : LA PRISE EN COMPTE DES EFFETS PAR LE CONTENTIEUX

Un activisme de dispositifs peut s'accompagner d'un activisme d'exécution dans les modalités d'exécution des décisions et notamment le suivi de celle-ci (§1) mais également dans l'ouverture du juge à la société (§2).

### §1. Un activisme de l'exécution ?

Dans le prolongement de son activisme des droits et de la sophistication morale de son discours, la Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré un suivi de l'exécution de certaines de ses décisions (A), quand la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'y est toujours refusée (B).

#### A. Le modèle de l'action judiciaire structurelle : la Colombie

Le suivi opéré par la Cour constitutionnelle de Colombie est un modèle de ce que la doctrine qualifie de décision structurelle (1) : il constitue un mode d'intervention vis-à-vis des politiques publiques (2).

##### 1. Un modèle exemplaire

La Cour constitutionnelle de Colombie s'est rendue célèbre pour sa pratique des exécutions structurelles amorcée par la décision T-025/04 rédigée par Manuel José Cepeda Espinosa, qui donnait alors un nouvel instrument à l'état de fait inconstitutionnel théorisé par la cour face aux violations multiples de droits en mettant en œuvre un suivi de l'exécution de la décision. L'affaire est typique d'un abandon de l'État que le juge viendrait corriger<sup>2702</sup>. Les politiques publiques ont largement échoué à faire face aux personnes déplacées par *La Violencia* puis la guérilla et le narco trafic, sans aucune politique publique significative avant 1995. Un programme national existant n'a pas été mis en œuvre, confiée à dix-neuf autorités publiques sans ligne directrice, le gouvernement ne disposant même pas de chiffres documentant le phénomène<sup>2703</sup>. La décision de 2004 fait alors suite à plusieurs décisions individuelles de la Cour<sup>2704</sup> et rassemblait 108 *tutelas* déposées par un millier de familles déplacées, soit près de 4000 personnes résidant dans 22 villes. La Cour déclare la situation inconstitutionnelle et enjoint aux autorités de mettre en place un programme propre à la situation des déplacés, de calculer un budget et d'assigner des délais de réalisation, et d'assurer les besoins vitaux minimaux des déplacés en termes de santé, d'éducation, de nourriture, de logement.

---

<sup>2702</sup> Voir *supra*, section 1, §1, A.

<sup>2703</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 31-37.

<sup>2704</sup> CCC, T-227/1997. CCC, SU-1150/2000. CCC, T-602/2003.

Surtout, la Cour a retenu sa compétence sans clore le litige<sup>2705</sup> et énoncé des critères visant à la résolution du problème à l'aune d'un principe de cohérence<sup>2706</sup> et de la progressivité de la réalisation des droits<sup>2707</sup>. Une chambre dédiée de trois juges, encore active à ce jour, disposant d'une page dédiée sur le site internet de la Cour<sup>2708</sup>, a alors mis en œuvre trois dispositifs de suivi. Il s'agit d'abord d'audiences publiques de suivi réunissant institutions et associations à la Cour. Vingt ont eu lieu en 2019. Ensuite, plusieurs dizaines de réunions ont eu lieu à la Cour et plusieurs centaines de réunions ont eu lieu au niveau local avec des officiels et des associations. Enfin, la Cour a adopté 543 ordonnances autonomes de la décision initiales (*autos*) entre 2004 et mai 2023, signées du magistrat de la Cour qui préside la chambre d'exécution dédiée, souvent issues des réunions. Au fil de ces ordonnances, d'importance et de taille variables, la Cour a élaboré des principes directeurs<sup>2709</sup> et près de 174 indicateurs répartis en 20 droits<sup>2710</sup>, une méthodologie adaptée aux différents acteurs<sup>2711</sup>, exigé des mécanismes de suivi et d'évaluation en fonction de ses indicateurs<sup>2712</sup>. Les ordonnances servent également à convoquer les audiences et réunions, à ordonner l'exécution d'injonctions antérieures ou à répondre à des demandes individuelles d'exécution, éventuellement en lien avec d'autres *tutelas*. En 2009, la Cour a créé une chambre dédiée de suivi de la décision T-760 de 2008, qui a rendu, à ce jour, 181 injonctions et convoqué six audiences publiques filmées, le tout accessible sur un site Internet dédié<sup>2713</sup>. Plus modeste que pour les personnes déplacées, le dispositif a également été accompagné de nouvelles *tutelas* relatives aux soins médicaux.

Par exemple, l'*auto* n°756 du 12 octobre 2021 rendu par Gloria Stella Ortiz Delgado ordonne en quarante-quatre points et à l'issue d'une analyse de cinquante-trois pages, les informations à produire, auprès de qui et dans quels délais, par les autorités publiques, en matière de relogement d'urgence des personnes déplacées. La Cour visait alors l'exécution d'une décision 2021 qui faisait elle-même plus de trois-cents pages, répondant à 57 *tutelas* dont les requérants estimaient plusieurs de leurs droits violés à la suite de leur expulsion d'un terrain municipal qu'ils occupaient de manière illicite en l'attente d'un relogement public<sup>2714</sup>. La Cour leur donnait partiellement raison en détaillant de manière précise les obligations pesant sur les pouvoirs publics, notamment, la fourniture d'un

---

<sup>2705</sup> La Cour utilise alors une procédure permise par le décret 2591 de 1991, art 27 : « *En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminada las causas de la amenaza* ».

<sup>2706</sup> CCC, T-025/04, *op. cit.*, §8. 1.

<sup>2707</sup> *Ibid.*, §8.3.1.

<sup>2708</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/autos.php>, consulté le 25 mai 2023.

<sup>2709</sup> Voir *auto* n°176 de 2005.

<sup>2710</sup> Voir *auto* n°109 de 2007, *auto* n°233 de 2007, *auto* n°116 de 2008.

<sup>2711</sup> Voir *auto* n°337 de 2006.

<sup>2712</sup> Voir *auto* n°109 de 2007, *auto* n°233 de 2007 et *auto* n°117 de 2008.

<sup>2713</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08>, consulté le 25 mai 2023.

<sup>2714</sup> CCC, SU-016/21 (Gloria Stella Ortiz Delgado).

relogement temporaire d'urgence aux personnes bénéficiant de la protection constitutionnelle en tant que victimes du déplacement forcé qui ne disposent pas des ressources suffisantes, l'inscription sur la liste d'un programme de relogement pour les autres personnes victimes de déplacement forcé, ou encore l'information et la publicité relatives aux programmes de relogement. La Cour a décidé lesquels des requérants bénéficiaient de la protection spéciale et ordonné, en neuf injonctions, que la municipalité, la police et l'agence nationale en charge du logement documentent la situation des personnes à expulser, prévoient leur logement temporaire ou leur inscription sur la liste d'un programme de relogement le cas échéant, les accompagnent et les informent individuellement de leur situation. L'*auto* n°756 adopté dans le cadre de l'exécution de la décision T-025/04 vise alors à exécuter la neuvième injonction de la décision en 2021 qui demandait au Ministère du logement de rendre sous 30 jours les informations relatives aux programmes de logement des populations déplacée, aux objectifs de ces programmes et à la conformité de ces programmes avec la jurisprudence de la Cour, ainsi qu'à exécuter trois ordonnances rendues en exécution de la décision T-025/04 également, qui précisaient les conditions dans lesquelles les informations devaient être fournies par les pouvoirs publics<sup>2715</sup>. Dans son *auto* de 2021, la Cour analyse et juge insuffisantes les informations produites en exécution de l'ensemble de ces décisions et enjoint les autorités concernées à en produire de nouvelles, en détaillant comment et dans quels délais.

On voit alors apparaître une différence cruciale entre d'un côté la ligne générale donnée dans l'affaire *Grootboom* par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, et d'un autre la pratique de l'exécution très détaillée de la Cour constitutionnelle de Colombie, qui élabore des injonctions nombreuses et redondantes en ciblant les contenus que doivent élaborer les pouvoirs publics et dans quelles conditions, à la fois d'une manière générale et en donnant les solutions relatives aux requérants individuels. En 2001, la Cour sud-africaine pouvait s'appuyer sur l'accord conclu entre les personnes expulsées et la municipalité. Ultérieurement, elle a construit une obligation consistant précisément à ce que les pouvoirs publics concluent de tels accords à l'issue de discussions substantielles<sup>2716</sup>. Mais la Cour sud-africaine n'entre pas avec le même degré de précision dans les politiques publiques, ni n'entre dans de telles constructions relatives à son propre contentieux en mêlant l'exécution de décisions anciennes et récentes. La Cour colombienne est alors un cas typique, dans la typologie de Katharine Young, de juridiction managériale qui règle les cas comme des questions de politiques publiques, tandis que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud est

---

<sup>2715</sup> Il s'agit de l'*auto* n°11 de 2014 précisant les critères des informations qui doivent être fournies par les autorités publiques, de l'*auto* n°373 de 2016 qui précise les conditions d'intervention de la Cour face aux blocages institutionnels, et de l'*auto* n°156 de 2020 qui précise les critères d'identifications des lacunes dans les informations fournies.

<sup>2716</sup> Voir *supra*.

catalytique en amorçant des processus qu'elle renvoie au pouvoir politique sans résoudre nécessairement les litiges individuels dans le sens d'une transformation sociale<sup>2717</sup>.

## 2. L'évaluation des effets du suivi de l'exécution

Si le dispositif de suivi déployé par la Cour constitutionnelle de Colombie est impressionnant, est-il pour autant efficace ? Une lecture critique des effets des droits ne doit en effet pas reproduire le mythe des droits qui postule un effet évident de la jurisprudence, et viendrait renforcer le sentiment d'évidence à mesure que les dispositifs mis en œuvre sont importants quantitativement ou qualitativement. César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco ont publié une étude empirique de référence sur l'exécution de la décision T-025/04 dans la perspective d'une sociologie des acteurs impliqués et des effets considérés dans la perspective symbolique et discursive<sup>2718</sup>. César Rodríguez Garavito, reprenant la distinction élaborée par Mark Tushnet, a proposé de distinguer un effet direct des décisions judiciaires d'un effet indirect. Ce dernier cumule alors trois aspects : l'interprétation, la solution (*remedies*) et l'exécution et son suivi (*monitoring*)<sup>2719</sup>. La distinction de l'exécution du reste de la solution vise notamment à produire une théorie plus affinée de l'activité judiciaire, en constatant que la littérature juridique s'y intéresse peu, et que lorsqu'elle le fait, elle distingue mal la solution ou l'exécution de son suivi<sup>2720</sup>.

Pour les deux auteurs, les décisions structurelles, en Colombie mais aussi en Inde forment un activisme judiciaire dialogique plus efficace et légitime, qui a d'une part un effet en ce qu'il redéfinit les débats et les luttes politiques au-delà de simples effets sur la réalité sociale et les politiques publiques, d'autre part une légitimité en ce qu'il permet de faire face aux lacunes et blocages du pouvoir politique. L'étude s'appuie sur la typologie ainsi amendée de Mark Tushnet pour conclure que l'activisme est dialogique lorsqu'il repose sur une interprétation forte et claire des droits, des injonctions modérées et ouvertes<sup>2721</sup>, et enfin un mécanisme de suivi fort du fait, notamment, que le suivi permet de discuter des alternatives qu'un juge dialogique se refuse à déterminer lui-même<sup>2722</sup>. Ce genre de décision permet alors de contourner le double obstacle de la légitimité et de la

---

<sup>2717</sup> K.G. YOUNG, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University press, 2012, p. 196-200 et p. 172.

<sup>2718</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35. Voir notamment p. 5s pour la méthode adoptée et le positionnement épistémologique.

<sup>2719</sup> C.R. GARAVITO, « Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America », *op. cit.* note 70

<sup>2720</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 10.

<sup>2721</sup> *Ibid.*, p. 172 : « *whereas monologic judgments involve detailed, outcome-oriented orders, dialogic judgments tend to outline goals and procedures and, in line with the principle of separation of powers, place the burden on government agencies to design and implement policies.* »

<sup>2722</sup> *Ibid.*, p. 173 : « *dialogic decisions also open up a monitoring process that encourages discussion of policy alternatives to solve the structural problem detected in the ruling.* »

compétence du juge en faisant appel aux acteurs sociaux<sup>2723</sup>, alors que les pouvoirs publics peuvent faire preuve eux-aussi d'incompétence. En effet les critiques de la justice constitutionnelle

ont tendance à diriger leurs attaques à l'égard d'un type de capacité héroïque dont les cours activistes monologique ont besoin afin de forcer des gouvernements récalcitrants et des acteurs privés à mettre en œuvre leurs dispositifs contraignants et détaillés<sup>2724</sup>.

La grille de lecture du constitutionnalisme est alors jugée à l'aune de la représentation du juge : celui-ci sera jugé inefficace si l'on admet le postulat « monologique » d'un juge puissant, qui considère surtout les effets directs et une forte contrainte sur les pouvoirs publics. À l'inverse, le déplacement dialogique est séduisant en renversant l'appréciation des effets du contentieux sur la réalité sociale du côté du symbolique et du discours. Les deux auteurs estiment en outre que les précédents états de fait inconstitutionnel de la Cour n'ont pas produit d'effets probants parce qu'ils reposaient sur des injonctions fortes et pas de suivi<sup>2725</sup>. C'est une situation que les auteurs associent à l'Inde à l'exception de la décision *PUCL* qui reconnaît un droit fondamental à l'alimentation et a enjoint la mise en place d'un système de distribution de grains, d'un programme de lutte contre la malnutrition et un repas cuisiné par jour à chaque élève, tout en nommant deux commissaires extérieurs à la Cour chargés du suivi<sup>2726</sup>. Les auteurs estiment qu'un tel processus, semblable à celui mis en œuvre par la Cour constitutionnelle de Colombie en 2004, n'aboutit pas à un problème démocratique mais permet au contraire le déblocage d'une situation politique par le juge. Ses injonctions ne s'opposent pas aux représentants mais activent une coopération entre les agences et la création d'un espace de collaboration et de discussion entre les différents acteurs sociaux.

César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco ont vu cinq effets aux dispositifs structurels de suivi de l'exécution à partir d'une étude empirique de la situation des personnes déplacées. Un premier effet qualifié de direct et de matériel redouble le discours judiciaire vu jusqu'ici : par un effet de déblocage (*unlocking effect*), l'intervention judiciaire met fin à l'inertie

---

<sup>2723</sup> *Ibid.*, p. 182-189. Les auteurs s'écartent alors autant des critiques des juges que d'une « *neorealist view of social change* » concentrée sur les effets directs et matériels, comme celle popularisée par Rosenberg aux États-Unis, *Ibid.*, p. 185.

<sup>2724</sup> *Ibid.*, p. 189 : « *tend to direct their arguments against the type of heroic capacity that activist monologic courts would need in order to force recalcitrant governments and private actors into compliance with their detailed, strong remedies.* »

<sup>2725</sup> *Ibid.*, p. 177s. Il s'agit de CCC, T-153/98 pour la surpopulation carcérale et de CCC, 760/08, *op. cit.*, pour le droit à la santé, avec un suivi très sommaire. On notera cependant que les effets de cette dernière décision se matérialisent surtout par les *tutelas* déposées ultérieurement, même s'il s'agit de litiges individuels, voir *supra*.

<sup>2726</sup> *Ibid.*, p. 173s. Voir S. SHANKAR, « The embedded negotiators : India's higher judiciary socioeconomic rights », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 95-128.



politique en poussant le gouvernement à agir<sup>2727</sup>. La Cour a poussé les acteurs publics des ministères et des agences à travailler ensemble, ainsi qu'à la création d'un comité qui les regroupe, alors que la difficulté notée dans la décision tenait précisément à la dispersion des autorités sans coordination ou compétence claire. Cet effet, que les auteurs relient à l'expérimentalisme, a notamment consisté à ne pas ordonner de politique précise mais à dessiner le cadre dans lequel une politique devait être élaborée<sup>2728</sup>. Deuxièmement, les décisions structurelles agissent sur les politiques publiques, ainsi du plan national pour les déplacés mis en œuvre un an après la décision<sup>2729</sup>. Les auteurs ont ainsi noté quatre phases dans l'exécution supervisée de la décision T-025/04, avec un contrôle classique des politiques publiques de 2004 à 2006, la création d'indicateurs de 2006 à 2008, puis une analyse rétrospective menant à une nouvelle audience en 2011 (l'*auto* n°219) et à l'élaboration de nouveaux indicateurs et à l'adoption d'injonctions plus précises en intégrant des catégories précises de population (autochtones, noirs, handicapés, enfants), et enfin, à partir de 2011, une résolution plus individuelle des litiges, proche du *micromanagement*<sup>2730</sup>. Cette intervention a mené à l'adoption de la loi n°1448 de 2011 relative aux victimes de la privation des terres, en grande partie celles du conflit armé, avec des mesures de compensation et l'intégration des indicateurs et lignes directrices mises en œuvre par le processus d'exécution de la Cour, qui a vérifié en retour l'application de la loi dans ce cadre<sup>2731</sup>.

Une série d'effets à la fois directs et indirects est qualifiée de participatifs par César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco<sup>2732</sup> : il s'agit de la formation d'un organisme par la coalition d'ONG et de centres de recherches visant à participer à l'exécution de la décision, le Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). Cet organisme a été reconnu et intégré au dispositif de suivi par la Cour elle-même, soit un exemple typique d'une institutionnalisation des demandes sociales qui a permis l'élaboration de pratiques et d'interaction

---

<sup>2727</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 23-25 et 64-75. Notamment, pour utiliser le vocabulaire manageriel des auteurs, « *the Court kept pressure on the government through follow up orders and meetings, which further nudged the government into action* » (p. 22). Les auteurs s'appuient sur différents entretiens avec des juristes des ministères.

<sup>2728</sup> *Ibid.*, p. 88 : « *this is, therefore, a classic case of remitting the problem back to the executive, the judiciary attempts to break the deadlock around a public policy without assuming for itself the power to define its details* ».

<sup>2729</sup> Environ 4,7 trillions de pesos ayant été débloqués entre 2004 et 2014 selon le CONPES, avec une augmentation chaque année, contre un tiers de ce montant sur les neuf années précédentes, *Ibid.*, p. 68-70.

<sup>2730</sup> *Ibid.*

<sup>2731</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>2732</sup> *Ibid.*, p. 45.

entre les différents acteurs au sein d'un « champ du déplacement forcé »<sup>2733</sup> au centre duquel la Cour s'est placée dans un développement « itératif »<sup>2734</sup>. Comme le note Carlos Bernal Pulido, les audiences publiques de la Cour constitutionnelle ont placé la violation massive des droits fondamentaux des personnes déplacées au centre de l'agenda politique et social et ont ouvert un espace de réflexion entre les entités étatiques et la communauté. Dans cet espace, des personnes déplacées et des groupes de militants des droits de l'homme ont évalué les stratégies adoptées par l'État.<sup>2735</sup>

Les quatrième et cinquième effets observés par les auteurs sont d'ordre indirect et symbolique : il s'agit de la reformulation (*reframing* ou *framework shift*) des enjeux liés aux déplacés en termes de droits dans l'espace public et des effets socioéconomiques (*socioeconomic* ou *sectoral effect*) sur les déplacés eux-mêmes. Si ces derniers sont difficiles à mesurer pour les auteurs, leur étude montre que la couverture par la presse a connu un glissement, d'une situation comprise avant 2004 comme une pure conséquence du conflit armé, vers une violation des droits ou un échec des pouvoirs publics ensuite, participant à la rendre visible autant qu'à la requalifier<sup>2736</sup>.

## B. Le juge constitutionnel comme médiateur : l'Afrique du Sud

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a refusé les demandes qui lui étaient faites d'exercer un suivi de l'exécution de ses décisions en matière de droits sociaux (1). Elle a élaboré en revanche une forme de participation qui a permis aux parties de revenir vers elle au cours de l'exécution (2).

---

<sup>2733</sup> *Ibid.*, p. 49s, les auteurs citant Pierre Bourdieu pour la notion de champ. Selon eux, « *this interactive arena constitutes a real social-legal sphere composed of actors, interests, strategies and discourses revolving around the legal authority issuing the ruling* », p. 50.

<sup>2734</sup> *Ibid.*, p. 113 : « *these decisions have triggered an iterative process in which the Court issues remedies or asks for information from state and non-state actors, the institutions respond through progress reports, and the Court in turn replies through follow-up decisions* ». Les auteurs notent que les réunions aussi bien à la Cour que décentralisées portaient souvent sur une ordonnance à venir, permettant à la Cour de calibrer son approche, p. 114.

<sup>2735</sup> C. BERNAL PULIDO, « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *Sorbonne student law review - Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, vol. 2, n° 2, 2019, p. 33-65, p. 62.

<sup>2736</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 129-143. Les auteurs notent en outre à l'issue de leurs entretiens que les acteurs, y compris officiels, ont pris connaissance de l'ampleur du phénomène grâce à l'intervention de la Cour, p. 130s. Les auteurs notent cependant que le terme de victime s'impose progressivement jusqu'à la loi de 2011, et ensuite, remplaçant celui de déplacés, p. 131-134. Les auteurs présente quatre catégories d'acteurs, p. 51-58 : les entités publiques nationales, notamment plusieurs les ministères, SNAIPD, préexistant mais inactif jusque-là, et le CNAIPD, créé en 2005 pour les situations d'urgence ; le CONPES qui regroupe les associations associées à l'exécution (notamment la CODHES, DeJusticia, Viva la ciudadanía, l'Eglise, différentes organisations locales et des universités ou centres de recherches) ; des organisations locales issues des déplacés eux-mêmes et diverses organisations de défense des droits ; et enfin des organisations internationales.

### 1. Le refus d'un suivi de l'exécution

Dans sa décision *TAC*, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a refusé d'exercer un suivi de l'exécution (*supervisory jurisdiction*) au motif que « le gouvernement a toujours respecté et exécuté les décisions de cette Cour<sup>2737</sup> ». Cette assertion est discutable du fait de l'exécution alors incertaine de la décision *Grootboom*<sup>2738</sup> et donne à voir une juridiction volontiers naïve. En l'espèce, dans *TAC*, la Cour prend largement en compte le contexte des politiques publiques et l'action du gouvernement afin de rendre certes une injonction en sus de la déclaration des droits, ce qui a été largement salué, mais il s'agit d'un dispositif très localisé et précis, qui ne vise qu'à faciliter ce que le gouvernement avait déjà commencé. L'organisation requérante demandait un tel suivi en s'appuyant sur la décision de la Haute Cour, qui avait elle-même assuré un suivi à l'occasion duquel elle demandait aux parties de revenir avec un programme dont elle devait ensuite valider la conformité à la Constitution<sup>2739</sup>. La Haute cour s'appuyait alors sur le précédent ouvert par la Cour constitutionnelle dans une affaire de 1998 : en rejetant cette solution dans *TAC*, la Cour maintient ouverte une position qu'elle n'estime pas nécessaire en l'espèce<sup>2740</sup>, et qu'elle n'a jamais estimé nécessaire jusqu'ici.

Le critère est là encore essentiellement casuistique ou circonstanciel, même si l'on peut déduire de son aveu de bonne exécution que la Cour garde ce pouvoir au cas où elle constaterait un changement d'attitude des pouvoirs publics, poursuivant là son approche progressive, pour ne pas dire prudente, de l'usage de ses propres pouvoirs. La difficulté d'une telle approche est qu'elle repose sur la bonne exécution passée pour ne pas en assurer le suivi en amont, se privant donc d'évaluer précisément le respect des décisions par les pouvoirs publics, et cela d'autant plus que le nombre d'affaire arrivant à la Cour est réduit<sup>2741</sup>, contrairement à la Cour colombienne qui a toujours l'occasion de se prononcer sur une politique publique à l'occasion des nombreuses *tutelas* qui sont présentées aux différentes instances. De fait, la décision *TAC* a été mal exécutée et c'est le

---

<sup>2737</sup> CCSA, *TAC*, *op. cit.*, §129 : « *We do not consider, however, that orders should be made in those terms unless this is necessary. The government has always respected and executed orders of this Court. There is no reason to believe that it will not do so in the present case.* ».

<sup>2738</sup> Voir *supra*.

<sup>2739</sup> M. HEYWOOD, « Contempt or Compliance? The TAC Case After the Constitutional Court Judgment », *op. cit.* note 161, p. 8 : « *government should be instructed to return to Court with its programme within a set time-frame to ensure that it met the constitutional requirements (a supervisory order).* »

<sup>2740</sup> La Cour l'admet, CCSA, *TAC*, *op. cit.*, §106 et 104 : « *Where necessary this may include both the issuing of a mandamus and the exercise of supervisory jurisdiction* » : « *The power to grant mandatory relief includes the power where it is appropriate to exercise some form of supervisory jurisdiction to ensure that the order is implemented* », la Cour citant alors CCSA, 1998, *Pretoria City Council v Walker*, §96 : « *the respondent could, for instance, have applied to an appropriate court for a declaration of rights or a mandamus in order to vindicate the breach of his s 8 right. By means of such an order the council could have been compelled to take appropriate steps as soon as possible to eliminate the unfair differentiation and to report back to the Court in question. The Court would then have been in a position to give such further ancillary orders or directions as might have been necessary to ensure the proper execution of its order* ». Voir CCSA, *TAC*, *op. cit.*, §129 pour la discussion de la solution choisie par la High Court, jugeant notamment qu'un *mandatory order* était suffisant sur la base de l'action entamée par les pouvoirs publics.

<sup>2741</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2.

mouvement social à l'origine de la requête qui a assuré les échanges et les pressions auprès des pouvoirs publics<sup>2742</sup>. Plus largement, le droit à la santé a connu un faible effet en Afrique du Sud du fait du peu de réaction des pouvoirs publics à la dimension positive des obligations<sup>2743</sup>.

Dans l'affaire *Grootboom*, la Cour s'en tient à déclarer l'inconstitutionnalité, tout en estimant qu'il s'agit d'une obligation qui pèse sur le juge dans la garantie des droits<sup>2744</sup>, mais sans aller plus loin que la substitution de sa propre injonction à celle de l'instance précédente. Or, la Haute cour avait émis une injonction temporaire après la visite d'un magistrat sur place puis ordonné, après sa déclaration de droits, un suivi sur trois mois avec un rapport des autorités et des requérants<sup>2745</sup>. La Haute cour gardait la main sur l'exécution sans pour autant formuler d'injonction précise. La Cour constitutionnelle, elle, tout en éludant son propre rôle, renvoie à un suivi qui serait proposé par la South African Human Rights Commission (SAHRC), « si nécessaire »<sup>2746</sup>, mais sans l'inclure dans le dispositif. La décision n'est donc pas claire sur le point de savoir en quoi doit consister le rôle de la SAHRC - si elle doit notamment faire un rapport et s'il est différent du rapport qu'elle remet au Parlement annuellement<sup>2747</sup>. La SAHRC a rendu un rapport dédié dans une lettre envoyée à la Cour le 14 novembre 2001, après des visites sur place et entretiens avec des responsables officiels et des représentants de la communauté, notant les efforts faits par les autorités mais également une exécution réduite à l'accès au logement social des personnes résidant dans la zone concernée plutôt

---

<sup>2742</sup> Après la décision de la Cour, quatre provinces sur neuf, qui était déjà actives en la matière, ont répondu à un courrier de TAC pour connaître les mesures prises, tandis que les autres sont restées silencieuses ; au niveau national il y a eu des communiqués du ministre de la santé et du directeur général du ministère de la santé pour dire qu'ils allaient se mettre en conformité avec la décision ; dans la province du Mpumalanga, dont la première ministre était hostile à tout projet de santé lié au VIH avec un discours ouvertement homophobe, le jugement a simplement été compris comme une injonction à ne pas empêcher la délivrance du Nevirapine, et non à prendre les mesures pour en étendre l'accès, M. HEYWOOD, « Contempt or Compliance? The TAC Case After the Constitutional Court Judgment », *op. cit.* note 161, p. 9-10. Sur le rôle du mouvement Treatment action campaign à plus long terme, voir M. HEYWOOD, « South Africa's Treatment Action Campaign: Combining Law and Social Mobilization to Realize the Right to Health », *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, 2009, p. 14-36.

<sup>2743</sup> J. BERGER, « Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education », in V. GAUDI, D. BRINKS (dir.), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, 2008, p. 38-99

<sup>2744</sup> CCSA, *Grootboom*, *op. cit.*, §94 : « I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce. »

<sup>2745</sup> Voir *ibid.*, §16.

<sup>2746</sup> *Ibid.*, §97 : « The Human Rights Commission is an amicus in this case. Section 184 (1) (c) of the Constitution places a duty on the Commission to "monitor and assess the observance of human rights in the Republic." Subsections (2) (a) and (b) give the Commission the power "(a) to investigate and to report on the observance of human rights; (b) to take steps to secure appropriate redress where human rights have been violated." Counsel for the Commission indicated during argument that the Commission had the duty and was prepared to monitor and report on the compliance by the state of its section 26 obligations. In the circumstances, the Commission will monitor and, if necessary, report in terms of these powers on the efforts made by the state to comply with its section 26 obligations in accordance with this judgment. »

<sup>2747</sup> K. PILLAY, « Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights », *op. cit.* note 153, p. 273. S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 402-403.

qu'en élaborant un programme plus large<sup>2748</sup>. La SAHRC ne s'est plus sentie missionnée après l'envoi de cette lettre<sup>2749</sup>. Le rôle donné à la SAHRC est intéressant bien qu'imprécis et se rapproche de la désignation d'une autorité ou d'experts extérieurs, comme dans le cas indien. Il s'agit d'une alternative à la création d'une chambre juridictionnelle dédiée comme en Colombie, où la chose est coûteuse<sup>2750</sup>.

La doctrine est ainsi favorable à un suivi, à l'instar de Sandra Liebenberg, qui l'associe aux situations complexes et à une action délibérative de la Cour<sup>2751</sup>, sans mettre en cause l'approche casuistique elle-même. Le rejet d'un suivi peut aussi se comprendre du fait que les juridictions sud-africaines ont hérité d'autres mécanismes d'exécution de la *Common law*. Dans la jurisprudence *Nyathi*, la Cour avait jugé inconstitutionnelle l'interdiction faite d'exécuter des sanctions pécuniaires à l'encontre de l'État issue du State Liability Act de 1957<sup>2752</sup>, à l'occasion d'un litige qui opposait les pouvoirs publics à un justiciable victime de négligence médicale en attente du paiement de dommages et intérêts accordés par la justice. L'opinion majoritaire évoque un problème structurel en jugeant contraire à la Constitution de laisser chaque justiciable demander l'exécution en justice, à l'occasion d'une procédure ouverte pour *contempt of court*, lorsqu'une décision n'est pas respectée, alors qu'il a déjà obtenu gain de cause devant la justice<sup>2753</sup>. L'opinion majoritaire justifie la décision par l'insuffisance d'une « obligation morale » pour les pouvoirs publics afin d'assurer « l'effectivité » des jugements<sup>2754</sup> : la Cour associe alors une telle procédure à un suivi judiciaire propre aux dommages et intérêts découlant de l'inexécution<sup>2755</sup>. La procédure du *contempt of court* a également servi à la Cour constitutionnelle à enjoindre l'État à verser des aides sociales dans une affaire d'envergure qui concernait plusieurs millions de sudafricains du fait d'une difficulté contractuelle

---

<sup>2748</sup> K. PILLAY, « Implementation of Grootboom: Implications for the Enforcement of Socioeconomic Rights », *op. cit.* note 153, p. 274.

<sup>2749</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 403, qui note que le Président Chaskalson a répondu à la SAHRC par une lettre dans laquelle il estimait que le rapport devait être rendu au Parlement et non à la Cour.

<sup>2750</sup> Voir *infra*.

<sup>2751</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 414-415 et p. 462 : « *These remedies have the potential to promote deliberative, participatory resolutions to complex, multi-faceted socio-economic deprivations.* »

<sup>2752</sup> CCSA, 2 juin 2008, *Nyathi v Member of the Executive Council for the Department of Health Gauteng and Another* (XX).

<sup>2753</sup> *Ibid.*, §75.

<sup>2754</sup> *Ibid.*, §83 : « *This reliance on the moral obligation of the state to pay its debts is no longer acceptable, as it has proven to be unproductive and has revealed the state's inability or refusal to abide by its own moral standards. Hence, we need legislative measures that will provide an effective way in which judgment orders may be satisfied, and mechanisms that will inform the litigants in detail on the procedures that they will need to follow regarding payment of court orders against the state. It has become necessary for this Court to oversee the process of compliance with court orders and to ensure ultimately that compliance is both lasting and effective.* »

<sup>2755</sup> *Ibid.*, §84 : « *It is indeed unfortunate that judicial officers are placed in the invidious position of having to oversee state action. However, oversight is essential in the circumstances. In the interests of justice and in an effort to uphold the rights and principles that are espoused in our Constitution, there can be no other effective manner to ensure that the state complies with the order.* »

avec un prestataire privé<sup>2756</sup>. L'approche est paradoxalement offensive, là où le suivi peut au contraire consister en un échange d'information plus souple. La Cour a estimé ultérieurement que les pouvoirs publics avaient agi « de mauvaise foi » en profitant du fait que la juridiction avait refusé d'exercer un suivi de l'exécution pour ne pas appliquer l'injonction<sup>2757</sup>. L'injonction est rappelée avec plus de précision, notamment de délai, et il est demandé aux destinataires du jugement de rendre un rapport à la Cour tous les trois mois jusqu'à l'expiration du délai ou la réalisation de l'injonction tandis qu'il est demandé à l'Auditor General d'évaluer les rapports<sup>2758</sup>.

Une autre voie est l'attribution de dommages et intérêts à la violation des droits et non plus seulement la violence d'une décision de justice. La Cour en a refusé le bénéfice à des requérants qui, en attente de la délivrance de logements, les ont vu attribuer par une municipalité à d'autres demandeurs, en 2021 ; mais l'opinion majoritaire et une opinion concordante estiment alors qu'il est possible dans l'avenir que des dommages et intérêts soient accordés en cas de violation des droits sociaux, en cas « d'échec systématique de l'État à réaliser les droits »<sup>2759</sup>. Dans son opinion dissidente, Chris Jafta estime au contraire que les droits sociaux étant sujets à une réalisation progressive dans la jurisprudence de la Cour, il n'est possible d'attribuer des dommages en cas de réalisation sans considérer que l'exécution serait terminée, à l'exception du cas où les autorités publiques retireraient des droits déjà accordés<sup>2760</sup>. Citant les décisions *Grootboom* et *Mazibuko*, le juge dissident s'appuie sur l'idée que les obligations ne peuvent être définies au-delà des ressources disponibles pour l'État<sup>2761</sup>. Un passage central de la décision *Mazibuko* insiste en effet sur « le choix

---

<sup>2756</sup> CCSA, 29 novembre 2013, *AllPay consolidated investment holdings (Pty) Ltd v. Chief executive officer of the South African Social Security Agency* (Johan Froneman). Dans une décision ultérieure, la Cour a suspendu l'annulation du contrat au titre duquel la SASSA exerçait le paiement avec la société CPS afin de leur permettre de résoudre le problème au sein du même instrument contractuel, et la juridiction a accepté de ne pas exercer de suivi contre l'assurance que les destinataires du jugement produiraient un rapport de l'exécution, tout en enserrant son injonction dans des délais, CCSA, 17 avril 2014, *AllPay Consolidated Investment Holdings (Pty) Ltd v Chief Executive Officer, South African Social Security Agency* (Johan Froneman).

<sup>2757</sup> CCSA, 17 mars 2017, *Black Sash Trust v Minister of Social Development and Others* (Johan Froneman), §59-60 : « SASSA and the Minister have used the discharge by this Court of its supervisory jurisdiction as justification that there was no need for them to inform or approach the Court when it became clear that SASSA would not be in a position to assume the duty to pay the grants itself. This is disingenuous and incorrect. Although the supervisory part of the order was discharged, the material content of the order remained. »

<sup>2758</sup> *Ibid.*, §76, order, points 7 et 12.

<sup>2759</sup> CCSA, 7 décembre 2021, *Thubakgale and Others v Ekurhuleni Metropolitan Municipality* (Steve Madjiet), notamment §95 : « Systemic state failure is open-ended by its very nature, and courts should be wary of shutting potential litigants out of the judicial system as soon as they have had one bite of the apple, particularly given the skewed power dynamics at play between the state and right-holders. ». Dans son opinion concordante, le juge Madlanga parvient à la même conclusion en estimant en outre que de tels dommages auraient dû être accordés en l'espèce.

<sup>2760</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Chris Jafta, §145s.

<sup>2761</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Chris Jafta, §156. Le juge un exemple relatif à la santé : « Similarly, a person who requires medical care at a public hospital but is turned away because of lack of resources, as the available resources are presently deployed in giving care to those who suffer from Covid-19, may claim damages from the state on the approach adopted in the first judgment. This is so because her right to medical care would have been violated. This reveals the absurd consequences of the proposition that a breach of a socio-economic right gives rise to a claim for damages. » (§158).

démocratique populaire » qui doit revenir au législateur<sup>2762</sup>. Le juge Jafta étend alors la jurisprudence relative aux obligations à celle relative à la solution ; si les droits ne sont pas directement opposables aux pouvoirs publics mais fondent seulement un contrôle du caractère raisonnable de leur réalisation progressive, ils ne peuvent non plus fonder des dommages pour une mauvaise exécution. Si la majorité de la Cour ne suit pas ce raisonnement, elle considère néanmoins les dommages et intérêts comme un ultime recours.

## 2. *La médiation plutôt que le suivi*

La Cour s'est refusée au suivi et aux injonctions fortes en matière de droits sociaux, et tout en s'en tenant à cette position jusqu'à aujourd'hui, elle a néanmoins pu élaborer une forme alternative de dispositif à l'occasion de ce qui a été qualifié à partir de 2008 d'une seconde vague dans sa jurisprudence<sup>2763</sup>. La notion d'implication significative (*meaningful engagement*), qui impose une négociation entre les bénéficiaires du droit au logement et l'autorité publique qui exécute une expulsion, est autant une obligation pesant sur les pouvoirs publics<sup>2764</sup> qu'un mode d'exécution. Ce mode d'intervention du juge prend la forme d'une injonction demandant aux parties de négocier un accord. La Cour approuve ensuite l'accord passé, jouant le rôle d'un médiateur : on peut y voir un « processus dialogique d'implication menant à la fourniture d'un avantage direct à un groupe particulier » dans une démarche d'équité<sup>2765</sup>. La Cour a privilégié la médiation et la négociation au-delà de cette jurisprudence particulière. L'absence d'injonction dans l'affaire *Grootboom* venait de ce qu'un accord avait été conclu et que la Cour n'avait été saisie qu'après sa violation, si bien qu'elle a pu se contenter d'ordonner le respect de l'accord entre les parties. Dans l'affaire *Olivia Road* qui crée l'implication significative, la Cour cite ce passage de la décision *Port Elizabeth* pour principal fondement normatif :

Les aspects procéduraux et substantiels de la justice et de l'équité ne peuvent pas toujours être séparés. Le rôle managérial des tribunaux peut devoir s'exprimer de manière innovante. Ainsi, un

---

<sup>2762</sup> CCSA, *Mazibuko*, *op. cit.*, §61 : « *it is institutionally inappropriate for a court to determine precisely what the achievement of any particular social and economic right entails and what steps government should take to ensure the progressive realisation of the right. This is a matter in the first place for the legislature and executive, the institutions of government best placed to investigate social conditions in the light of available budgets and to determine what targets are achievable in relation to social and economic rights. Indeed, it is desirable as a matter of democratic accountability that they should do so, for it is their programmes and promises that are subjected to democratic popular choice.* ». Voir, de même, CCSA, *TAC*, *op. cit.*, §38 : « *Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where Court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the Courts, namely, to require the State to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.* »

<sup>2763</sup> J. DUGARD, S. WILSON, « Constitutional jurisprudence: The first and second waves », in M. LANGFORD (dir.), *Socio-economic Rights in South Africa: Symbols or Substance ?*, 2014.

<sup>2764</sup> Voir *supra*, chapitre 2.

<sup>2765</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 420 : « *a dialogic process of engagement leading to the provision of concret benefit for a particular group* ».

moyen potentiellement digne et efficace de parvenir à une réconciliation durable des différents intérêts en jeu est d'encourager et d'exiger des parties qu'elles s'engagent l'une envers l'autre et dans un effort proactif et honnête à trouver des solutions mutuellement acceptables. Dans la mesure du possible, un engagement respectueux en face à face ou une médiation par l'intermédiaire d'une tierce partie devrait remplacer le combat à mains nues que se livrent des adversaires intransigeants.<sup>2766</sup>

Le lien que fait la Cour entre un rôle managérial et la justice et l'équité indique une manière de résoudre les litiges qui se rapproche plus de l'expérimentalisme que de l'imposition d'une solution. Aussi, la Cour s'appuie explicitement sur le rôle de la société civile dans le processus d'exécution de la décision<sup>2767</sup>. Une telle médiation pourrait être accompagnée d'un suivi de l'exécution ou d'une injonction structurelle pour être efficace<sup>2768</sup>. Le fait que la juridiction demande que les parties reviennent vers elle avec un accord conclu est une forme minimale de suivi. La Cour n'est pas allée au-delà.

Quoi qu'il en soit, on peut louer de manière générale la diffusion d'un éthos délibératif, tout en reconnaissant que ce type d'intervention a l'inconvénient de ne concerner que les parties au litige<sup>2769</sup>. Du point de vue délibératif lui-même, la voie suivie par la Cour est particulièrement faible : elle ne propose pas une discussion principielle ou même un *forum* d'expression entre différents points de vue, ce qui peut être conçu comme une nouvelle manière d'éviter la question éthique<sup>2770</sup> ; il s'agit simplement d'obliger à une discussion qui a lieu hors de la Cour, avec de sa part une contrainte minimale quant à la substance des échanges. C'est alors une pratique expérimentaliste sans substance qui est reprochée par une autrice pourtant favorable au dialogisme comme Sandra Liebenberg<sup>2771</sup>. Le nombre de requérants lui-même peut toutefois produire un effet substantiel. La Cour a ainsi pu sanctionner l'expulsion de 3000 personnes du centre de Pretoria du fait qu'elle avait

---

<sup>2766</sup> CCSA, 1er octobre 2004, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* (Albie Sachs), §39, cité par CCSA, 19 octobre 2008, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others* (Zakeria Yacoob), §12 : « *In seeking to resolve the above contradictions, the procedural and substantive aspects of justice and equity cannot always be separated. The managerial role of the courts may need to find expression in innovative ways. Thus one potentially dignified and effective mode of achieving sustainable reconciliations of the different interests involved is to encourage and require the parties to engage with each other in a pro-active and honest endeavour to find mutually acceptable solutions. Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arms-length combat by intransigent opponents.* »

<sup>2767</sup> CCSA, 51 Olivia Road, *op. cit.*, §20 : « *Civil society organisations that support the people's claims should preferably facilitate the engagement process in every possible way.* »

<sup>2768</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 419.

<sup>2769</sup> *Ibid.*, p. 423 : il s'agit pour l'autrice d'une « *mutually satisfactory and specific resolution to the issues in dispute* » qui « *can facilitate the participatory and deliberative values of the Constitution in the realisation of socio-economic rights. However, a challenge presented by these context-specific negotiated orders is to ensure that they benefit other similarly placed persons and institutions who are not parties to the particular litigation* ».

<sup>2770</sup> Voir entre autres D. BILCHITZ, « *Does Sandra Liebenberg's New Book Provide a Viable Approach to Adjudicating Socio-economic Rights ?* », *op. cit.* note 87.

<sup>2771</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 424 : « *In the absence of a substantive evaluation of the rights at stake, meaningful engagement takes place in a normative vacuum* ».



été réalisée sur le fondement de mesures de sécurité et qu'il n'y avait pas eu d'implication substantielle des occupants<sup>2772</sup>. Elle insiste sur le fait que les requérants ont été considérés comme des nuisances et que la municipalité a procédé en suivant une approche « *top-down* » de l'expulsion en déterminant sa temporalité<sup>2773</sup>. Dans l'affaire *Port Elizabeth*, la Cour ne réalise pas une pondération entre la propriété privée et les dispositions encadrant les expulsions, comme les mots de la décision le laissent penser, mais « entre les intérêts en cause et les facteurs propres à chaque affaire<sup>2774</sup> ». La juridiction ménage l'appréciation des expulsions par le juge ordinaire<sup>2775</sup>, ce que Sandra Liebenberg qualifie de « micro-justice<sup>2776</sup> », sans que cela ne soit d'ailleurs nécessairement péjoratif. Dans ce qui ressemble à un refus de la question systémique, comme pour le test du caractère raisonnable en matière d'accès au logement, la Cour évoque pour une fois très clairement des limites inhérentes au rôle du juge :

Les injustices héritées du passé au niveau macro rendront inévitablement difficile pour les tribunaux d'assurer l'équité actuelle immédiate au niveau micro. Le pouvoir judiciaire ne peut pas en soi corriger toutes les injustices systémiques que l'on trouve dans notre société. Mais il peut au moins atténuer et minimiser le degré d'injustice et d'iniquité qu'entraîne l'expulsion des parties les plus faibles dans des conditions d'inégalité.<sup>2777</sup>

L'approche de la Cour conduit à une procéduralisation qui limite ou plutôt précise sa conception de la dignité comme une seule part d'humanité sans nécessairement de vocation structurelle ou relationnelle<sup>2778</sup>.

La Cour a ouvert la voie à un suivi dans une forme particulièrement faible ces dernières années. Dans sa décision permettant la demande de dommages et intérêts en cas de violation des droits sociaux, en 2021, l'opinion majoritaire estime qu'un suivi est « nécessaire » et, surtout, compatible avec l'article 38 évoquant des solutions adaptées et équitables et avec la jurisprudence de

---

<sup>2772</sup> CCSA, 9 octobre 2012, *Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another* (Johan Froneman).

<sup>2773</sup> *Ibid.*, §50.

<sup>2774</sup> CCSA, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §23 : « *The judicial function in these circumstances is not to establish a hierarchical arrangement between the different interests involved, privileging in an abstract and mechanical way the rights of ownership over the right not to be dispossessed of a home, or vice versa. Rather it is to balance out and reconcile the opposed claims in as just a manner as possible taking account of all the interests involved and the specific factors relevant in each particular case.* »

<sup>2775</sup> *Ibid.*, §31.

<sup>2776</sup> S. LIEBENBERG, *Socio-economic rights*, *op. cit.* note 104, p. 279.

<sup>2777</sup> CCSA, *Port Elizabeth*, *op. cit.*, §38 : « *The inherited injustices at the macro level will inevitably make it difficult for the courts to ensure immediate present-day equity at the micro level. The judiciary cannot of itself correct all the systemic unfairness to be found in our society. Yet it can at least soften and minimise the degree of injustice and inequity which the eviction of the weaker parties in conditions of inequality of necessity entails.* »

<sup>2778</sup> Ce qui rejoint l'approche substantielle qui ressort de la jurisprudence, voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1, A., 1.

la Cour sur l'implication significative<sup>2779</sup>. Sans discuter la chose plus en détail, la Cour inclut dans son dispositif la possibilité pour les requérants de revenir vers la juridiction un an plus tard<sup>2780</sup>.

## §2. Une reconceptualisation de l'activisme entre droits et dispositifs

Le suivi de l'exécution, s'il prolonge un activisme c'est-à-dire l'intentionnalité du juge dans l'exercice de son pouvoir, présente néanmoins des limites quant à son efficacité même (A). Il faut alors envisager un autre rôle que se donne le juge qui est d'entretenir un lien avec la société (B).

### A. Une efficacité en doute

Deux limites apparaissent au-delà de la description de la pratique colombienne du suivi de l'exécution quant à la possibilité d'évaluer la jurisprudence (1) et quant à la capacité de la Cour d'exercer un tel suivi de manière systématique (2).

#### 1. Une limite d'ordre épistémologique

Une limite d'ordre épistémologique doit être avancée pour nuancer l'évidence des effets que les décisions structurelles produiraient. Le mythe d'un effet évident de l'intervention judiciaire sur la réalité sociale a bien été intégré par les juridictions elles-mêmes après une première phase d'élaboration des concepts et des dispositifs dans les années 1990 et jusqu'à la première moitié des années 2000<sup>2781</sup>. Les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie ont élaboré de nouveaux modes d'intervention par la suite, renouvelant à la fois leur activisme et les limites de cet activisme du point de vue de l'effectivité. Ces limites apparaissent à deux niveaux. Le premier est de l'ordre du biais d'échelle<sup>2782</sup>. La méthode d'analyse élaborée par César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco montre bien ce biais. Les deux auteurs se sont appuyés sur une centaine d'entretiens en Colombie, en Inde et en Afrique du Sud avec des acteurs institutionnels, associatifs, militants, judiciaires, universitaires, et une analyse quantitative de la documentation, des décisions et de la couverture médiatique. L'ouvrage ne s'intéresse toutefois qu'à une décision, présentée comme paroxysmique et renvoyant elle-même à de nombreuses décisions de suivi. Il y a un activisme judiciaire notable si l'on considère les moyens mis en œuvre par la juridiction, qui fait

---

<sup>2779</sup> CCSA, *Thubakgale and Others v Ekurhuleni Metropolitan Municipality*, *op. cit.*, §119.

<sup>2780</sup> *Ibid.*, §120, point 7 de l'ordre : « *The applicants are granted leave to approach this Court after a year from the granting of this order for a reassessment of the constitutional damages awarded, in the event of further delays on the part of the municipality in fulfilling its constitutional obligations as set out herein.* »

<sup>2781</sup> Voir *supra*, section 1, §2.

<sup>2782</sup> Sur la méthodologie du droit comparé et le risque du *cherry picking* face à l'empirisme du contentieux, voir *supra*, introduction générale, section 1.

œuvre d'une intentionnalité activiste ; mais ce n'est pas une appréciation représentative de son activité par ailleurs.

Un second niveau de la limite épistémologique propre aux décisions structurelles tient à l'absence de données sur les effets directs et matériels, notée par César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco eux-mêmes. Paradoxalement, le constat contrasté que font les auteurs sur l'amélioration réelle des différents indicateurs proposés par la Cour<sup>2783</sup> amène à juger la même violation des droits à l'aune, cette fois-ci, de la quantification menée sur plus d'une dizaine d'années et sans, d'ailleurs, qu'il soit possible d'analyser la situation rétrospectivement puisque les outils ont été élaborés à partir de la décision de la Cour. Aussi les effets visibles sont ceux observés par les ONG qui ont été associées aux litiges et l'usage du langage des droits dans le contentieux, ce qui ne signifie pas tant que la situation s'améliore, mais simplement qu'il y a une plus grande effectivité des droits au sens de l'ampleur juridique donnée au phénomène. L'étude de la décision repose sur des études empiriques assez restreintes et en grande partie sur les entretiens avec les militants et données produits par les ONG, si bien que l'on ne sait si l'effet porte sur l'ensemble des acteurs ou, comme le notait déjà Rosenberg<sup>2784</sup>, sur ceux qui étaient déjà convaincus d'un tel effet<sup>2785</sup>. L'effet indirect et symbolique court le risque de constituer une rhétorique performative des acteurs militants qui le font exister en se persuadant qu'il existe. Les auteurs estiment qu'il y a un changement symbolique dans le langage, qu'ils prennent pour un changement de la réalité sociale, et qui même lui est tout de même très limité selon les auteurs eux-mêmes, tout en reconnaissant qu'il n'y a eu aucun changement matériel visible, ce qui revient à admettre que le changement dans le langage n'a rien changé dans la réalité matérielle. Il y a un paradoxe dans ces travaux : l'effet rhétorique et symbolique est autant celui des acteurs de la situation et celui qui suit la décision, que celui du discours qui met à jour cet effet.

Ainsi de nombreux auteurs, universitaires et militants recherchent l'effet qu'ils étudient dans les interventions judiciaires d'une manière à la fois descriptive et prescriptive, en cherchant ce qui

---

<sup>2783</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 153-163.

<sup>2784</sup> G.N. ROSENBERG, *The Hollow Hope : Can Courts bring About Social Change ?*, *op. cit.* note 66.

<sup>2785</sup> César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco expriment eux-mêmes leurs doutes vis-à-vis du rôle des personnes concernées dans le processus, alors que participent avant tout les ONG et les autorités publiques, C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35 p. 120-128. Selon eux, ce manque de participation provient d'un langage, de mécanismes et d'une logistique inaccessibles aux *grassroots organizations*, ce qui est un effet inattendu de la constitution d'un langage, d'indicateurs et d'un nouveau champ, un problème propre à toute situation de ce genre (*Ibid.*, p. 125-126). La population visée elle-même explique le problème, car elle est éclatée, désocialisée par la situation et précaire (*Ibid.*, p. 126-127).

dans la réalité valide leur thèse et en participant eux-mêmes à produire l'effet voulu<sup>2786</sup>. De même, alors qu'un juge à l'activisme de dispositifs plutôt que des droits est aisément associé à la démocratie délibérative et participative, une double limite est rarement évoquée par la littérature. La première tient au rôle que garde le juge dans le contentieux constitutionnel de l'annulation. Les réflexions sur le dialogue font un pas de côté par rapport à une théorie constitutionnelle classique selon laquelle le juge constitutionnel interprète les dispositions constitutionnelles et prend des mesures fortes comme l'annulation pour garantir son application. Le paradoxe est que les éléments qui plaident pour un pouvoir diminué du juge au sein d'un dialogue constitutionnel peuvent se traduire par un juge plus interventionniste, au contentieux plus sophistiqué voire plus intrusif dans les politiques publiques.

Lorsque Rosalind Dixon estime que le juge constitutionnel dialogique est légitime à combler les lacunes du processus politique, on ne peut que penser à la distinction ténue que faisait Hans Kelsen entre une lacune technique, s'il manque par exemple un acte d'application, ce qui serait aisé à combler, et une lacune axiologique, invoquée au soutien d'un discours doctrinal prescriptif, de manière à estimer que le droit tel qu'édicte par les autorités habilitées est en décalage par rapport à des valeurs plus fondamentales<sup>2787</sup>. À l'inverse, les situations de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, les deux autres options de la nouvelle forme de justice constitutionnelle propre au Commonwealth, relèvent-elles véritablement de la justice constitutionnelle que les auteurs d'un constitutionnalisme coopératif veulent sauver, et non de l'approche des tenants d'une garantie de la Constitution par les pouvoirs politiques seuls, puisque le juge n'a pas de moyens de contrainte sur eux<sup>2788</sup> ? Est-on réellement face à une forme faible de justice constitutionnelle lorsque le dialogue dépend du choix que fait le juge d'être « déférent », comme l'a proposé Rosalind Dixon ailleurs<sup>2789</sup> ? Au Canada notamment, la Cour suprême qui a donné lieu à la première formulation de la notion de dialogue est en réalité devenue une Cour doublement forte au sens de Tushnet. Ce dernier admettait d'ailleurs que la forme faible évolue vers une forme forte avec le temps, nuancant la valeur descriptive de son approche<sup>2790</sup>. Plus encore, la métaphore du dialogue a pu jouer un rôle de

---

<sup>2786</sup> Ainsi dès la présentation de leur méthode César Rodríguez-Garavito et Diana Rodríguez-Franco semblent présupposer l'effet des décisions : « *We thus focus on particularly visible and ambitious courts interventions. In stepping into the fray of core distributional debates, courts contribute not only to defining the contours of legal and economic systems, but also to the fate of literally millions of citizens whose basic material conditions of life are at stake. It is through this type of structural cases that radical deprivation is brought to trial.* » (*Ibid.*, p. 6).

<sup>2787</sup> H. KELSEN, « On the theory of interpretation (1934) », *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 127-135, p. 133-135.

<sup>2788</sup> Pour une présentation plutôt favorable au dialogisme, voir S. GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *op. cit.* note 16

<sup>2789</sup> R. DIXON, « Constitutional 'Dialogue' and Deference », in G. SIGALET, G. WEBBER, R. DIXON (dir.), *Constitutional dialogue*, Cambridge University Press, 2019, p. 409-424.

<sup>2790</sup> M. TUSHNET, *Weak courts, strong rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, *op. cit.* note 17, p. 43s, qui s'appuie notamment sur l'exemple canadien.

légitimation et de justification du rôle acquis par la Cour suprême après l'adoption de la Charte des droits et libertés, contestée par la province du Québec pour la centralisation qu'elle opérait entre les mains de juges anglophones : le dialogue serait une forme plus aboutie que le *Liberal legalism* des principes juridiques qui n'étaient pas bien ancrés dans la culture juridique canadienne qui ne connaissait jusqu'alors pas de contrôle de constitutionnalité<sup>2791</sup>. C'est d'ailleurs sur l'exemple canadien que s'appuie Ran Hirschl pour noter le rôle que jouent les cours constitutionnelles dans la garantie de droits en danger dans les rapports de force électoraux, ici la langue anglophone de la fédération face à l'indépendantisme québécois<sup>2792</sup>.

La seconde limite tenant à l'approche dialogique tient à la place que le juge occupe dans son propre discours. Dennis Davis écrivait en 1992 que l'inclusion de droits sociaux dans la Constitution « élevait les juges au rôle d'ingénieurs sociaux, concentrait le pouvoir au centre de l'État et ainsi érodait l'influence de la société civile<sup>2793</sup> ». De fait, le projet constituant de 1996 accommodait deux intérêts contradictoires dans la centralisation voulue par l'ANC et la décentralisation provinciale voulue et obtenue par le National party : la Cour constitutionnelle se trouve prise dans cette contradiction en élaborant son discours des droits au niveau national, même si son rôle a aussi été d'arbitrer entre les niveaux de gouvernance<sup>2794</sup>. La difficulté est que le juge exprime une parole qui dépend de postulats présentés comme normatifs et donc universels, peu ouverts, en réalité, à la discussion. Jürgen Habermas lui-même mettait en garde contre l'extension au juge d'une telle rationalité, contre Robert Alexy, puisqu'il ne s'agit alors que d'une délibération contenue à un petit cénacle et dotée d'une expressivité axiologique<sup>2795</sup>. Habermas visait en réalité le tribunal fédéral Allemand, conçu comme « une instance arbitraire<sup>2796</sup> » : les pratiques discursives des cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud sont-elles différentes et plus respectueuses de la formation de la légitimité par le discours ? Si l'on suit Habermas, ce qui fait sens lorsque l'on considère les références nombreuses à la démocratie délibérative dans le constitutionnalisme, les juridictions doivent être soumises à un double contrôle :

La première est celle selon laquelle la discussion juridique ne peut pas se mouvoir d'une manière autosuffisante dans l'univers du droit en vigueur s'il est hermétiquement clos, elle doit au contraire

---

<sup>2791</sup> Voir A. PETER, « Twenty Years of Charter Justification : From Liberal Legalism to Dubious Dialogue », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 52, 2003, p. 152-187. A. PETER, « Taking Dialogue Theory Much too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing after all) », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, 2007, p. 147-168.

<sup>2792</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §2.

<sup>2793</sup> D. DAVIS, « The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles », *South African Journal of Human Rights*, vol. 8, 1992, p. 475-490, p. 489 : « it elevates judges to the role of social engineers, concentrates power at the centre of the state and consequently erodes the influence of civil society. »

<sup>2794</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>2795</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §2, B., 1.

<sup>2796</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.* note 3, p. 182.

rester ouverte aux arguments d'une autre provenance, et en particulière aux raisons pragmatiques, éthiques et morales que le processus législatif fait ressortir et qui sont intriquées dans la prétention des normes à la légitimité. La seconde est celle selon laquelle la justice des décisions juridiques se mesure en dernière instance à la manière dont sont remplies les conditions communicationnelles de l'argumentation rendant possible une formation impartiale du jugement.<sup>2797</sup>

En définitive,

La légitimité des normes juridiques se mesure, si l'on prend pour base la théorie procédurale, à la rationalité de la procédure démocratique à l'œuvre dans la législation politique.<sup>2798</sup>

L'approche communicationnelle ne se confond pas avec une étude discursive, puisque le discours dépasse la communication et envisage autant les conditions de vérité des énoncés judiciaires par le juge lui-même que ceux de ses observateurs et des juges qui écrivent comme observateurs. En revanche, la double condition posée par Habermas à l'examen de la légitimité de la justice constitutionnelle pose une question particulière aux dispositifs déployés par l'activisme. Comment celui-ci peut être délibératif et non, comme dans le constitutionnalisme traditionnel et libéral, l'imposition de solutions ? Comment peut-il être mesuré d'une manière qui s'intéresse à l'activisme comme militantisme et non comme résultat décisionnel<sup>2799</sup> ?

## 2. Une limite d'ordre juridique ou institutionnel

Une limite d'ordre juridique ou institutionnel à l'action judiciaire structurelle tient au rôle du juge. Un suivi complexe comme celui qu'opère la Cour constitutionnelle de Colombie permet au juge d'influer sur les pouvoirs publics et peser dans le débat public dans la durée, notamment en redéfinissant les termes de ce débat dans le sens de la normativité des demandes politiques et sociales. Mais le rôle normatif du juge, identique à celui qui l'avait vu élaborer un concept de droits sociaux<sup>2800</sup> et leur justiciabilité<sup>2801</sup> est redoublé par une intervention qui peut renforcer le procès en illégitimité, puisque le juge devient l'acteur des politiques publiques. Le discours des droits présente en effet la difficulté, à laquelle le constitutionnalisme colombien n'échappe pas, de ramener vers le réel un idéal jamais tout à fait réalisé, produisant alors, de fait, une image déformante de la garantie des droits réduite à quelques affaires clés. Le risque est alors de produire une symbolique juridique

---

<sup>2797</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>2798</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>2799</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §4.

<sup>2800</sup> Voir *supra*, chapitre 4.

<sup>2801</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

qui dévoile voire masque la réalité sociale<sup>2802</sup>, tout en élaborant le discours de vérité que dénonçait Habermas<sup>2803</sup> en ramenant à l'*imperium* du juge le contenu axiologique de l'espace discursif. En effet, le juge s'insère peut-être dans une délibération sur les valeurs communes et les biens sociaux importants, mais il n'en reste pas moins qu'il les définit et les impose, surtout lorsqu'il suit la mise en œuvre des politiques publiques.

Les modalités de l'intervention du juge sont cependant progressives, y compris dans le cas colombien, si bien que le procès est partiellement exagéré. En revanche, les dispositifs de suivi sont une charge particulièrement lourde pour les services judiciaires ou pour les parties. Même dans les affaires où la Cour sud-africaine oblige à une implication significative des parties lors d'une expulsion, assumant un rôle de médiation, un tel processus repose avant tout sur l'action des organisations de défense des droits et l'on peut douter qu'elles puissent prendre en charge un grand nombre d'affaires<sup>2804</sup>. Or, du point de vue d'une juridiction qui assume un suivi comme la Cour constitutionnelle de Colombie, la situation de violations multiples des droits rend un tel suivi inarrêtable par définition<sup>2805</sup>, sauf à dire que le problème est tout à fait résolu. La Cour constitutionnelle de Colombie a ainsi pu être saisie de l'exécution de sa décision de 1998 qui avait déclaré l'état de faits inconstitutionnel en matière de surpopulation carcérale<sup>2806</sup> et déclarer qu'elle n'était pas compétente pour « l'exécution d'un arrêt datant du siècle dernier (et) partiellement exécuté », mais qu'une nouvelle situation de droit émergeait du fait que la cause d'un problème

---

<sup>2802</sup> Comme le note Carlos Bernal Pulido, « les tribunaux activistes peuvent prendre des décisions chimériques ou inappropriées. L'impossibilité de se conformer à de telles décisions peut susciter la méfiance des citoyens à l'égard des institutions étatiques, y compris la justice constitutionnelle. Elles ne peuvent produire que des effets symboliques qui masquent des problèmes économiques et sociaux profondément enracinés. » (C. BERNAL PULIDO, « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *op. cit.* note 241, p. 63-64).

<sup>2803</sup> Voir *supra*.

<sup>2804</sup> K. TISSINGTON, « Challenging inner city evictions before the Constitution Court of South Africa : The Occupiers of 51 Olivier Road case in Johannesburg, South Africa », *Housing and ESC Rights Law Quarterly*, vol. 5, n° 2, 2008, p. 3-6, p. 6 : « The question remains as to how this intensive process can be replicated on a large-scale in the inner city, as well as elsewhere in South Africa, taking into consideration that the reason this case has come so far is because of a dedicated and capacitated pro bono legal team and a progressive judgement from the Constitutional Court. ». Dans l'affaire 51, *Olivier Road*, comme dans beaucoup d'autres du centre de Johannesburg, le CALS assistait les requérants et accompagnait les échanges.

<sup>2805</sup> C.R. GARAVITO, D.R. FRANCO, *Radical Deprivation on Trial*, *op. cit.* note 35, p. 196-198.

<sup>2806</sup> CCC, T-153/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz).

similaire était différente<sup>2807</sup>. Cela revient à reproduire la jurisprudence hors de la seule exécution d'une décision. On se retrouve alors face à la difficulté de considérer les droits sociaux comme des idéaux constitutionnels susceptibles de réalisation progressive, car l'on risque alors soit de les dévaluer par une réalisation constamment incomplète, soit de maintenir une utopie loin des réalités sociales<sup>2808</sup>.

Face à la double critique qui peut être opposée à l'efficacité de l'intervention judiciaire et notamment celle du type de ses deux grandes décisions des années 2000 sur les personnes déplacées et sur la santé, la Cour constitutionnelle de Colombie a bifurqué vers un autre modèle dans les années 2010, à l'aune des renouvellement de sa composition<sup>2809</sup>. Une décision de 2019 amorce ce tournant vers des injonctions précises en les reliant au suivi de l'exécution. En se fondant sur la dignité, sur les droits reproductifs et sur la riche jurisprudence de la Cour relative aux personnes vivant dans la rue et à la pluralité des projets de vie<sup>2810</sup>, la Cour ordonne alors la mise en place d'une politique publique par les différentes autorités de la ville de Bogota afin de fournir à chaque femme sans abri des protections hygiéniques gratuites<sup>2811</sup>. En défense, la municipalité et le ministère de la santé estimaient que les protections hygiéniques ne relevaient pas des soins qu'ils devaient apporter. La Cour exhorte sans l'ordonner à toutes les autorités locales de réviser leurs politiques relatives aux personnes vivant dans la rue afin d'inclure la fourniture gratuite de protections hygiéniques<sup>2812</sup>.

---

<sup>2807</sup> CCC, T-388/13 (Maria Victoria Calle Correa), la cause n'étant pas un abandon des prisons qu'un ensemble de problèmes sociaux, malgré les investissements notables réalisés par les pouvoirs publics, justifiant un nouvel état de faits inconstitutionnel selon la Cour, §7. Ainsi, « *Aunque el Estado tomó importantes medidas en tal sentido y aunque el problema principal estudiado y tutelado en aquella ocasión (el hacinamiento) parecía estar siendo controlado, las violaciones a los derechos fundamentales continuaron y, ahora, han llegado a niveles históricos. Buena parte de los problemas que se presentan se diagnosticaron hace décadas y las soluciones también han sido planteadas de forma reiterada; no obstante, las omisiones institucionales para implementarlas han sido igualmente reiterada.* » (§7.2.2). On notera le grand nombre de tableaux et graphiques reproduits par la Cour à partir des données fournies par la société civile à l'occasion des requêtes et interventions afin de justifier un tel choix. La décision fait en outre référence à la décision T-025/04 pour déterminer un tel état, §4.1.5.

En 2015, la Cour poursuit l'état de choses inconstitutionnel déclaré en 2013 sur le même problème en ciblant cette fois-ci l'inadéquation entre la situation pénitentiaire et les dispositions législatives adoptées en matière pénale, marquées par un « *populisme punitif* » et « *inconsequente, populiste, irréflective, incobérente et sécuritaire* », CCC, T-762/15 (Gloria Stella Ortiz Delgado), §33 et 67. Puis, s'appuyant sur la mise en œuvre graduelle évoquée par la décision de 2013, la Cour analyse en détails la politique carcérale à l'aide de nombreuses données, §67s.

<sup>2808</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §1.

<sup>2809</sup> C'est-à-dire avec le départ des juges activistes comme Eduardo Cifuentes Muñoz et Manuel Cepeda Espinosa, qui ont respectivement inventé l'état de fait inconstitutionnel et le suivi de l'exécution des décisions, voir *supra*, chapitre 6, section 2.

<sup>2810</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §2, A., 4.

<sup>2811</sup> CCC, T-398/19 (Alberto Rojas Ríos), §308-311.

<sup>2812</sup> *Ibid.*, §312-313, voir notamment l'injonction :

« CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá, D. C., y a la Secretaría de Integración Social de Bogotá, D. C., que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la comunicación de la presente providencia, lideren y diseñen de manera coordinada, en el marco de sus competencias y en colaboración armónica con las entidades del Distrito implicadas, la política pública territorial en materia de manejo de higiene menstrual para todas las habitantes de calle, teniendo en cuenta lo señalado en la presente providencia.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá, D. C., que, en un plazo no superior a los dos (2) meses siguientes a la comunicación de la presente providencia, implemente un plan de contingencia, que comprenda acciones concretas para suministrar los insumos absorbentes idóneos para la higiene menstrual a favor de las integrantes de la población de mujeres en habitación de



La décision étudie longuement la situation des personnes vivant dans la rue de la capitale à partir des informations fournies par les pouvoirs publics et par les rapports fournis par des ONG<sup>2813</sup>. Ce sont alors deux traits qui facilitent le suivi de l'exécution mis en place par la Cour. D'une part, le bien social est aisé à distribuer et comptabiliser<sup>2814</sup>. D'autre part, ce sont peu de bénéficiaires qui sont concernés : quelques milliers d'après la Cour elle-même<sup>2815</sup>. Ce type d'intervention marque alors une manière plus souple de produire des effets eux-mêmes plus aisés à mesurer. On quitte en revanche le domaine des grandes questions éthiques et politiques de la nation, mais celles-ci avaient déjà été résolues par les décisions des années 1990 et 2000. C'est alors une évolution de la jurisprudence au sein d'un espace discursif dessiné par elle.

## B. L'ouverture du juge à la société

Outre la considération des effets, les juges constitutionnels colombiens (1) et sud-africains (2) donnent à voir un discours d'ouverture à la société, en lien avec les demandes médiatisées par les mouvements sociaux, qui présente une certaine approche des effets du contentieux sur la réalité sociale.

### 1. En Colombie, l'influence du mouvement Droit et société

La voie contentieuse peut reproduire un phénomène conçu, plus théoriquement, comme une fonction des droits fondamentaux. Puisque leur réclamation vise à attribuer des biens sociaux, portant l'idée que l'État les accorde aux individus plus qu'ils y ont droit en tant qu'une obligation pesant sur la collectivité<sup>2816</sup>, ils peuvent également permettre le maintien des biens sociaux dont disposent déjà des personnes privilégiées. Dans sa décision T-760/08, la Cour constitutionnelle cherche à résoudre le problème structurel qui a été mis au jour par le nombre de demandes. Si la décision élabore une série de critères opposables à l'administration et aux juges ordinaires, la juridiction a néanmoins choisi d'étendre l'accès aux soins de manière casuistique plutôt qu'en visant les politiques publiques<sup>2817</sup>. L'approche est différente de celle de la décision T-025/04 rédigée par le

---

*calles, mediante un sistema de registro adecuado sobre la elección de los elementos necesarios para la mencionada higiene menstrual y el control individualizado de entregas, teniendo en cuenta lo señalado en la presente providencia. »*

<sup>2813</sup> *Ibid.*, §254-284, voir notamment le sixième point de l'injonction : « *SEXTO.- EXHORTAR a los entes territoriales, en los cuales vivan mujeres en situación de habitación de calle, a revisar y diseñar o actualizar sus políticas públicas en materia de gestión de la higiene menstrual conforme a los criterios establecidos en la presente decisión, dentro de las competencias de los entes territoriales establecidas en la Constitución Política y la Ley. »*

<sup>2814</sup> La Cour elle-même envisage les différentes manières de répondre à la précarité menstruelle, *ibid.*, §301-307, pour retenir les protections hygiéniques parmi d'autres mesures de soin et d'éducation des personnes à la santé menstruelle des femmes, mais sans produire d'injonction à cet égard.

<sup>2815</sup> *Ibid.*, §301s.

<sup>2816</sup> P. GABEL, « The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves », *Texas Law Review*, vol. 62, n° 8, 1984, p. 1563-1599.

<sup>2817</sup> La Cour a ultérieurement justifié ce choix en estimant qu'il n'était pas de son rôle de juger du système du POS, CCC, C-252/10 (Jorge Ivan Palacio Palacio).

même juge, Manuel José Cepeda Espinosa, qui elle a visé à produire des effets dans les politiques publiques relatives aux déplacés ; il faut dire qu'elles étaient jugées inexistantes par la Cour elle-même. Or, en s'en remettant aux affaires en matière de santé sans les lier aux ressources, puis sans évoquer la position sociale même des requérants, la Cour s'éloigne alors paradoxalement du souci originel de sa jurisprudence pour les plus démunis<sup>2818</sup>. La hausse spectaculaire du nombre de *tutelas* dans les années 2000 a été associée à un élargissement conceptuel de la notion de droits fondamentaux et l'abandon d'une rhétorique dramatique pour un traitement plus systématique des demandes : un effet de ce phénomène a été une saisine principalement réalisée par les classes moyennes<sup>2819</sup>. Une telle critique peut être rapprochée de celle d'un individualisme des droits sociaux, en ce que la réclamation individuelle au cœur des litiges peut sembler antinomique avec une approche structurelle des problèmes sociaux, mais elle n'entretient pas de lien nécessaire avec une conception des droits comme des seuils minimums. Ce changement de focale est-il néanmoins porteur d'une nouvelle relation du juge à l'effectivité de sa jurisprudence ?

Parallèlement, la Cour répondait dans son contrôle abstrait aux demandes relatives au système de prêt au logement *UPAC* et au gel des salaires de la fonction publique, c'est-à-dire deux affaires qui concernaient des demandes des classes moyennes face à la crise économique de 1999, mais restait laconique sur l'État social de droit et excluait<sup>2820</sup>. David Landau a qualifié ces jurisprudences de « moment populiste » de la Cour<sup>2821</sup>. L'économiste Salomon Kalmonovitz a dénoncé le choix des experts entendus lors des audiences de la décision *UPAC* comme ceux d'une école de pensée particulière, favorable aux classes moyennes plutôt qu'aux plus démunis, du fait qu'elle vise surtout la capitalisation des intérêts pour les prêts du logement formel et en propriété<sup>2822</sup>. La décision fait face à la critique commune d'un magistrat connu pour ses positions sociales, Eduardo Cifuentes Muñoz, et d'un magistrat conservateur, Vladimiro Naranjo Mesa : ils estiment tous deux que la Cour profite de la pression populaire pour intervenir dans le débat public en censurant un décret qui ne faisait que reproduire une politique antérieure, sans considérer la complexité de la situation<sup>2823</sup>. Peu de temps après, dans des décisions rédigées par Manuel José

---

<sup>2818</sup> Rodrigo Uprimny justifie normativement ce choix en insistant sur une morale déontique qui devrait amener le juge à accorder les demandes fondées sur le droit à la santé, quand bien même il se dit conscient de la difficulté utilitariste représentée par le coût du contentieux pour l'État mais aussi d'éventuels autres justiciables et usagers, voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B., 1.

<sup>2819</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §1, B., 1.

<sup>2820</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 2.

<sup>2821</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, thèse dactylographiée, Université de Harvard, 2015, p. 259. Comme le note l'auteur, p. 266, l'éditorial du journal *La Semana* évoque un populisme mais également « la dictature de la Cour ». David Landau note que trois membres de la Cour ont tenté une carrière politique en s'appuyant sur cette décision dans les années qui ont suivi, p. 267. Voir également la réaction très hostile de la presse à la décision sur le gel des salaires de la fonction publique, p. 269.

<sup>2822</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>2823</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 2.

Cepeda Espinosa, la Cour invalide le gel des salaires des agents publics mieux lotis ; la Cour censure la hausse de la TVA sur les biens de première nécessité, poursuivant alors son exposition médiatique et politique.<sup>2824</sup> Un exemple emblématique est le travail doctrinal qui aboutit à la décision de la Cour étendant aux personnes de même sexe le bénéfice du mariage sous la forme d'une union de fait<sup>2825</sup>, malgré les divisions internes à la juridiction<sup>2826</sup>. Un groupe d'auteurs proches de l'université Los Andes, comme Daniel Bonilla Maldonado ou Esteban Restrepo, de DeJusticia et de l'ONG Colombia Diversa, ont produit de nombreuses contributions. On trouve également celles des anciens membres de la Cour Rodrigo Uprimny et Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>2827</sup>. L'auteur de la décision Rodrigo Escobar Gil était pourtant connu comme proche du parti conservateur<sup>2828</sup>, mais il a pu déclarer dans la presse, par la suite, qu'il ne s'agissait que de reconnaître une « réalité sociale »<sup>2829</sup>. Quatre ans plus tard, la Cour enjoignait le Congrès à étendre le mariage aux personnes de même sexe dans la célèbre décision C-577/11, avec une grande attention publique et une foule devant le bâtiment de la Cour, place Bolivar, à Bogotá.

Manuel José Cepeda Espinosa est revenu sur le lien entre son expérience de constituant, celle de juge et ses influences théoriques dans un texte publié en 2019. Après des études de droit à l'université de Los Andes, le jeune juriste colombien a eu l'occasion d'étudier à l'université de Georgetown aux États-Unis, où il raconte une expérience qui l'a changé, découvrant des enseignements qui lient le droit à la société, aux dynamiques partisanes et aux débats idéologiques, ainsi que le pouvoir des juges et les travaux sur le *judicial behavior*<sup>2830</sup>. Il écrit son mémoire sur le droit, la politique et la justice constitutionnelle en s'inspirant notamment de John Ely sur la manière dont la justice constitutionnelle peut se comprendre comme une réaction aux dysfonctionnements du pouvoir politique<sup>2831</sup>. Il se dit également influencé par l'ouvrage *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* publié par Philip Selznick et Philippe Nonet en 1978<sup>2832</sup>, référence du mouvement du même nom, et dont Cepeda reprend le terme *responsive law* pour qualifier le concept du droit qu'il forme alors – qu'il dit inspiré également des *Critical legal studies* et du réalisme américain. L'idée qu'il

---

<sup>2824</sup> *Ibid.*

<sup>2825</sup> CCC, C-075/07 (Rodrigo Escobar Gil).

<sup>2826</sup> Voir *supra*, A., 2., a.

<sup>2827</sup> Colombia Diversa - Universidad de Los Andes, *Parejas del mismo sexo : el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07, 2008*, l'introduction de Daniel Bonilla Maldonado pour l'historique de ce travail, p. 11-40, et la reproduction des interventions, p. 143s.

<sup>2828</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 327, p. 197.

<sup>2829</sup> Anonyme, « Es un reconocimiento de una realidad social: Escobar », *El Tiempo*, 9 février 2007, en ligne <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2383443> (consulté le 20 avril 2023)

<sup>2830</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2019, p. 21-40, p. 22s.

<sup>2831</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>2832</sup> P. SELZNICK, P. NONET, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper and Row, 1978

en retient est que le droit ne vise pas à assurer ou légitimer l'ordre mais forme un instrument en vue du changement social et institutionnel. Le juriste dit alors

[...] découvrir au-delà du plaisir d'étudier la relation entre droit et sociologie, science politique, économie, que le droit peut poursuivre des finalités concrètes, qui lui donnent la capacité non seulement de s'adapter et de se corriger lui-même mais de transformer la société.<sup>2833</sup>

Cepeda estime avoir persuadé le président Gaviria de donner vie à cette conception du droit constitutionnel colombien lorsqu'il s'est agi en 1990 de proposer un projet de texte à la constituante et qui marque, pour Cepeda, la fin du formalisme qui avait alors prévalu dans le pays<sup>2834</sup>. Si la jurisprudence s'est engagée dès 1992 dans une voie conceptuelle et discursive que n'envisageaient sans doute ni le président ni son conseiller, ce n'était que l'une des interprétations d'un rôle qu'ils avaient voulu donner à la juridiction. Manuel José Cepeda Espinosa détaille les dispositifs qu'il a lui-même inclus dans le projet de Constitution et qui ont été adoptés par la constituante relativement à la Cour constitutionnelle. La nouvelle juridiction était pour lui le vecteur indispensable de la nouvelle vision du droit qu'il voulait insuffler au pays<sup>2835</sup>. Le juriste conçoit alors la *tutela* comme ce « pont entre le droit et la réalité » qui permet selon lui de changer la réalité quotidienne des colombiens<sup>2836</sup>. Cepeda raconte notamment comment, avec une équipe de conseillers de la présidence, il a rédigé le règlement de procédure du recours direct en lisant les exemples latinoaméricains, espagnol, américain et allemand de manière que la *tutela* puisse servir d'instrument au changement social<sup>2837</sup>. Il rédige également les règles de procédures de la Cour afin qu'elle puisse décider d'elle-même comment organiser ses activités et son fonctionnement, tout en faisant en sorte qu'elle devienne un forum où s'exerce la participation citoyenne<sup>2838</sup>.

Manuel José Cepeda Espinosa a également été membre de la Cour : il a alors pu mettre en œuvre le concept de droit qui l'avait déjà largement inspiré lorsqu'il avait rédigé le projet de constitution dix ans auparavant. L'ancien juge exprime en 2019 la manière dont il a cherché à marquer le raisonnement de la Cour de ses propres influences. La place de l'expertise dans une

---

<sup>2833</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 336, p. 23 : « [...] it showed me that, beyond the pleasure of studying academically the relationship between law and sociology, political science, economics, or other social science, law could be guided by concrete purposes, which gave it the ability not only to adapt and correct itself but to transform society. »

<sup>2834</sup> *Ibid.*, p. 27 : « I suggested to President Gaviria that a new Constitution was also an opportunity to overcome legal formalism and move in the direction of a type of law that was more in tune with the evolution of Colombian society and the challenges that the country had to face at the time. Needless to say, he was delighted with the idea. A decision was made to put the need for this new type of law on the political agenda. The government had given hints of the need for this new type of law even before the new Constitution entered into force. In the general debate at the constituent assembly, when defending the importance of creating a Constitutional Court and Tutela to give life to the future bill of rights, the president's speech expressly addressed the need for law to be oriented toward substantive justice. »

<sup>2835</sup> *Ibid.*, p. 28s.

<sup>2836</sup> Voir *supra*, note 2277.

<sup>2837</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 336, p. 29.

<sup>2838</sup> *Ibid.*

approche contextuelle du droit l'interpelle, lui qui a étudié les sciences sociales, et exige de mobiliser selon lui une « une règle non-écrite de transparence », afin de « mettre en évidence les points de consensus du diagnostic social et économique du problème qui se pose à elle, tout autant que les divergences »<sup>2839</sup>. En particulier, lors des délibérés, face à des juges qu'il dit moins intéressés par la théorie du droit que lui, Manuel José Cepeda Espinosa raconte avoir découvert un rôle particulier de l'émotion, qui l'amène à se départir d'une approche qu'il dit rationnelle et qu'il assume avoir tirée de ses lectures de la littérature sur le *judicial behavior* : il doit alors persuader qu'il est sincère<sup>2840</sup>. Le juge explique notamment comment il est parvenu, face à la crise économique, face aux dispositions relatives à la désindexation des salaires publics sur l'inflation et à la hausse de la TVA, à ce que la juridiction ne donne pas un quitus au système mis en place par le gouvernement sans tout à fait accorder les demandes, c'est-à-dire en laissant ses décisions ouvertes au « contexte » et attachées aux effets particuliers des dispositifs en cause<sup>2841</sup>.

De même, le juge Cepeda a conçu sa décision T-025/04 sur les populations déplacées comme « un hommage aux juristes réalistes » en s'intéressant à l'effectivité de la norme pour essayer d'apporter une réponse juridique au problème<sup>2842</sup>. La construction du dispositif et de l'exécution suivie de la décision marque particulièrement ce souci, comme la réponse « attentive » aux différentes demandes de fait formulées par les nombreuses *tutela*, relativement à la nourriture, à l'état de santé, et cela pour chaque « segment » de population affectée<sup>2843</sup>. De même, le débat public suscité, le rôle accru donné à la société civile et les « discussions constructives avec le gouvernement sur les politiques publiques » semblent motiver la décision judiciaire<sup>2844</sup>, avant toute construction normative. La décision T-760/08 illustre le rapport particulier aux pouvoirs publics qu'élabore alors

---

<sup>2839</sup> *Ibid.*, p. 32 : « *My precarious knowledge of the social sciences sounded an alarm. During my service as a justice, I encouraged the court to abstain from becoming a designer of public policies or an arbitrator of controversies among economists, sociologists, anthropologists, psychologists, environmental-ists, or political scientists. I also promoted the application of an unwritten rule of transparency according to which it is necessary to start from the points of consensus shared by the different diagnoses of the social or economic problem and highlight the points of divergence.* »

<sup>2840</sup> *Ibid.*, p. 33 : « *I applied some strategies, as simple as tit for tat. But soon my experience during the debates in the plenary sessions made me skeptical of a merely rational approach. Legal arguments can be persuasive only in an emotional environment conducive to them being not only heard but received by the interlocutor. For example, to be able to persuade, in addition to showing respect for the content and value of divergent positions, the interlocutor must know that I am sincerely truly open to being persuaded.* »

<sup>2841</sup> *Ibid.*, p. 34 : « *The court framed the reasoning and the remedy in a way that is not categorical but instead is sensitive to context and responsive to the changes in such a context. Thus, the court's holding turns on very specific elements, such as the availability of compensatory measures for low-income persons affected by the broadening of the tax base, the high rates of tax evasion, or the percentage of the poor affected by the tax reform.* »

<sup>2842</sup> *Ibid.*, p. 35 : « *I make a confession in homage to legal realists, who advocated for "law responsive to social needs," according to Jerome Frank and other realists I enjoyed reading and who Selznick acknowledges were precursors of responsive law (Nonet & Selznick 1978, p. 73). A determining factor for me in dealing with this issue was a question that my six-year-old daughter asked me when we stopped at the same traffic light and saw again the same mother accompanied by three skinny and sad children asking for alms, holding a piece of paper that read, "I am a displaced widow with three children." My daughter asked me, what can you as a judge do for the displaced? I spent a year trying to answer that question, which gave me an ethical shudder.* »

<sup>2843</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>2844</sup> *Ibid.*, p. 36.

la Cour : celui d'un activisme précis, proche des politiques publiques, mais de grande ampleur face à des problèmes jugés structurels. Il est particulièrement intéressant que le magistrat auxiliaire qui rédige la décision T-760/08 avec Manuel José Cepeda Espinosa ait déclaré en entretien que la juridiction faisait alors office à la fois de Cour Warren, selon l'ère activiste de la Cour suprême des États-Unis, et d'organisation de défense des droits sur le modèle de celles des droits civiques<sup>2845</sup>, tandis que Manuel José Cepeda a déclaré qu'il s'était inspiré, pour la décision T-025/04, de la décision *Brown v. Education* de la Cour suprême des États-Unis<sup>2846</sup>.

L'élément le plus déterminant du récit de Manuel José Cepeda Espinosa est sans doute la contradiction ou la tension qui s'exprime par les influences qu'il donne. On lit chez lui des références du mouvement *Law and society* et des *Critical legal studies* et une admiration pour Ronald Dworkin : le droit est vu comme un lien avec la société, un instrument du changement social et une autonomie morale du juridique. Dès lors,

Le *responsive law* est du droit, pas de la politique. [...] La distinction continue de prédominer en Colombie, et pas dans un sens naïf. La marge d'interprétation de la Cour constitutionnelle est reconnue mais acceptée comme une composante de ce qu'est le droit. Néanmoins, on s'attend à ce que les arguments de la Cour constitutionnelle soient fondés sur des principes constitutionnels dérivés de sources juridiques objectives ; les opinions purement personnelles ne sont pas des motifs légitimes de justification ; les procédures légales doivent être suivies ; les points de vue contradictoires doivent avoir une possibilité de s'exprimer équitablement au cours de la procédure judiciaire ; les recours ne peuvent pas redéfinir les politiques publiques ; la délibération au sein de la Cour peut conduire à la persuasion mais non à des pressions extérieures ; le rôle du juge constitutionnel est d'interpréter la Constitution de manière impartiale et indépendante sans prendre parti dans les débats politiques ; la cour est un forum de la raison et non de la volonté ou de la passion ; le droit constitutionnel doit rendre la justice et non un compromis négocié d'intérêts contradictoires, etc.<sup>2847</sup>

---

<sup>2845</sup> A. YAMIN, O. PARRA-VERA, « Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates », *op. cit.* note 194, p. 445.

<sup>2846</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 327, p. 215 (entretien avec l'auteur).

<sup>2847</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 336, p. 38 : « *Responsive law is law, not politics. (...) The distinction continues to predominate in Colombia, and not in a naïve sense. The margin of interpretation of the Constitutional Court is recognized but accepted as a component of what law is. Nevertheless, the arguments of the Constitutional Court are expected to be based on constitutional principles derived from objective legal sources; naked personal opinions are excluded as legitimate grounds of justification; legal procedures should be followed; conflicting points of view should have a fair opportunity to express themselves during the judicial process; judicial remedies cannot redesign public policies; deliberation within the court may lead to persuasion and not external pressures; the role of the constitutional judge is to impartially and independently interpret the Constitution without taking sides in political debates; the court is a forum of reason, not will or passion; constitutional law should deliver justice, not a negotiated compromise of conflicting interests, etc.* »

Pour autant,

la mission de la Cour est de donner vie à la Constitution et, ce faisant, de générer des transformations sociales et politiques qui réduisent l'écart entre les promesses constitutionnelles et la vie réelle. Le préambule de la Constitution indique expressément que son but est de créer un 'ordre social juste', feront remarquer la plupart des juges.<sup>2848</sup>

La liste est contestable en plusieurs de ses points dans la perspective même des influences et du concept de droit mis en avant par Manuel José Cepeda Espinosa. Les sources juridiques objectives sont-elles le texte ou l'élaboration par la Cour de la notion de droits fondamentaux, que les trois juges de Los Andes assument comme une création ? En quoi et comment les opinions purement personnelles se distinguent-elles des opinions judiciaires ? Les recours ne définissent-ils pas les politiques publiques lorsqu'ils mènent à l'examen de celles-ci et à des dispositifs contraignants ? Il y a dans ses explications rétrospectives mais également dans les opinions du juge Cepeda une limitation du rôle qui amène à concevoir finalement assez traditionnellement une distinction entre droit et politique. L'inspiration assumée de la théorie critique vient alors nourrir l'affaiblissement de leur aspect radical, sans aller jusqu'à envisager l'activisme ou les droits comme une production de la Cour plutôt que l'application d'un droit autonome, même si celui-ci est relié à la société ou au politique.

Dans l'affaire *UPAC*, la Cour fait appel lors d'audiences publiques à une vingtaine d'économistes et experts<sup>2849</sup>, alors qu'une mobilisation sociale s'était constituée autour des mesures prises par les pouvoirs publics durant la crise en 1999 et 2000, en visant notamment à adresser des *tutelas* au système judiciaire et des interventions dans les procédures de contrôle *a priori*<sup>2850</sup>. Des manifestations importantes surviennent devant le bâtiment de la Cour. Manuel José Cepeda Espinosa attribue le succès de cette décision, ainsi que celle sur la hausse de la TVA sur les biens de première nécessité malgré la discussions de politiques publiques clefs, à la tenue d'un débat de nature économique et à la discussion ultérieure par les économistes des arguments juridiques mobilisés par

---

<sup>2848</sup> *Ibid.*, p. 38 : « *the mission of the court is to give life to the Constitution and, in the process of doing so, to generate social and political transformations that reduce the gap between constitutional promises and real life. The Preamble of the Constitution expressly states that its purpose is to create a "just social order," most justices will remark.* »

<sup>2849</sup> CCC, C-700/99 (José Gregorio Hernández Galindo), voir la présentation §IV.

<sup>2850</sup> Voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 327, p. 209s, selon qui « *The Court's actions were not only interventionist, but also participatory* », p. 215.

la Cour<sup>2851</sup>. Que la Cour ait laissé un délai au législateur pour mettre en place un nouveau système de régulation du financement du logement a également été vu comme une co-construction de la jurisprudence<sup>2852</sup>. Mais l'audience n'est explicitement utilisée que par l'opinion dissidente rendue par Eduardo Cifuentes Muñoz et Vladimiro Naranjo Mesa, qui sont en désaccord avec la motivation technique apportée sur le fondement de la compétence pour juger inconstitutionnel le système de prêts de l'aide au logement, alors qu'une discussion plus substantielle aurait été nécessaire, selon eux, sur un sujet qui relève des organes politiques<sup>2853</sup>. Les deux juges dissidents estiment dans une section intitulée « Justice constitutionnelle et principe démocratique » que l'audience publique appelait une discussion plus substantielle en « donnant à la Cour les éléments suffisants pour un examen d'une question d'une grande complexité ». Aussi,

La Cour constitutionnelle, en tant que tribunal de la raison, si elle décide d'écouter les avis des citoyens et des autorités, après les avoir convoqués, ne peut manquer d'articuler leurs idées et leurs questions dans un discours cohérent qui répond aux questions soulevées et résout le problème juridique qui sous-tend la controverse.<sup>2854</sup>

On voit ressurgir l'élaboration conceptuelle des premières années de la jurisprudence à l'égard de l'approche plus instrumentale ou réflexive qui l'a suivie. Manuel Cepeda Espinosa a bien expliqué comment les débats ont porté sur le rôle de la Cour, la « légitimité » et la « théorie » de la justice constitutionnelle, en plus des « arguments juridiques »<sup>2855</sup>. Le juge assume, « à côté des arguments

---

<sup>2851</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 336, p. 34 : « *One unintended consequence of the decision was that several seminars between economists and lawyers were held to discuss the scope of the decision, the importance of universalizing the VAT, and the different premises of the positions prevailing in each discipline. As I write today, 25 years later, I read the news that the former president who then proposed this approach to tax reform now opposes it, as do many economists. This, despite the fact that the text of the 2018 tax reform does not challenge the ruling but rather tries to incorporate some aspects of the ratio of the judgment of the court. It is an unexpected example of the fruits of the respectful dialogue between lawyers and economists that in turn encounters an unexpected but fascinating change in political preferences produced in large part by an "old" unanimous decision of the court. The extension of the VAT to basic goods and services in the 2018 tax reform was not approved by Congress. The leaders of all parties coincided in rejecting it. Most significantly, the public debate was wide and intense, and the impact of taxing specific goods and services, such as rice and eggs, was openly discussed from the perspective not only of the expected revenues but also of the burden put on the poor and lower middle class.* »

<sup>2852</sup> Voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 327, p. 213 et *infra*, chapitre 8.

<sup>2853</sup> Voir les opinions rédigées conjointement par Vladimiro Naranjo Mesa et Eduardo Cifuentes Muñoz dans les décisions d'inconstitutionnalité CCC, C-383/99 (Alfredo Beltrán Sierra), CCC, C-700/99, *op. cit.*, et CCC, C-747/99 (Alfredo Beltrán Sierra).

<sup>2854</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Eduardo Cifuentes Muñoz et Vladimiro Naranjo Mesa, §31, « *La audiencia pública que se decretó ofreció a la Corte suficientes elementos de juicio para adelantar un examen profundo sobre un asunto de enorme complejidad y trascendencia en la vida social. No obstante el material recaudado se despreció. Creemos que este comportamiento resulta censurable. La Corte constitucional, como tribunal de la razón, si decide escuchar los planteamientos de los ciudadanos y autoridades, luego de convocarlos no puede dejar de articular sus ideas y cuestionamientos en un discurso coherente que responda a los interrogantes suscitados y dirima el problema jurídico que subyace a la controversia.* »

<sup>2855</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Responsive Constitutionalism », *op. cit.* note 336, p. 32 : « *The deliberations in the full chamber in 2001 and 2002 were as fascinating as they were intense. Sometimes we met from 9:00 am to 6:00 pm three days a week. Some colleagues considered that to stop imposing detailed remedies was a step backward, whereas others saw in the change of court composition an opportunity to distance the Constitution from economic and social problems that in their opinion should be left with deference to the Executive and Congress. It was clear that, in addition to the legal arguments, in each case there were different theories regarding the role of the court in certain matters and diverse concerns about the preservation of the court's legitimacy, which in my opinion should not be discarded but valued.* »



juridiques portant sur les normes constitutionnelles pertinentes », que la Cour ait pris en compte dans sa jurisprudence le fait que les salaires des représentants, fonctionnaires et juges étaient eux-mêmes élevés et que cela ne faisait qu'augmenter les difficultés de la population face à la crise économique<sup>2856</sup>. Ces arguments présentés comme non-juridiques ne sont néanmoins pas ceux de la subjectivité : le juge les rationalise par le recours à la science économique, les décisions ayant mené les membres de la juridiction à une appréciation « contextuelle » précise de l'état des salaires et du pouvoir d'achat dans le pays<sup>2857</sup>. C'est alors l'usage de ce contexte et plus particulièrement l'appel à la science et à la société civile qui permet d'objectiver le discours du juge là où d'autres comme Eduardo Cifuentes Muñoz ou Ciro Angarita Baron, dans les années 1990, s'appuyaient sur une élaboration normative d'ordre philosophique, qu'ils estimaient être l'approche juridique à suivre.

L'ouverture de la Cour dans les années 2000 répond à un milieu juridique concerné. L'intervention est permise devant la Cour lors du contrôle abstrait des lois, et très utilisée. Un écosystème d'intervenants s'est constitué, principalement composé des cliniques juridiques des universités. Le fait qu'un grand nombre de membres de la Cour soient universitaires lie la jurisprudence à la vie d'un milieu du droit constitutionnel, notamment à Bogota et dans ses principales universités. Une organisation est très présente sur la plupart des questions de droit, DeJusticia, cofondée par des auteurs emblématiques comme Helena Alvia Garcia, Diego López Medina, Rodrigo Uprimny ou encore Mauricio García Villegas. L'organisation produit à la fois de l'aide juridique, des interventions et de la recherche. Pour Manuel José Cepeda Espinosa, l'ouverture de la Cour aux demandes des citoyens *via* l'action populaire et la *tutela*, ainsi qu'aux interventions de la société civile au stade de la procédure, de l'audience et de l'exécution des décisions, explique le caractère contextuel de la jurisprudence : ce sont alors selon lui des arguments de nature politique

---

<sup>2856</sup> *Ibid.*, p. 33 : « In addition to the legal arguments on the relevant constitutional norms and on the protection of the economically weak and marginalized in a democratic social state, the court's judgment compared incomes and salaries in Colombia at the time and concluded that national public salaries in middle and high scales, including those of members of Congress, ministers, officers in the Executive branch, and judges of appellate and high courts, were relatively high. The judgment also referred to the increase in poverty, unemployment, and social needs of vulnerable sectors of the population deeply impacted by the recession of the late 1990s that originated in the financial sector. »

<sup>2857</sup> *Ibid.*, p. 33-34. L'auteur évoque la même rationalisation à propos de la décision sur les déplacés, qui visait à évaluer les politiques publiques plus qu'elle ne se concentre sur l'interprétation normative, particulièrement simple dans la décision T-025/04 (*Ibid.*, p. 36-37).

et factuelle qui sont apportés au juge au-delà de la seule interprétation du texte<sup>2858</sup>. Après l'élaboration conceptuelle des juges de Los Andes dans les années 1990 puis le tournant réflexif donné par Manuel José Cepeda Espinosa avec les décisions aux dispositifs ambitieux des années 2000, une troisième phase a vu des éléments ouvertement idéologiques apparaître dans la jurisprudence avec une forme de dispute nouvelle au sein de l'économie du discours judiciaire colombien<sup>2859</sup>.

## 2. En Afrique du Sud, la figure de l'humilité judiciaire face aux demandes sociales

Outre la pédagogie stylistique dont il a imprégné la jurisprudence, un second trait bien exprimé par le juge Sud-Africain Albie Sachs est l'humilité qu'il associe aux membres de la Cour. Dans l'un de ses nombreux retours sur son expérience, il observait de « petits détails, mais qui indiquent une nouvelle mentalité » dans le fait que les neuf juges de 1993 ont décidé de ne pas être appelé *Honorable*, de ne pas user du latin dans leurs décisions, de refuser les voitures de service de marque BMW ou Mercedes au profit de Toyota ou de Honda (sic), ou encore d'avoir des sanitaires communs au service pour favoriser les rencontres plutôt que dans chaque bureau (sic), ou enfin de délibérer autour d'une table ronde ou en changeant de places pour empêcher toute hiérarchie au sein de la juridiction<sup>2860</sup>. Il est marquant, pour un juge et une Cour, de noter un refus « de la pompe institutionnelle et du formalisme qui ont masqué les injustices substantielles du passé<sup>2861</sup> ». Le formalisme s'entend ici dans un autre sens que celui du raisonnement, comme le refus d'une forme officielle. Mais c'est également, outre le rôle persuasif du juge, une émotion du juge lui-même qui est assumée, comme lorsque Sachs admet les larmes qui lui sont montées en voyant dans la salle

---

<sup>2858</sup> *Ibid.*, p. 29-30 : « *The court is open to citizen participation because any citizen can, without a lawyer, not only challenge the constitutionality of a legal norm through an actio popularis but also intervene in writing to defend or attack the constitutionality of the legal norm during the processes initiated by an actio popularis filed by other citizens. The court also has the capacity to generate deliberation among social actors on the interpretation of the Constitution. The court invites universities, trade unions, business associations, think tanks, representatives of state bodies, and national or foreign experts to comment on the interpretation of the Constitution and the constitutionality of the accused legal norms. Sometimes it allows them in a public hearing to express their position previously expressed in writing. When deciding a tutela, the court has the power to create remedies to solve simple or complex problems. When deciding in the abstract whether a legal norm is compatible with the Constitution, it can modulate—in content and in time—the effects of its judgments in such a way that its pronouncements do not have to be white (constitutional) or black (unconstitutional). This openness to citizen participation and to the written pronouncements of civil society organizations, public policy makers, and experts also leads to a mutation in abstract control of the constitutionality of legal norms. It evolved to become a contextual control, that is, a control that takes into account and gives weight to the context within which the law was adopted and will be applied. Indeed, a large part of the pleadings not only propose an interpretation of the Constitution but also try to explain and justify, on the one hand, or attack and delegitimize, on the other, the accused legal norm appealing to different readings of the political, social, economic, and cultural context of the country or the relevant region. In this way, a formalistic comparison between the text of the legal norm and the text of the Constitution is avoided.* »

<sup>2859</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2.

<sup>2860</sup> A. SACHS, « Preface », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. ix-xiii, p. xi.

<sup>2861</sup> *Ibid.*, p. xii : « *our eagerness to get away from the institutional pomposity and formalism that had masked the substantive injustices of the past.* »

d'audience les militants touchés par le Sida lorsque la décision *TAC* était rendue<sup>2862</sup>. Albie Sachs décrit souvent ses pleurs et le soutien que s'accordent les membres de la Cour entre eux, laissant voir un travail collectif<sup>2863</sup>. De fait, l'humilité et le style des opinions et de l'autobiographie du juge sont eux-mêmes susceptibles de susciter une émotion devant l'œuvre judiciaire ainsi conçue.

Sachs conclut sa préface à l'ouvrage de 2014 qui lui est consacré d'une manière tout à fait typique, laissant au lecteur le choix de décider si le juge a trahi le révolutionnaire et, en particulier, si l'idéal s'obtient par la transcendance au risque d'être futile ou par l'expérience au risque de ne plus être un idéal<sup>2864</sup>. La différence est fondamentale avec la Colombie, puisqu'en Afrique du Sud, c'est l'ensemble du pouvoir politique qui est venu d'une opposition armée, et le président Mandela lui-même qui était autrefois prisonnier. L'ANC s'est elle-même limitée en abandonnant les armes pour la démocratie constitutionnelle. De toute évidence, l'approche principielle et mesurée que Theunis Roux a associé au succès de la Cour dans la nouvelle société politique sud-africaine<sup>2865</sup> se comprend à l'aune de cette humilité particulière exprimée par Sachs à la fin de sa vie. Dès lors, une approche purement normative pourrait être déçue à la lecture des décisions de la Cour et au constat de sa déférence en matière de droits sociaux, mais l'analyse prend une direction différente à la lumière de cette fabrique humble de la jurisprudence. L'approche qui consiste à expliquer la jurisprudence par ce retournement sensible du rapport au droit doit néanmoins être nuancée : Albie Sachs fut son seul membre à avoir été un militant actif de l'ANC, et l'on peut trouver dans son expérience personnelle de l'exil et de la captivité, de l'attentat et de la torture, un désir profond pour la dignité mais aussi la solidarité<sup>2866</sup>.

Le lieu même de la Cour a suscité de nombreux commentaires de l'ordre du symbolisme. Installée sur une colline qui fut un fort Afrikaner, une prison britannique où fut enfermé Gandhi puis une prison sous l'Apartheid où fut emprisonné Mandela, la Cour d'architecture moderne

---

<sup>2862</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 183 : « *The courtroom has been packed with people wearing T-shirts saying "HIV Positive". There had been complete silence as we had handed down judgment. Then moments later when we had gone out to the passage at the back, I had heard cheering, and had found myself suddenly with tears in my eyes. It had not just been because of emotion about the impact of AIDS upon our country. The tears had come because of an overwhelming sense of pride at being a member of a court that protected fundamental rights and secured dignity for all.* »

<sup>2863</sup> Voir par exemple, sur sa relation avec Sandile Ngcobo à la personnalité pourtant beaucoup plus retranchée, A. SACHS, « Recalibrator of Axioms: A Tribute to Justice Sandile Ngcobo », *Southern African Public Law*, vol. 32, n° 1-2, 2017, p. 1-8

<sup>2864</sup> A. SACHS, « Préface », *op. cit.* note 366, p. xiii.

<sup>2865</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

<sup>2866</sup> D. CORNELL, « Comrade judge: can a revolutionary be a judge? », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. 9-47, p. 12s. L'autrice note en particulier comment Albie Sachs n'a pas seulement exercé le droit avant la lutte puis, ensuite, comme juge, mais pendant son militantisme en dotant l'ANC de règles internes visant à limiter l'usage de la violence au sein de l'organisation, et relie ainsi son action à la civilité envisagée comme une non-violence par Etienne Balibar aux côtés de l'émancipation et de la transformation.

reprend les briques des cellules jusqu'à la salle d'audience. Dans celle-ci, un arbre dessiné au sol signifie la simplicité et la sagesse, incarnant les valeurs d'humilité souvent associées à la Cour<sup>2867</sup>. Comme l'écrit Albie Sachs,

Le bâtiment n'a pas été construit comme un monument de la lutte pour la liberté : il a été conçu pour être la continuité de la lutte, et pour incarner son ouverture et l'humanité de ses valeurs de dignité humaine, d'égalité et de liberté, qui sont au cœur de notre œuvre constitutionnelle.<sup>2868</sup>

L'idée même d'œuvre (*endeavour*) illustre à elle seule la vision qu'avait Sachs de l'activité judiciaire. Il avait ainsi l'habitude de faire visiter le bâtiment aux assistants des juges en présentant la Cour comme un lieu de justice sous un arbre, s'inspirant prétendument des modes africains de résolution des conflits<sup>2869</sup>. Le sens du symbole renvoie ici au style littéraire qu'il a lui-même exprimé dans ses décisions mais également à l'usage métaphorique de la culture de la justification et de l'imaginaire du pont, qui jouent un rôle crucial dans les discours constitutionnalistes sud-africains, et de ce que Henk Botha a qualifié de raisonnement métaphorique<sup>2870</sup>.

Il y a également une dimension matérielle et sociale à la position géographique de la Cour. *Constitution bill* se situe entre le quartier administratif à l'Ouest et un des lieux les plus peuplés et pauvres de Johannesburg, à l'Est du centre-ville, près du quartier d'Hillbrow devenu dangereux dans les années 1970 mais qui était, avant cela, connu pour héberger les expatriés européens, une population bohème et une tolérance rare dans le pays aux mariages métissés, principalement entre des locaux et ces expatriés, avant que le régime ne pousse ces derniers au départ vers les quartiers nord à force de raids<sup>2871</sup>. La Cour n'a jamais produit de discours sur la situation de ces lieux, s'en tenant à des formules plus abstraites sur la dignité et l'inégalité à l'échelle de la nation. Albie Sachs lui-même, pour lyrique qu'il soit sur l'idéal constitutionnel sud-africain, incarne une forme d'isolement de la Cour. Comme l'exprime Tschepo Madlingozi :

---

<sup>2867</sup> W. LE ROUX, « War memorials, the architecture of the Constitutional Court building and counter-monumental constitutionalism », in W. LE ROUX, K. VAN MARLE (dir.), *Law, memory and the legacy of apartheid: Ten years after AZAPO v President of South Africa*, Pretoria University Law Press, 2007, p. 65-77

<sup>2868</sup> A. SACHS, « Preface », *op. cit.* note 366, p. xii : « *the building was not built as a monument to the freedom struggle: it was designed to be a continuing part of the freedom struggle, and to epitomize in its very openness and sense of humaneness the values of human dignity, equality, and freedom that lay at the core of the constitutional endeavor.* »

<sup>2869</sup> Comme le raconte E. BRUNDIGE, « Adjudicating the Right to Participate in the Law-making Process: A Tribute to Retired Chief Justice Ngcobo », *Southern African Public Law*, vol. 32, n° 1-2, 2017, p. 1-18, p. 2 : « *The hearing, which took place the day before the start of the term, was my first as a Constitutional Court law clerk. A chill of excitement went down my back as I proceeded down to the courtroom with the other clerks, through the airy, exquisitely designed and art-filled hallways of the new Constitutional Court building and into the lobby next to the courtroom. There, sunlight danced across silvery leaves perched overhead and played hide and seek among the tall, slanting mosaic columns. Visitors to the lobby were welcomed by the dancing light and warm colours, as if entering into a clearing in the forest where people could discuss and resolve problems together. 'Justice under a tree', Justice Albie Sachs had told the new law clerks, explaining how this traditional African form of dispute resolution had been incorporated into the Court's design.* »

<sup>2870</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2.

<sup>2871</sup> Voir A. MORRIS, *Bleakness and light: inner-city transition in Hillbrow*, Wits University Press, 1999.

La Cour constitutionnelle peut bien être installée près de Hillbrow. Elle peut bien être située dans un bâtiment non intimidant, accueillant et géographiquement accessible. Les juges peuvent bien être des personnes très amicales et bien intentionnées. Mais les membres de la Cour continuent d’opérer et de se déplacer dans les cercles des ‘observateurs éduqués de la Cour constitutionnelle’. J’ai vu et apprécié la présence de juges de la Cour constitutionnelle à diverses conférences universitaires. Mais je n’ai encore vu aucun d’entre eux aux ateliers et rassemblements organisés par des mouvements sociaux. J’ai vu des membres de la Cour donner des conférences publiques franches et passionnantes dans diverses universités. Mais je n’ai encore vu aucun d’entre eux s’adresser à des membres de mouvements sociaux. J’ai entendu des membres de la Cour constitutionnelle donner des interviews sur des stations de radio anglaises. J’ai entendu des membres de la Cour constitutionnelle donner des interviews sur des stations de radio anglaises. Je n’ai jamais entendu l’un d’entre eux donner une interview sur une station de radio en langue africaine.<sup>2872</sup>

Le positionnement de la Cour reste alors enfermé dans une certaine économie du discours politique de l’Afrique du Sud<sup>2873</sup>. Mais d’un point de vue extérieur, il faut considérer la qualité du débat y compris sur le plan des émotions et de l’expression personnelle qui a lieu en Afrique du Sud, qualité dont les propos de Tshepo Madlingozi lui-même participent.

Albie Sachs incarne sans aucun doute une position très particulière au sein même de la Cour. Il exprimait très bien ses attentes dans son autobiographie. Louant la « structure dialogique inhérente à la Constitution » et l’usage des pouvoirs de la Cour pour laisser le législateur décider après une décision, le juge exprime ainsi un rôle discursif :

À mes heures perdues, j’imagine que lorsqu’ils rédigent une nouvelle loi, les parlementaires liront ce que le juge Sachs a à dire sur un problème donné ou au moins que leurs conseillers juridiques jetteront un coup d’œil à des morceaux choisis ou des résumés.<sup>2874</sup>

---

<sup>2872</sup> T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *Constitutional Court Review*, n° 1, 2008, p. 63-76, p. 74 : « *The Constitutional Court might be based near Hillbrow. It might be located in a non-intimidating, inviting building and it might be geographically accessible. The judges might be very friendly and well meaning people. But the members of the Court continue to operate and to move within the circles of ‘educated Constitutional Court watchers’. I have seen and enjoyed the presence of Constitutional Court judges at various academic conferences. But I am yet to see any of them at various workshops and rallies hosted by social movements. I have seen members of the Court give frank and engaging public lectures at various universities. But I am yet to see any of them address members of social movements. I have heard members of the Constitutional Court give interviews on English radio stations. I have never heard any of them offer an interview on an African language radio station.* »

<sup>2873</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1.

<sup>2874</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, *op. cit.* note 368, p. 147-148 : « *Civility in public life goes well beyond good manners. It is an element that favors democratic pluralism . . . Accordingly, civility is explicitly required in the relations between the three branches of government themselves. Indeed, a dialogic relation between judiciary and government is inherent to the very structure of our Constitution. Our Court has extensive powers of judicial review, including the competence to declare an Act of Parliament invalid to the extent that it is inconsistent with the Constitution. This means that we are constantly dealing with challenges to the validity of legislation. The powers granted to our Court in this respect are great. When declaring a statute to be unconstitutional and invalid, we may make any order that is just and*

Le rôle de la Cour sud-africaine se comprend ainsi dans une déférence qui espère le dialogue – quand la Cour colombienne est prompte à dicter les termes de la délibération voire à la produire elle-même.

Si l'accès à la Cour sud-africaine est difficile, l'espace de réclamation des droits qui s'est formé en Afrique du Sud est particulièrement riche. De nombreuses associations se sont formées pour porter les affaires tandis que les universités elles-mêmes ont mis en place des cliniques juridiques actives. Plusieurs organisations d'ampleur nationale se trouvent ainsi à Johannesburg et se spécialisent dans l'aide juridictionnelle, à l'instar du Legal Resources Centre (LRC), du Centre for applied legal studies (CALs) qui dépend de l'université du Witwatersrand ou du Socioeconomic rights institute of South Africa (SERI). Ce dernier est ainsi dirigé par des universitaires qui ont un rôle particulier dans l'élaboration de la doctrine en matière de droit sociaux, à l'instar de Stuart Wilson et Jackie Dugard<sup>2875</sup>. Ces organisations participent à élaborer le discours judiciaire en suscitant les affaires, voire en donnant au juge les mots de son propre jugement<sup>2876</sup>. La Cour compense d'ailleurs le faible nombre de demandes par une admission large des *amici curiae*, qui ont produit une grande partie des arguments à laquelle elle a eu à répondre dans la formation de sa jurisprudence sur les droits sociaux. Dans ces organisations, c'est une certaine vision du droit qui a été utilisée pour défendre un agenda politique en faveur des plus démunis par le biais de l'arène judiciaire. Il est tout à fait intéressant de noter que c'est une élite principalement blanche, qui n'a pas été liée aux partis révolutionnaires, qu'il s'agisse de l'ANC ou du SACP, qui après l'Apartheid sont venus contester les politiques du nouveau pouvoir en lui rappelant ses promesses constitutionnelles, et en les soumettant au jugement de la Cour.

Le *Treatment action campaign* est un exemple privilégié d'une mobilisation sociale qui a donné lieu à une décision, qui porte le même nom, en se portant requérante<sup>2877</sup>, en s'inspirant notamment

---

*equitable, including one giving Parliament a grace period within which to correct the defect in the law. The notion of a dialogue or conversation with Parliament is therefore built into the very determination of our jurisdiction. And in my more vain moments I imagine that when they are considering how to draft a new law, members of Parliament will read what Sachs J had to say on a particular problem, or at least that their law advisors will glance at selected passages or summaries. »*

<sup>2875</sup> Voir J. DUGARD, S. WILSON, « Taking poverty seriously: the South African Constitutional Court and socio-economic rights », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 664-682

<sup>2876</sup> Par exemple, CCSA, 16 août 2001, *Carmichele v. Minister of Safety and Security* (Lourens Ackermann et Richard Goldstone), spec. §62 : « In addressing these obligations in relation to dignity and the freedom and security of the person, few things can be more important to women than freedom from the threat of sexual violence. As it was put by counsel on behalf of the amicus curiae: "Sexual violence and the threat of sexual violence goes to the core of women's subordination in society. It is the single greatest threat to the self-determination of South African women." » », la Cour présentant le CALs en note de bas de page, et notamment son projet de recherche sur les inégalités de genre.

De même, la Cour renvoie au mémoire du Gender Research Project du CALs (ainsi qu'à plusieurs références doctrinales), qui relie l'exclusion des femmes par le droit coutumier au fait que celui-ci est resté figé par son inapplication, ce qui permet à la Cour de justifier sa censure au nom des valeurs portées aujourd'hui par la Constitution, CCSA, *Bhe and others*, *op. cit.*, §84.

<sup>2877</sup> CCSA, *TAC*, *op. cit.*

d'Act up aux États-Unis<sup>2878</sup>. La Cour rejette néanmoins dans la décision la lecture proposée par l'Institute for democracy in South Africa et le Community law centre, qui proposaient de distinguer d'une part les articles 9, 24 et 25 sur l'égalité, l'environnement et les terres, en notant qu'ils appelaient explicitement à des mesures législatives, des articles 26 et 27 d'autre part qui, eux, portaient sur les droits d'abord – donc leur contenu minimal – et les obligations ensuite. De même, le LRC et le CALS défendaient un contenu minimal en se fondant sur le Comité des droits sociaux, économiques et culturels dans l'affaire *Grootboom* auprès de la Cour, laquelle les cite explicitement lorsqu'elle rejette cette approche<sup>2879</sup>. La jurisprudence de la Cour en matière de genre et de sexualité doit également au militantisme. Les travaux de la South African law reform commission (SALRC) et du Sex workers education and advocacy taskforce (SWEAT) produisent de la jurisprudence au niveau local et fournissent une analyse factuelle à la cour dans la décision *Jordan*, bien que celle-ci juge constitutionnelle la criminalisation de la prostitution contre l'avis des organisations qui invoquaient le droit à la dignité et la liberté d'entreprendre<sup>2880</sup>. À l'inverse, les affaires qui donnent lieu à la jurisprudence innovante de la Cour relativement à la criminalisation de l'homosexualité et au mariage des personnes de même sexe sont portées directement par une organisation qui rassemble depuis 1994 de nombreux mouvements sociaux, la National coalition for gay and lesbian equality<sup>2881</sup>. Le discours de la Cour sur la dignité et l'égalité a alors été co-produit par les mouvements sociaux qui cherchaient à contrer un discours public néolibéral ou hétéronormatif, même si la Cour a réagi de manière plus ou moins progressiste à ces formulations. De manière particulière, la South African Human Rights Commission, une institution prévue par le chapitre 9 de la Constitution, est elle-même intervenue dans les affaires *Grootboom*, tandis que la Commission for Gender Equality, qui a le même statut, est intervenue dans l'affaire *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*. L'émergence du milieu associatif a néanmoins marginalisé ces institutions dans la revendication des droits.

Le logement - ou le « droit à la ville »<sup>2882</sup> - a été une demande privilégiée en termes de droits sociaux parce qu'il était vif dans l'histoire sud-africaine, mais également parce que la transformation du centre de Johannesburg se déroulait à l'endroit où la plupart de ces organisations se trouvaient. Alors que la ville avait été un centre d'affaires important, les tensions provoquées par la contestation de l'Apartheid font fuir les entreprises et les occupants des tours vers les quartiers nord de la ville,

---

<sup>2878</sup> K.G. YOUNG, J. LEMAITRE, « The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa », *op. cit.* note 143, p. 205, citant un entretien avec un dirigeant du mouvement.

<sup>2879</sup> CCSA, *Grootboom*, *op. cit.*, §17-18 et 29.

<sup>2880</sup> CCSA, *Jordan*, *op. cit.*

<sup>2881</sup> CCSA, *National coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, *op. cit.* L'affaire CCSA, Fourie, *op. cit.*, est elle portée par le Equality Project, issu du NCGLE.

<sup>2882</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1.

laissant la *inner city* occupée par des travailleurs pauvres et les trafics, sans que l'on puisse la plupart du temps retracer les titres de propriété<sup>2883</sup>. Dans les années 2000, la municipalité engage une politique de régénération qui consiste à expulser les occupants illégaux pour laisser des promoteurs privés les rénover et revendre les appartements à la classe moyenne. À l'inverse, les occupants ont construit leur vie et travaillent formellement ou informellement dans le centre, quitte à vivre dans des logements insalubres, laissés à des bailleurs illégaux souvent liés à la criminalité organisée. De fait, la politique menée correspond à « une conception de la citoyenneté urbaine qui repose sur la responsabilité individuelle et l'ascension sociale à travers la participation économique », soit « une vision de la citoyenneté urbaine qui est plus stable, respectueuse du droit et établie » que celle qui prévalait avant<sup>2884</sup>. L'habitat formel et l'accession à la propriété ne sont possibles, pour ces populations, que dans les banlieues lointaines où la municipalité propose de les reloger en conformité avec la jurisprudence fondée sur la Constitution de 1996 en matière d'expulsion, à savoir la décision *Grootboom*, pour le relogement d'urgence, et la décision *Port Elizabeth* pour l'obligation de relogement, qui donne une certaine place à l'occupant dans le processus d'expulsion et de relogement<sup>2885</sup>.

La première affaire concernée est *51, Olivia Road*, par laquelle la Cour constitutionnelle estime que les autorités publiques sont tenues par une obligation d'implication substantielle (*meaningful engagement*) dans les discussions menées avec les personnes expulsées. L'affaire a été lancée par le CALS à partir d'un rapport qu'il a publié en 2005 avec le Centre on Housing rights and evictions (COHRE), intitulé « Any Room for the Poor? Forced Evictions in Johannesburg, South Africa ». L'organisation requérante contestait le relogement peu attractif proposé aux occupants d'un immeuble délabré. L'obligation formulée par la Cour n'était pas demandée par les parties et a constitué, pour les observateurs favorables à l'approche participative et dialogique, le signe d'une voie procédurale dans les obligations constitutionnelles élaborées par le juge<sup>2886</sup>. La particularité est que la Cour a rendu une décision de fond après une injonction intermédiaire qui imposait un tel échange, si bien que la décision elle-même juge la politique municipale raisonnable

---

<sup>2883</sup> Pour une présentation et une analyse, voir M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, Routledge, 2018.

<sup>2884</sup> *Ibid.*, p. 41 et 43 : « a conception of urban citizenship focuses on individual self-responsibility and social upliftment through economic participation » ; « a notion of urban citizenship that is more stable, law-abiding and settled ».

<sup>2885</sup> Marius Pieterse juge positivement la jurisprudence du fait du rôle participatif qu'elle donne aux justiciables, en face de l'approche paternaliste des pouvoirs publics, eux-mêmes en lien avec le secteur privé, comme dans les expulsions concernées dans les affaires *Port Elizabeth Municipality* et *Modderklip*. Ainsi, la jurisprudence de la Cour « has been lauded for emphasising the needs for inhabitants of urban informal settlements to participate in processes that impacted on their habitation in the city. This not only amplified their voice in eviction disputes but, through emphasising their agency, also acknowledged that the right to the city is ultimately dependent on the actions of its beneficiaries », *Ibid.*, p. 49.

<sup>2886</sup> Voir *Ibid.*, p. 52-56. J. DUGARD, S. WILSON, « Constitutional jurisprudence: The first and second waves », *op. cit.* note 269.



et donc constitutionnelle<sup>2887</sup>, et réduisant par-là la contestation de la politique publique menée au-delà de l'affaire à cette coopération dans l'espèce. Après une application très limitée par la municipalité, la Cour a décidé dans l'affaire *Blue Moonlight*, qui concernait Johannesburg là encore, que le concept d'engagement significatif concernait aussi bien les personnes publiques que privées, l'obligation pesant, dans ce dernier cas, sur l'autorité publique qui ordonne l'expulsion<sup>2888</sup>. À partir de ce cadre posé par la Cour, suscité donc par les organisations de défense des droits, les juges de première instance et d'appel ont rendu un grand nombre de décisions dans lesquelles ils examinaient les conditions de la discussion avec les occupants et du relogement qui leur était proposé, suscitant une jurisprudence hétérogène ainsi que des réactions hostiles des autorités municipales<sup>2889</sup>. Dans une autre affaire, concernant cette fois-ci l'opération « *clean sweep* » qui visait à « *nettoyer* » le centre-ville du commerce informel, la Cour répond positivement à la requête du South African Informal Traders Forum<sup>2890</sup>. Dans cet espace de réclamation, la doctrine mais aussi les milieux militants ont eu recours au concept de droit à la ville théorisé par Henri Lefebvre pour qualifier l'ensemble de droits dont les habitants seraient titulaires dans l'espace de vie urbain<sup>2891</sup>. Le droit à la ville doit à une approche marxiste qui voit dans l'espace une concentration de pouvoir et de capital, et dans l'urbanisme une idéologie rationalisant les rapports sociaux : Henri Lefebvre n'appelle pas tant à un droit qu'à une prise de conscience de la ville comme telle<sup>2892</sup>, et « *droit de l'homme* » renvoie chez lui indifféremment à « *l'espace public* », c'est-à-dire le sens politique, que la ville devrait occuper aux yeux de ses occupants et du pouvoir politique<sup>2893</sup>. Dans le contexte sud-africain, ce sont des usages militants qui d'abord caractérisent l'invocation d'un droit à la ville, lorsque des mouvements sociaux qui contestent, dans les années 2000 et par la voie judiciaire, mais pas uniquement, les opérations municipales qui visent à remplacer l'informel propre à la pauvreté par des activités commerciales et immobilières<sup>2894</sup>.

---

<sup>2887</sup> Sur cet aspect de l'exécution, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>2888</sup> CCSA, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *City of Johannesburg Metropolitan Municipality v. Blue Moonlight properties* (Johann van der Westhuizen).

<sup>2889</sup> M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, *op. cit.* note 389, p. 62s.

<sup>2890</sup> CCSA, 4 avril 2014, *South African Informal Traders Forum and Others v City of Johannesburg and Others; South African National Traders Retail Association v City of Johannesburg and Others* (Dikgang Moseneke).

<sup>2891</sup> Voir M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, *op. cit.* note 389.

<sup>2892</sup> H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville (1968)*, Anthropos, 3e éd., 2009. L'auteur relit en particulier l'histoire parisienne comme une conquête de l'aristocratie, puis autour du XVII<sup>ème</sup> siècle de la bourgeoisie, vers l'expulsion progressive des plus démunis, jusqu'à la constitution de grandes banlieues sans espace collectif, et structurées par la consommation, au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>2893</sup> *Ibid.*, p. 16-18.

<sup>2894</sup> Un débat émerge alors sur l'adhésion de ces mouvements au discours des droits, dénaturant l'approche marxiste des débuts et du concept même de Lefebvre, voir HUCHZERMAYER, « Invoking Lefebvre's "right to the city" in South Africa. A response to Walsh », *City*, vol. 18, n° 1, 2014, p. 41-49. Voir plus largement, M. HUCHZERMAYER, *Cities With 'Slums': From Slum Eradication to a Right to the City in Africa*, UCT Press, 2011.

Face aux politiques publiques visant à remplacer les bidonvilles par des habitats nouveaux, parfois brutalement, plusieurs mouvements sociaux ont ainsi fait le choix du contentieux stratégique au tournant des années 2000<sup>2895</sup>. Un exemple marquant est le mouvement Abahlali baseMjondolo, qui rassemble plusieurs organisations qui ont émergé des bidonvilles dans la région de Durban. Le mouvement s'est formé en 2005 après plusieurs années de manifestations et de répression violentes par la police, suscitant l'attention nationale mais également celle de plusieurs constitutionnalistes et organisations, à l'instar du LRC, du CALS et du SERI<sup>2896</sup>. Le mouvement obtient quelques victoires devant les juridictions régionales, ainsi qu'une décision favorable de la Cour constitutionnelle en 2009, qui annule une loi facilitant les expulsions<sup>2897</sup>. D'autres contentieux ont néanmoins été des échecs en s'arrêtant en première instance ou en appel au niveau provincial.

Des tensions ont eu lieu au sein du mouvement, faisant écho à des discussions classiques dans la littérature sur les mouvements sociaux et le droit, à propos de l'opportunité de mener la lutte politique par le droit, profitant de victoires éparses et surtout d'un phénomène unifiant pour les militants, ou à l'inverse du caractère neutralisant et énergivore d'une lutte contentieuse, d'autant plus qu'elle mène des organisations nationales à reformuler dans une terminologie prudente les

---

<sup>2895</sup> K. TISSINGTON et al., *Jumping the Queue, Waiting Lists and other Myths: Perceptions and Practice around Housing Demand and Allocation in South Africa*, Community Law Centre (CLC), University of the Western Cape and Socio-Economic Rights Institute of South Africa (SERI), 2013. T. MADLINGOZI, « How the Law Shapes and Structures Post-apartheid Social Movements: Case Study of the Khulumani Support Group », in M. DAWSON, L. SINWELL (dir.), *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012, p. 222-239. T. MADLINGOZI, « Post-Apartheid Social Movements and Legal Mobilisation », in M. LANGFORD et al. (dir.), *Socio-economic Rights in South Africa: Symbol or Substance?*, Cambridge University Press, 2013.

<sup>2896</sup> Pour le récit de cette lutte, voir J. DUGARD, T. MADLINGOZI, K. TISSINGTON, « Rights compromised of rights-savvy? The use of rights-bases strategies to advance socio-economic struggle by Abahlali baseMjondolo, the South African shack-dwellers' movement », *Social and economic rights in theory and practice. Critical inquiries*, Routledge, 2015, p. 23-42. Voir également K. TISSINGTON, « 'Tacticians in the struggle for change'? Exploring the dynamics between legal organisations and social movements engaged in rights-based struggles in South Africa », in M. DAWSON, L. SINWELL (dir.), *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012, p. 201-221.

<sup>2897</sup> CCSA, 14 octobre 2009, *Abahlali Basemjondolo Movement SA and Another v Premier of the Province of KwaZulu-Natal and Others* (Zakaria Yacoob), censurant la loi *KwaZulu-Natal Elimination and Prevention of Re-emergence of Slums Act 6* qui encadrait les expropriations de bidonvilles au motif qu'elle avait un objet trop large en pouvant concerner tout terrain occupé, et donnait à l'administration un pouvoir déraisonnable, qui plus est dans des cas où la Prevention of illegal evictions and unlawful occupations act édictée par le législateur national ne permettait pas l'expulsion, violant l'article 26(2). L'opinion majoritaire diffère notamment de celle du juge Zakaria Yacoob (qui était en charge de l'affaire mais a été mis en minorité, tous les juges votant pour l'opinion du juge Moseneke) en ce que celle-ci distinguait les bidonvilles (*slums*) des logements informels (*informal settlements*) et que la loi ne violait ainsi pas la Constitution en ne s'appliquant à des situations plus particulières que l'article 26(2) (*Ibid.*, §104). Zakaria Yacoob proposait également une interprétation constructive de la loi qui lui faisait dire que l'expulsion n'était possible qu'en ultime ressort après un *meaningful engagement* tel que la jurisprudence le prévoit, ce que l'opinion majoritaire rejette (*Ibid.*, §144s). Pour Zakaria Yacoob, la loi n'était pas contraire à la Constitution mais exigeait six réserves, ce que l'opinion majoritaire rejette, estimant qu'un trop grand nombre de réserves aboutit à faire de l'ensemble une loi inconstitutionnelle. En outre, le jugement majoritaire rendu par Dikgang Moseneke fait une place particulière aux requérants : « *The settlements have been there for several years now. The residents describe their homes as "shacks" which are said to be made of mud-brick, wood, corrugated iron or plastic. The residents are poor. Many of them benefit from low paid domestic work and gardening "piece" jobs in neighbouring affluent suburbs. The residents live in fear of eviction. Virtually all of them are either unaware of who owns the land they live on or know that they have no formal permission from the owner or person in charge of the land they live on.* » (*Ibid.*, §88).

demandes du mouvement social historiquement radical<sup>2898</sup>. Une idée courante dans la littérature sur les droits et les mouvements sociaux, dans la tradition étasunienne, insiste sur le maintien du statu quo et la déradicalisation politique induite par les luttes contentieuses<sup>2899</sup>. L'échec de l'Anti-privatisation forum qui a mené à l'affaire *Mazibuko* de la Cour, qui rejetait la demande et situait le discours à un niveau particulièrement perméable au néolibéralisme des pouvoirs publics, a marqué les esprits en Afrique du Sud<sup>2900</sup>. À l'inverse, des auteurs plus proches des organisations militantes insistent sur les ressources apportées par le droit pour une lutte politique en donnant, notamment, un sentiment d'appartenance et les mots du pouvoir aux militants<sup>2901</sup>. Selon Kate Tissington, une chercheuse qui a conseillé l'organisation lorsqu'elle travaillait au SERI, c'est un mythe des droits inverse à celui qui croit naïvement à la victoire des causes devant les juges qui biaise les travaux d'auteurs universitaires déconnectés de la réalité de ces mouvements<sup>2902</sup>. L'autrice se demande alors si la critique vise vraiment le contentieux des droits ou le projet constitutionnel dans son ensemble<sup>2903</sup>. Tissington insiste elle sur les possibilités du premier, tout en reconnaissant les risques

---

<sup>2898</sup> Sur ces débats au sein du mouvement Abahlali baseMjondolo, voir J. DUGARD, T. MALDINGOZI, K. TISSINGTON, « Rights compromised of rights-savvy? The use of rights-based strategies to advance socio-economic struggle by Abahlali baseMjondolo, the South African shack-dwellers' movement », *op. cit.* note 402. Les auteurs notent ainsi trois caractères dans le discours des militants, qu'ils nomment *rights-based*, *counter-hegemonic*, et *emancipatory*.

<sup>2899</sup> Voir S. SCHEINGOLD, *The politics of rights : lawyer, public policy, and politics (1974)*, *op. cit.* note 62. M. PIETERSE, « Eating socio-economics rights : the usefulness of rights talk in alleviating social hardship revisited », *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n° 3, 2007, p. 796-822. L. SINWELL, « Defensive social movement battles need to engage with politics », *South African Labour Bulletin*, vol. 34, n° 1, 2010, p. 37-39. Voir plus largement M. DAWSON, L. SINWELL, *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012

<sup>2900</sup> T. MALDINGOZI, « Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive New South Africa », *Journal of Law and Society*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 77-98, p. 89. D. ROITHMAYR, « Lessons from Mazibuko : persistent inequality and the commons », *Constitutional Court Review*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 317-346, p. 327-328.

<sup>2901</sup> J. DUGARD, T. MALDINGOZI, K. TISSINGTON, « Rights compromised of rights-savvy? The use of rights-based strategies to advance socio-economic struggle by Abahlali baseMjondolo, the South African shack-dwellers' movement », *op. cit.* note 402, p. 39-40.

<sup>2902</sup> K. TISSINGTON, « 'Tacticians in the struggle for change'? Exploring the dynamics between legal organisations and social movements engaged in rights-based struggles in South Africa », *op. cit.* note 402.

<sup>2903</sup> *Ibid.*, p. 203-204 : « *Do we blame the Constitution or the constitutional project for failed transformation and simply discard the rights contained in it as worthless, or find ways to use them and make rights work for change? Are these positions necessarily mutually exclusive? Is the Constitution an end in itself (which has de facto already been realised by its existence) or a means to an end? Are the law and rights intractable false panaceas or potential tactical tools for poor people and social movements advocating for change?* »

que les avocats et organisations portent atteinte à l'autonomie des justiciables en reformulant leurs luttes<sup>2904</sup>.

La critique des droits s'adresse alors surtout à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : les gains ont été faibles pour les organisations. Ce blocage au niveau suprême est d'autant plus marquant que dans plusieurs instances qui sont parvenues à la Cour créée spécifiquement en 1993, pour compenser le conservatisme des juges sud-africains, ce sont les High Court qui proposaient la solution la plus progressiste, à l'instar de l'affaire *Jordan* et plus largement de la jurisprudence en matière de travail du sexe<sup>2905</sup>, et de l'affaire *Mazibuko*<sup>2906</sup>. La Cour a pourtant elle-même réduit la règle du précédent, nommée *stare decisis* en Common law et en Afrique du Sud, aux décisions de la Cour et de la Cour suprême d'appel, réduisant de fait le pouvoir interprétatif des High courts<sup>2907</sup>. L'approche précautionneuse de la Cour en matière de droits sociaux lorsqu'elle refusait de définir un contenu minimal a participé à dissuader une partie des milieux juridiques progressistes d'une issue favorable du contentieux stratégique. C'est alors non seulement le résultat du contentieux mais sa forme qui est critiquée. Pour Tshepo Madlingozi, directeur du Centre for Applied Legal Studies, L'un des moyens par lesquels la Cour peut se rendre responsable devant le public, et donc faciliter le dialogue constitutionnel, est que ses arrêts soient suffisamment motivés (*reasoned*), pleinement justifiés et largement publiés. Les arrêts 'peu motivés' qui exigent du lecteur qu'il entre dans une reconstruction hautement sophistiquée et technique d'un (...) ne font pas avancer la cause de la

---

<sup>2904</sup> *Ibid.*, p. 212-213 : « *In terms of the framing role, social movement or community lawyers need to ensure that any legal frames they offer do not come at the expense of more radical frames. (...) Many of the marginalised individuals or poor communities that approach legal organisations are not members of a broader social movement mobilising and lobbying collectively around a social change agenda. In addition to providing direct assistance to individuals and communities, lawyers who are embedded in social justice struggles are able to play a networking role in this regard, linking up people to broader formations and providing broader context and legal education on issues faced on the ground. (...) The attitude of lawyers in this regard is tantamount to 'success', which should be defined more broadly than simply the winning of a case. In practical terms, legal practitioners working with social movements on community-based struggles have to be prepared to consult outside of office hours and offices e.g. over weekends with large groups of people in inner city buildings or informal settlements. They must be able to listen, as well as communicate complex terms and concepts to community leaders and members. They must also be sensitive to the myriad challenges faced by leaders on the ground in the course of organising and mobilising. (...) A traditional lawyer-client relationship is generally not possible, nor is it desirable; however, certain aspects of this relationship are quite useful in establishing the perimeters of engagement, and ensuring a professional and workable relationship between lawyer and community/CBO/social movement is built and sustained.* ».

<sup>2905</sup> M. PIETERSE, *Rights-based Litigation, Urban Governance and Social Justice in South Africa. The Right to Joburg*, *op. cit.* note 389, p. 183s.

<sup>2906</sup> La Cour constitutionnelle annule le jugement de la Supreme court of appeal, qui elle-même confirmait celui de la High court, qui accordaient respectivement un montant d'eau gratuite de 42 et 50 litres par jour et par foyer, en se fondant sur de nombreuses expertises, contre les 25 accordés par les pouvoirs publics qui s'en tenaient au montant fixé par la loi, voir *infra*, chapitre 4, section 2, §1, B, A.

<sup>2907</sup> CCSA, 21 mai 2002, *S v Walters and Another, In re: Ex parte Minister of Safety and Security and Others* (Johann Kriegler).

participation des citoyens ordinaires au dialogue constitutionnel 'fondé sur des principes' - ou au moins transparent - auquel la Cour s'est ostensiblement engagée.<sup>2908</sup>

Il ne s'agit alors plus seulement de défendre une meilleure motivation pour la communauté des juristes ; mais d'appeler la Cour à parler au plus grand nombre<sup>2909</sup>.

---

<sup>2908</sup> T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *op. cit.* note 378, p. 69 : « *one of the ways that the Court can make itself accountable to the public, and thus facilitate constitutional dialogue, is when its judgments are sufficiently reasoned, fully justified and widely published. "Thinly reasoned" judgments that require the reader to enter into a highly sophisticated and technical reconstruction of a judgment - some would say a sangoma-like exercise - do not advance the cause of ensuring that ordinary people are part of the 'principled' - or at least transparent - constitutional dialogue to which the Court is ostensibly committed.* ». L'auteur reproche alors à Frank Michelman, qui ouvre le premier numéro de la *Constitutional Court Review*, de défendre une « *interpretative charity* » selon laquelle il faudrait faire preuve de bienveillance vis-à-vis des motivations lacunaires de la Cour en considérant qu'elle a ses raisons et qu'il revient au lecteur d'y trouver les siennes.

<sup>2909</sup> Tshepo Madlingozi reprend mais appelle à dépasser la critique de S. WOOLMAN, « The amazing, vanishing Bill of Rights », *South Africa Law Journal*, vol. 124, 2007, p. 762, p. 784-785.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 7

L'activisme judiciaire en Afrique du Sud et en Colombie peut s'analyser du point de vue de ses effets sur la réalité sociale. Du point de vue juridique, c'est-à-dire sans étude sociologique de terrain, il n'y a pas de moyen de mesurer ces effets, puisque ce sont des affaires et normes éparses et que la réalité sociale elle-même est une construction difficile à définir du point de vue du constitutionnalisme. On peut en revanche mesurer les efforts de la juridiction pour construire un lien avec le politique et la société, c'est-à-dire les effets produits par les juridictions dans le cadre d'un activisme conçu comme une manière d'agir sur la réalité. En particulier, on peut distinguer un activisme des droits, qui porte sur l'interprétation et le contenu associé à la norme constitutionnelle, d'un activisme des dispositifs, qui porte sur les solutions élaborées par les juges. En Afrique du Sud, la Cour a accompagné sa jurisprudence faible sur le contenu des droits d'un activisme mesuré du point de vue des dispositifs, en particulier pour les droits sociaux. La Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré des dispositifs plus offensifs notamment dans les injonctions associée à la *tutela*, tout en étant plus flexible quand elle s'adressait au législateur. Les discours constitutionnels comparés, colombiens et sud-africains ont élaboré une métaphore du dialogue constitutionnel, en lien avec les théories démocratiques délibératives, pour qualifier ces échanges. Ils ont eu lieu en Afrique du Sud comme en Colombie dans la modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation et dans la pratique du *read in*. La Cour constitutionnelle de Colombie adopte alors des instruments similaires au contentieux sud-africain mais en fait un usage nettement plus offensif vis-à-vis des pouvoirs publics. En particulier, elle utilise les saisines abstraites et concrètes ou le rassemblement d'affaires concrètes, dans le cadre de son accès facilité en *tutela*, ouvert par elle en matière de droits sociaux, afin de faire peser une pression croissante lorsqu'elle estime que les droits sont violés. Elle joue alors autant de la précision de l'injonction que de la multiplicité des affaires pour viser les politiques publiques.

Une approche purement institutionnelle du dialogisme ne suffit pas : elle risque surtout de légitimer le rôle du juge en prétendant qu'il délibère alors qu'il a toujours le dernier mot, et sans que l'on sache vraiment comment ce mot est entendu. En revanche, une approche substantielle du dialogue met en avant la manière dont le juge s'entretient avec les autres acteurs sans nécessairement décider à leur place. Aussi, la Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré un suivi de ses décisions qui a été qualifié de contentieux structurel dans plusieurs affaires avec des mécanismes au long cours et des centaines d'injonctions rendues. Ce à quoi la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'est toujours refusée en estimant que l'exécution de ses décisions était suffisante. Elle a néanmoins privilégié un mode de médiation qui peut être semblable, dans une dimension expérimentaliste du contentieux. De telles pratiques approfondissent le dialogue autant qu'elles constituent un pouvoir

plus ou moins offensif du juge ; ces formes d'intervention dans la vie publique ne font qu'accompagner les pouvoirs d'annulation et de sanction du juge, conforme aux catégories du constitutionnalisme libéral au sein duquel s'est élaborée la notion de gouvernement des juges. Le trait caractéristique de ces interventions est pourtant une structuration flexible de l'activisme des droits et de l'activisme des dispositifs, lequel peut ou non s'accompagner d'un tel suivi, dans le sens d'une prise en compte non de la réalité sociale, mais de la réalité du pouvoir politique. Les droits sociaux ne sont alors pas seulement des droits opposables ou des principes programmatiques comme les conçoit la dogmatique juridique, mais des instruments de l'activisme judiciaire vis-à-vis de la transformation sociale.

En Afrique du Sud comme en Colombie, juges comme juristes ont discuté de l'ouverture de la justice constitutionnelle à la société, à la fois par des approches pluridisciplinaires et par des pratiques contentieuses telles que les auditions publiques et l'inclusion des expertises. Il est clair dans la jurisprudence colombienne autant que le discours des juges hors de la Cour qu'il s'agit de porter la délibération au sein de la juridiction vis-à-vis du monde. Manuel José Cepeda Espinosa a élaboré une approche réflexive ou instrumentale de la justice constitutionnelle, en lien avec la société civile, qui tranche avec le travail conceptuel et normatif des juges issus de l'université Los Andes dans les années 1990. Cela donne lieu aux grandes décisions structurelles des années 2000, dont les effets sont néanmoins difficiles à mesurer et qui ont ouvert le prétoire aux classes moyennes plutôt qu'aux seuls démunis initialement envisagés dans la jurisprudence. En Afrique du Sud, plus que la délibération, c'est le dialogue institutionnel ou civique en dehors de la juridiction qui est attendu de l'intervention du juge, alors moins activiste dans son intention. Il n'empêche que la production des opinions a créé une réalité des rapports de pouvoir qui échappe même à la position dans la séparation des pouvoirs que les institutions ont voulu occuper. Albie Sachs a produit une représentation du juge humble et sensible, qui se comprend dans un espace de réclamation des droits intense. Si l'approche de la Cour a pu décevoir les mouvements sociaux, ceux-ci ont également pu souffrir de la judiciarisation de leur lutte politique.

Les Cours constitutionnelles des deux pays ont alors produit un discours qui forme les représentations et constitue les valeurs. C'est un rapport à la fois subjectif et collectif à la réalité sociale qui émerge des opinions judiciaires. Si tous n'assument pas la perturbation des relations entre droit et politique, c'est néanmoins un sens particulier du politique qui s'élabore dans un espace public pourtant controversé. Les droits doivent être intégrés, au-delà, dans le discours politique et dans les pratiques du pouvoir politique qui déterminent le constitutionnalisme, dont le juge n'est pas le seul acteur. C'est le sens politique du constitutionnalisme à la fois pour ce pouvoir et pour le pouvoir du juge qu'il faut encore interroger.

## CHAPITRE 8 : CONSTITUTIONNALISME DES JUGES ET CONSTITUTIONNALISME POLITIQUE

Un enjeu central de toute théorie des droits porte sur l'organe légitime<sup>2910</sup> ou techniquement compétent<sup>2911</sup> à en contrôler la mise en œuvre. Une position normative postule que le juge promeut la démocratie constitutionnelle en produisant une délibération. Celle-ci peut être envisagée comme un dialogue institutionnel ou une modalité d'exécution des décisions<sup>2912</sup>, mais également comme une discussion principielle plus substantielle, où la délibération dépasse le dernier mot du juge. La démocratie est alors conçue comme un ordre normatif qui dépasse la seule élection. À l'inverse, la critique de la légitimité des juges à décider de la constitutionnalité des lois repose sur une conception de la décision dans une démocratie, nonobstant les débats juridiques sur la nature du mandat qui leur serait donné par le constituant ou la Constitution. Cette critique suppose que le pouvoir politique et en particulier le législateur soit compétent ou légitime du fait qu'il est élu ou qu'il rassemble une pluralité d'intérêts<sup>2913</sup>.

Ces approches ne sont pas suffisantes pour comprendre tout à fait l'activité des juges. Le sens politique du constitutionnalisme n'est pas seulement une idéologie que le droit mettrait en forme, même s'il intègre des visions idéologiques. Ce processus d'intégration produit lui-même des effets qui dépassent le politique qu'il prend en elle : en arbitrant juridiquement des conflits qui se situent dans l'espace public, le juge produit de nouvelles formes du politique au sein d'un espace animé par d'autres acteurs. En particulier, la production de ces formes par le juge répond à l'espace partisan dans lequel il se situe. Le juge constitutionnel exprime nécessairement des positions sur son rôle institutionnel mais un degré supplémentaire de l'analyse devrait pouvoir mettre au jour les sens de la démocratie qui sont produits par le juge et, partant, comment le juge construit normativement son rôle dans un contexte donné. Dès lors, le langage mobilisé pour analyser la position des juges répond à une sémantique mal définie, qui oppose souvent représentation et participation, majorité et minorité, démocratie et populisme, juge et pouvoir politique, ou encore souveraineté populaire et capture par les élites. La démocratie inscrite dans les institutions issues du libéralisme est-elle

---

<sup>2910</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2911</sup> J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, 2012, p. 189-210, qui analyse en matière de droits sociaux l'enjeu de la « polycentricité » des questions posées au juge soulevé par Lon Fuller. Voir également R. UPRIMNY YEPES, « Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía », in M. GARCIA VILLEGAS, C.R. GARAVITO, R. UPRIMNY YEPES (dir.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Editorial Norma, 2006, p. 147-200. A. SACHS, « The Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights: The Grootboom Case », in P. JONES, K. STOKKE (dir.), *Democratising Development. The Politics of Socio-Economic Rights in South Africa*, Brill Nijhoff, 2005, p. 131-152, p. 142.

<sup>2912</sup> Voir *supra*, chapitre 7.

<sup>2913</sup> Voir J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346-1406.



pertinente pour lire la réalité juridique contemporaine de l’Afrique du Sud et de la Colombie ? Quelle est la définition du politique qui émerge du constitutionnalisme des deux pays ?

Les Cours constitutionnelles d’Afrique du Sud et de Colombie se sont retrouvées chacune en charge d’une Constitution progressiste alors que le régime politique renouait en partie avec le conservatisme politique, social et économique qui prévalait avant le moment constituant. Les deux pays ont ainsi été des lieux propices à l’essor du néolibéralisme, qui a d’ailleurs traversé la jurisprudence<sup>2914</sup>. Il ne fait pas de doute néanmoins que le pouvoir politique ainsi formé, dans une situation qu’il faut qualifier en termes de majorité et d’alternance, n’a pas nécessairement intérêt à laisser un juge constitutionnel indépendant. C’est pourtant bien l’indépendance qui marque les deux cours constitutionnelles, et en tout état de cause un rôle central depuis les années 1990 jusqu’à aujourd’hui. Nous proposons de qualifier cette intrication de paradoxe politique du constitutionnalisme transformateur.

La reconfiguration entre droit et politique à l’œuvre en Colombie et en Afrique du Sud dépend d’une fonction particulière des droits, de la justice constitutionnelle et de la notion de constitutionnalisme : comme ensemble de discours, placé au centre de l’élaboration d’un nouveau régime dans les deux pays, celui-ci inclut une nouvelle forme de gouvernement, aussi bien dans la séparation des pouvoirs que dans la légitimité politique. Le juge occupe alors une place particulière qui ne correspond pas tout à fait à la séparation des pouvoirs telle qu’elle est décrite traditionnellement. L’activisme comme intention du juge et non comme position gouvernante réagit alors à l’espace dans lequel il est déployé. La production d’une forme politique se comprend dans un contexte de rapports de pouvoir et de récit national (Section 1). On peut alors analyser l’élaboration d’un discours sur la démocratie de la part des juges (Section 2).

---

<sup>2914</sup> Voir *supra*, chapitres 3 et 4.

## SECTION 1 : LES COURS CONSTITUTIONNELLES FACE AU POLITIQUE

Les Cours constitutionnelles de notre étude se sont insérées dans l'élaboration d'un constitutionnalisme qui ne dépend pas que d'elles. Il s'est agi dans les deux pays de régénérer les notions de peuple et de société par les droits, ce qui implique une reconceptualisation de la notion même de politique (§1). En interprétant la Constitution de la manière dont les deux Cours l'ont fait dans leur espace propre, le juge est alors le narrateur d'un discours collectif dont il faut préciser la nature (§2).

### §1. Le juge comme pouvoir

Le rôle du juge dans le constitutionnalisme colombien et sud-africain appelle à une série de redéfinitions du politique et du juridique qui prennent la forme d'un dépassement à la fois des théories des droits (A) et des rapports de pouvoir (B).

#### A. La construction d'une société politique par le constitutionnalisme

Les relations entre pouvoir politique et justice constitutionnelle appellent différentes positions (1). Elles renvoient à une conception de la réalité sociale comme un conflit d'hégémonies politiques (2).

##### *1. Constitutionnalismes judiciaire, politique ou populaire*

Le rapport des approches théoriques de la justice constitutionnelle aux réalités politiques et sociales fait largement varier les conclusions que l'on peut associer au rôle du juge dans la démocratie. Les juges peuvent être conçus comme un organe contre-majoritaire défendant des valeurs ou des droits fondamentaux ou comme un forum des idées démocratiques<sup>2915</sup> : c'est le sens de la théorie que l'on a qualifiée de démocratique, qui se décline en garantie des droits ou en approche délibérative. L'activisme peut alors être inséré dans une typologie qui distingue le rôle idéologique ou déclaratif des droits du dispositif façonné par le juge, en lien avec les destinataires des décisions et d'une approche de l'exécution<sup>2916</sup>, mais cette approche elle-même dépend, comme toute l'interprétation constitutionnelle et comme tout dessein relatif à l'institution de la justice, d'une conception substantielle de la démocratie. Celle-ci ne s'élabore pas seulement théoriquement comme un ensemble normatif, au sens où y appelle par exemple Jürgen Habermas contre la seule

---

<sup>2915</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 392s. Voir par exemple K. O'REGAN, « A forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court », *South African Journal on Human Rights*, vol. 28, n° 1, 2012, p. 116-134.

<sup>2916</sup> Voir *supra*, chapitre 7.

instrumentalité du scepticisme juridique<sup>2917</sup>. C'est aussi une réaction à l'espace social et partisan. Ainsi les différentes discussions relatives à la légitimité de la justice constitutionnelle reposent sur une conception de la démocratie, mais cette conception est rarement explicitée. La démocratie est alors conçue successivement comme une procédure qui favorise l'élection et les représentants, comme une structure normative procédurale, comme une norme matérielle et comme une délibération.

Les courants critiques étatsuniens expriment une méfiance plus importante encore à partir des années 1970 vis-à-vis du droit en incorporant une critique marxiste plus ancienne<sup>2918</sup>. Duncan Kennedy y a vu un désenchantement à la suite des retournements entre progressisme et conservatisme à la Cour suprême<sup>2919</sup>. Aux États-Unis, la théorie de la justice constitutionnelle s'explique par la politisation différentielle de la Cour suprême et du pouvoir exécutif et législatif. Les premières formulations du scepticisme envers les juges, avec notamment le terme de gouvernement des juges forgé par Edouard Lambert en 1921, visent les décisions de la Cour Lochner à l'égard des législations sociales du pouvoir démocrate<sup>2920</sup>. Mais lorsque celui-ci change progressivement la composition de la Cour en usant du pouvoir de nomination détenu conjointement par le président et le Sénat, c'est un autre droit constitutionnel qui se dessine et ouvre à l'ère de la Cour Warren, de 1953 à 1968, qui porte les positions progressistes à l'occasion notamment du mouvement des droits civiques. Alexander Bickel est connu pour avoir élaboré la notion d'objection contre-majoritaire<sup>2921</sup> : il reprend en réalité une critique de la Cour suprême dans ce contexte en l'articulant avec sa propre faveur à la jurisprudence des droits civiques. Il s'agit pour lui de répondre à la défiance des juristes et politiciens conservateurs en appelant les progressistes à reconceptualiser le rôle de la Cour suprême. Le juriste discute notamment la théorie des principes juridiquement neutres élaborée par Henry Wechsler qui fait florès chez les constitutionnalistes d'alors, en alertant sur leur sens politique<sup>2922</sup>. C'est ce travail que poursuit ensuite Ronald Dworkin en admettant ce sens politique mais en l'insérant au sein d'une interprétation qui reste selon lui juridique, à condition de distinguer les principes des règles. Sa conceptualisation repose en particulier sur une idée de la démocratie que Bickel exprime dès le titre de son ouvrage, selon laquelle

---

<sup>2917</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, traduction de Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 1997, p. 11.

<sup>2918</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>2919</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997. L'ère conservatrice qui s'amorce à la fin des années 2010 voit ces critiques reprendre de la vigueur, voir S. MOYN, « Counting on the Supreme Court to uphold key rights was always a mistake », *The Washington Post*, 17 juin 2022.

<sup>2920</sup> É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Préface de Franck Moderne*, Dalloz, 1921 2005

<sup>2921</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics (1963)*, Yale University Press, 1986

<sup>2922</sup> *Ibid.*, p. 50-65.

le juge porte moins atteinte à la démocratie que l'exécutif. Alexander Bickel a notamment proposé cette vision du juge en estimant qu'il ne pouvait bien exercer un tel rôle sans trop entamer l'idéal démocratique, à condition qu'il ne soit pas trop dur avec l'exécutif au niveau de la contrainte et qu'il se contente d'être « l'énonciateur et le gardien<sup>2923</sup> » des valeurs constitutionnelles, comme un « instituteur de la nation<sup>2924</sup> ».

La justice constitutionnelle n'est alors pas seulement un progrès démocratique mais un rapport au libéralisme, au politique et à l'État moderne. À l'inverse des approches principielles, certains travaux aux États-Unis s'intéressent à l'interprétation constitutionnelle réalisée par les organes politiques voire réduisant chaque *département* à sa fonction propre, ramenant le juge à sa fonction de trancher les litiges, ce qui revient autant à rappeler une contrainte pesant sur le juge qu'à sortir d'une vision déformée des constitutionnalistes qui attendraient trop des juridictions<sup>2925</sup>. En sortir jusqu'à l'option du constitutionnalisme dit politique (*political constitutionalism*, par opposition au *legal constitutionalism*) qui estime qu'il revient à l'exécutif et au législatif en tant que représentants, et non au juge, de s'assurer du respect de la Constitution<sup>2926</sup>, voire au peuple, non seulement en l'intégrant à la procédure comme le font les Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie<sup>2927</sup>, mais dans un pouvoir de contrôle sur les décisions et les interprétations constitutionnelles<sup>2928</sup>. Ces travaux partent d'une critique du rôle des juges par rapport à la légitimité des représentants, avec souvent des présupposés sur la légitimité des représentants plutôt que de quiconque autre<sup>2929</sup>.

Pour Jeremy Waldron, qui argumente à l'encontre de Ronald Dworkin, une différence de nature entre le législateur et le juge constitutionnel est que le premier parle « au nom de la société » quand le second mêle des arguments moraux à des arguments juridiques tels que des lectures

---

<sup>2923</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>2924</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>2925</sup> D. JOHNSON, « Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning », *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 105-147.

<sup>2926</sup> Voir R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007. Pour une approche française, voir M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 13, 2014. G. TUSSEAU, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain: le contrôle politique de constitutionnalité », *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 711-750.

<sup>2927</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2.

<sup>2928</sup> L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University press, 2004, p. 153, qui veut que les juges constitutionnels « see themselves in relation to the public somewhat as lower court judges now see themselves in relation to the Court: responsible for interpreting the Constitution according to their best judgment, but with an awareness that there is a higher authority out there with power to overturn their decisions - an actual authority, too, not some abstract 'people' who spoke once, two hundred years ago, and then disappeared. »

<sup>2929</sup> Voir notamment J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », *op. cit.* note 4.

textualistes de la Constitution et le précédent judiciaire<sup>2930</sup>. S'il ne rejette pas que le juge puisse produire une forme de morale à partir du compromis, l'auteur n'en adopte pas moins une vision particulièrement étroite d'un jugement moral qui serait « autonome » des contraintes conçues comme juridiques<sup>2931</sup>. Un raisonnement moral s'inscrit toujours dans une réalité sociale et politique, telle précisément que les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud intègrent via la notion de contexte ou, pour la Cour colombienne spécifiquement, par une interprétation qui porte explicitement sur la société elle-même en construisant une norme parallèle au texte de la Constitution de 1991. À l'inverse, le constitutionnalisme politique ou populaire, quand il ne vise pas simplement à dire que le pouvoir politique ou le peuple pris de manière abstraite serait plus compétent pour interpréter la Constitution, postule que chaque acteur produit une interprétation de la Constitution lorsqu'il agit dans le cadre d'un régime dont il intériorise un ensemble de contraintes normatives. Les cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud ont justement produit un discours qui a participé à former ces contraintes normatives au-delà des seuls litiges. Elles ont produit un discours qui n'est pas réductible à ce que Jeremy Waldron considère comme des arguments juridiques mais un discours sur la société politique concrète.

La difficulté à penser l'activisme judiciaire, lorsqu'il est réduit au gouvernement des juges ou à l'application à peine corrigée par la concrétisation d'un droit établi<sup>2932</sup>, vient d'une double confusion sur le sens de la relation entre droit et politique. D'un côté, des discours favorables à la thèse démocratique de la constitutionnalisation considèrent le droit comme une forme supérieure à la politique. Mais d'un autre côté, les discours critiques comme ceux de Samuel Moyn, Ran Hirschl ou Martin Loughlin, comme les *Critical legal studies* avant eux, se sont appuyés sur un sens particulièrement pauvre du politique, souvent réduit à l'idéal national transcendant de l'État social ou de la souveraineté populaire contre le modèle d'une garantie constitutionnelle<sup>2933</sup>. La difficulté de l'export des débats états-uniens est qu'il repose sur une lecture du politique que l'on pourrait qualifier d'assez littérale, car si elle n'est pas électorale, elle demeure partisane au sens où la vie politique mais aussi juridique et judiciaire du pays pourrait se comprendre du point de vue de l'opposition entre Républicains et Démocrates. La circulation d'une version « virale » et a-critique de la critique du raisonnement juridique est précisément due, pour Duncan Kennedy, à ce qu'elle

---

<sup>2930</sup> J. WALDRON, « Judges as moral reasoners », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n° 1, 2009, p. 2-24.

<sup>2931</sup> *Ibid.*, p. 18-19. J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », *op. cit.* note 4

<sup>2932</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2.

<sup>2933</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2, §2. Voir I. RUA WALL, « On a Radical Politics for Human Rights », *The meanings of rights : the philosophy and social theory of human rights*, Cambridge University Press, 2014, p. 106-120, spec. p. 110-111. Il s'en suit que « the danger of this idea of an authentic or proper human rights is that it generates a static image of human rights whereby their shifting functions and apparatuses are generated to meet the techno-economic needs of liberal-capitalism or the well-meaning but empty ethico-political visions of left-liberals » (*Ibid.*, p. 117).

s'était élaborée aux États-Unis dans une alternance entre deux camps sans remettre en cause de manière externe la *rule of law*<sup>2934</sup>. Le politique est alors compris comme la vie partisane. Il manque à ces apports critiques une vision enrichie du politique qui porte sur les valeurs et leur rôle, et qui serait plus utile aux contextes sud-africain ou colombien. Ce que Theunis Roux semble rejeter par exemple en dénonçant l'import d'idées réalistes en Afrique du Sud<sup>2935</sup>, c'est l'opposition qui segmente le débat américain entre un progressisme politique défendu par Kennedy et Klare, et le conservatisme juridique que défendrait un Dworkin selon ces derniers, qui favoriserait alors un conservatisme politique et qui empêcherait de réaliser pleinement l'idéal progressiste porté, historiquement, par les *Critical legal studies*<sup>2936</sup>. Or, le problème ne se poserait pas dans les mêmes termes en Afrique du Sud, où à l'inverse des États-Unis le progressisme politique était plutôt dominant depuis la fin de l'Apartheid, à l'image du texte de 1996, quand la culture juridique elle reposerait sur une tradition plus aisément conservatrice – c'est la nature progressiste du texte sud-africain qui selon Roux justifierait de pencher pour une lecture principielle plus formaliste qui aux États-Unis favoriserait le conservatisme politique<sup>2937</sup>. En 2002, Theunis Roux était déjà venu corriger la lecture enthousiaste de la décision *Grootboom* par Cass Sunstein, jugeant que le qualificatif de constitution progressiste - par opposition à une Constitution américaine conservatrice - était encore trop attaché à empêcher le passé de survenir de manière négative<sup>2938</sup>. En somme le juriste Sud-Africain, plutôt que de rejeter l'origine américaine de la notion, fait le tri parmi les influences américaines pour choisir la plus adaptée selon lui à l'Afrique du Sud où le conflit politique porte sur des visions axiologiques mais que son lien avec une vie partisane dominée par un parti unique est bien différent.

## 2. Hégémonie et contre-hégémonie des droits

Les travaux Roberto Gargarella s'inscrivent dans une revalorisation du progressisme juridique en Amérique latine. Il a notamment mêlé le courant délibératif qui s'est nommé dialogique dans l'espace anglophone et le courant étatsunien du constitutionnalisme populaire<sup>2939</sup>. Face à un

<sup>2934</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, op. cit. note 10, p. 47, voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1, B., 2.

<sup>2935</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1.

<sup>2936</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, n° 1, 1998, p. 146-188, p. 168-171.

<sup>2937</sup> T. ROUX, « Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference? », *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 258-285, p. 280 : « *That being so, a judge pursuing a Dworkinian method of interpretation is more likely to be able to defend a progressive, "caring", communitarian interpretation of the Constitution than she would be able to defend a mainstream liberal interpretation of the United States Constitution.* ». Le texte serait en effet « *a liberal constitution of a particular type - certainly not a classic liberal constitution, but one that reflects the more statist and communitarian tradition within liberalism, and connects it with the indigenous African philosophy of ubuntu.* » (*Ibid.*).

<sup>2938</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, A.

<sup>2939</sup> R. GARGARELLA (dir.), *Por una justicia dialógica : el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

constitutionnalisme qui dans la région est largement inspiré du libéralisme américain, l'influent auteur argentin a proposé de concevoir les constitutions comme portant des clauses dormantes, laissées dans la Constitution par des compromis entre des forces progressistes et un pouvoir qui accordait des droits sociaux en échange de la légitimation du présidentielisme ou de la représentation au profit du parti au pouvoir, alors que ces clauses sont susceptibles d'être réveillées ou activées par les demandes des citoyens et des juges réceptifs<sup>2940</sup>. Selon une autre formulation, un constitutionnalisme critique propre à l'Amérique latine viendrait provoquer un changement de la pensée dominante en institutionnalisant la rébellion<sup>2941</sup>. Il s'agirait en particulier d'un « pouvoir négatif » saisi par le peuple concret, c'est-à-dire les mouvements sociaux et la participation à la justice constitutionnelle, face aux pouvoirs et élites traditionnels<sup>2942</sup>. De fait, les cours constitutionnelles de Colombie comme d'Afrique du Sud comme leurs membres à titre particulier, ceux qui ont été les plus activistes, ont travaillé à l'ouverture à la société, avec l'accès à la juridiction, les *amici curiae* pratiqués par les deux juridictions, l'accueil d'experts et la pratique même des opinions<sup>2943</sup>. Est-ce pour autant l'adhésion franche à une conception radicale du politique comme rébellion permanente ?

Ces idées ont pu être rapprochées du populisme latinoaméricain<sup>2944</sup>. Mais une différence notable est que le pouvoir populaire, certes opposé aux élites, est ici paradoxalement attribué au juge, même s'il est conçu, il est vrai, comme l'expression du peuple constituant en concurrence avec le discours populiste<sup>2945</sup>. L'aspect social de la Constitution est alors mis en avant, posant la question du rôle que peut jouer la Cour entre un pouvoir qui cherche à s'adresser au peuple en mobilisant sa citoyenneté sociale et la défense d'une norme constitutionnelle qui est elle-même conçue de manière

---

<sup>2940</sup> R. GARGARELLA, « Latin American Constitutionalism Then and Now : Promises and Questions », in D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR (dir.), Ashgate, 2012, p. 143-162, p. 152s.

<sup>2941</sup> A. NOGUERA, « What do we mean when we talk about 'Critical constitutionalism' ? Some Reflexions on the New Latin American Constitutions », in D. NOLTE, A. SCHILLING-VACAFLOR (dir.), Ashgate, 2012, p. 99-122, spec. p. 100 : « *All social transformation processes have entailed not only a set of changes in the material sphere but also a process consisting of, first, the de-construction of the philosophy and culture of the dominant order and class (which views this philosophy as the 'ethical content of power'); and, second, the construction and diffusion of a new philosophy and culture, closely intertwined with the political programme of the oppressed classes (which understand this philosophy as 'emancipation'), that is the basis to legitimize the new establish order.* »

<sup>2942</sup> *Ibid.*, pp. 116-117 : « *One of the most important reasons why the people of some Latin American countries initiated constituent processes was their discontent with a corrupt, elitist and marginalizing political system, and their desire to establish a truly democratic system. Thus, citizen participation and democratic control over power have been at the heart of these new constitutions from the outset. In order to overcome the liberal system of political representation, the new Latin American constitutions have structured not only instituted powers but also negative power. Negative power is a direct or indirect means for the people to exercise sovereignty, consisting in the capacity to impede, totally or partially, the creation and application of law by a political body of the state in violation of people's rights.* »

<sup>2943</sup> Voir *supra*, chapitre 7, section 2.

<sup>2944</sup> Voir par exemple C. CERDA GUZMAN, « Confier l'interprétation de la Constitution au peuple. À la rencontre du constitutionnalisme populaire latino-américain », in P. RRAPI (dir.), *Les interprétations concurrentes de la Constitution*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2023, p. 59-78.

<sup>2945</sup> Voir M.-C. PONTHEOREAU et al., « La confiance du public dans la justice constitutionnelle à l'ère du populisme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 35, 2019, p. 13-79, notamment l'introduction de l'étude par Marie-Claire Ponthoreau, p. 15-20.

sociale<sup>2946</sup>. Le nouveau constitutionnalisme du Sud ou de l'Amérique latine consisterait en ce syncrétisme particulier<sup>2947</sup>. Cette approche a la vertu de complexifier la notion de démocratie qui n'est alors pas simplement réduite au juge ou au peuple. Elle a l'inconvénient en revanche de nier ses fondements radicaux en se fondant avec le néoconstitutionnalisme qui donne une importance cruciale au juge dans l'interprétation des valeurs et principes érigés au cœur de la démocratie<sup>2948</sup>. La question est alors pour ces courants celle de l'importance et du rôle de la participation populaire à la justice constitutionnelle. Surtout, à notre sens, elle repose sur une conception trop simple du politique, envisagé comme une lutte entre des idéologies concurrentes. Il y a certes une bataille du sens autour des différents intérêts associés aux constitutions colombienne et sud-africaine, qui ont fait que les juges ont été eux-mêmes les récepteurs et les producteurs de données idéologiques variées<sup>2949</sup>. Mais ces courants manquent alors deux éléments. Précisément, le politique est une forme de syncrétisme qui ne s'arrête pas à l'interprétation donnée par le juge ou une signification sociale ou populaire de la constitution : il s'agit d'une discussion qui porte sur la forme même du politique et la création et la définition de ce qu'est le peuple. Les juges produisent alors une forme de politique particulière et l'activisme se comprend non comme la finalité donnée à ses dispositifs, du point de vue de l'effectivité, ou à ses interprétations, selon un sens idéologique, mais à l'intention, qui varie selon les membres de juridictions et les compositions, par laquelle le juge déploie ses pouvoirs dans l'espace social et politique. Deuxièmement, ces courants minimisent le rôle des acteurs politiques dans la formation du sens constitutionnel, y compris dans les interactions entre les juges et le pouvoir – et non seulement le peuple. Rien ne prouve en effet que le juge ne peut pas avoir un agenda partisan peu attaché aux principes ou qu'à l'inverse les représentants ne peuvent pas être dotés des qualités associées par les courants du constitutionnalisme démocratique aux juges<sup>2950</sup>. Le juge, s'il est pris dans les questions sociales et politiques et s'il s'en empare lui-même – un aspect que n'envisage pas la lecture critique de Samuel Moyn ou Ran Hirschl à l'égard du constitutionnalisme<sup>2951</sup> – devient alors un acteur politique, même s'il n'est pas un acteur comme un autre du fait qu'il produit un type de discours particulier qui lui-même produit des effets particuliers.

Le colombien Nicolás Figueroa García-Herreros a proposé de parler d'un constitutionnalisme « contre-hégémonique » à l'égard précisément de la lecture de Ran Hirschl et

---

<sup>2946</sup> Voir *ibid.*, p. 18-19 et l'étude de Carolina Cerda Guzman, p. 21-36.

<sup>2947</sup> C.M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », in C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2015, p. 9-18.

<sup>2948</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1.

<sup>2949</sup> Voir *supra*, chapitre 4.

<sup>2950</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.* note 6, p. 396-404, et voir p. 406 sur les apories d'un « paternalisme juridictionnel ».

<sup>2951</sup> Pour une critique, voir *supra*, chapitre 3, section 2, §2.



de sa réduction du projet constitutionnel à l'hégémonie des élites au pouvoir<sup>2952</sup>, et qui s'applique aussi à l'Afrique du Sud : les intérêts d'une élite néolibérale ont été protégés en même temps qu'une approche plus sociale et égalitaire, qui justement faisait son entrée par le biais de la transition constitutionnelle dans les deux pays. Cette approche s'appuie sur la diversité du moment constituant et il a pu être noté, en Afrique du Sud, ou en Colombie où le textes de 1991 ont pu être vus comme un mélange d'influences « libérales, conservatrices, nationalistes, internationalistes, autoritaires, démocratiques et social-démocrates<sup>2953</sup> ». Il n'y avait pas un seul projet idéologique mais bien la présence contradictoire d'un agenda néolibéral, défendu par les gouvernements, et un idéal égalitaire poussé par les mouvements jusqu'alors exclus qui intégraient le pouvoir et participaient à un compromis en monnayant leur adhésion, faisant de la justice constitutionnelle une force d'opposition en puissance<sup>2954</sup>. Il faut dès lors faut complexifier l'approche de Ran Hirschl qui estime que les cours constitutionnelles auraient adhéré « aux récits et aux intérêts et attentes des élites dirigeantes<sup>2955</sup> » en protégeant les droits d'une minorité urbaine et aisée contre ceux de la majorité<sup>2956</sup>. Si cette lecture a un certain sens en Colombie et en Afrique du Sud, elle doit être raffinée avec une lecture des enjeux de pouvoir politique tel qu'il est mis en œuvre par les acteurs.

Le concept d'hégémonie élaboré par Antonio Gramsci se prête aisément à une telle lecture, notamment depuis les années 1980 où une pensée post-marxiste y a vu un déplacement au profit de la superstructure idéologique, qui ne serait pas le pur produit de l'infrastructure socio-économique, pour expliquer les rapports du pouvoir, comme semblait le penser Marx<sup>2957</sup>. Les représentations et croyances constituent un enjeu de luttes au-delà des seuls choix d'une élite qui pourrait être identifiée de manière univoque, mais dans une dialectique des discours et pratiques majoritaires et minoritaires qui ne se résume pas à une opposition binaire entre bourgeoisie et

---

<sup>2952</sup> N.F. GARCÍA-HERREROS, « Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia », *Constellations*, vol. 19, n° 2, juin 2012, p. 235-247, p. 237 : « *Colombian constitutionalism after 1991 should be understood as an example of counter-hegemonic constitutionalism. (...) (T)he Colombian Constitution and the newly created Constitutional Court have been instrumental in preserving a space in Colombian politics for progressive political agendas that are clearly rejected by traditional elites* »

<sup>2953</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, Panamericana Editorial, 2010, p. 212. N.F. GARCÍA-HERREROS, « Counter-Hegemonic Constitutionalism », *op. cit.* note 43. .

<sup>2954</sup> N.F. GARCÍA-HERREROS, « Counter-Hegemonic Constitutionalism », *op. cit.* note 43, spec. p. 240 : la Cour « *was not created to protect the hegemony of traditional elites on the brink of losing their power. It was created to protect and advance the Constitution, to make sure that it would not be just another piece of paper with no impact whatsoever on reality. The Constitution made room for the advancement of a free market economy in the country, but it also promised to address the social deficit of the Colombian state; it called for a revolution in the protection of individual rights, but it also established guarantees for social and economic rights. The constitutional compromise that was achieved in 1991 opened up Colombian politics to groups previously excluded from participation: left-wing parties, indigenous minorities, religious minorities, and ordinary citizens who now had at their disposal a variety of mechanisms through which they could make their voices heard* ». Soit une expression typique de la thèse démocratique identifiée *supra*, chapitre 1.

<sup>2955</sup> R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004, p. 172 : « *to the metanarratives and the interests and expectations of ruling elites* ».

<sup>2956</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §2, A, 1.

<sup>2957</sup> Il faut dire qu'il se prête à beaucoup de lectures : Gramsci élabore le concept tout au long de ses carnets de prison sans en proposer une vision systématique. Voir G. HOARE, N. SPERBER, *Introduction à Antonio Gramsci*, La Découverte, « Repères », 2013, p. 93-112.

prolétariat<sup>2958</sup>. De multiples groupes sociaux seraient en confrontation, produisant selon les travaux de Chantal Mouffe et Ernesto Laclau, particulièrement influents au sein de la gauche latinoaméricaine, un processus dialectique entre les revendications et les discours<sup>2959</sup>. Dès lors, le pouvoir constituant transformateur doit se comprendre comme l'extension des possibilités axiologiques au-delà de la seule base acceptable auparavant<sup>2960</sup> : comme un espace de conflits symboliques et idéologiques, d'où il ressort que le constitutionnalisme ne peut être associé à un sens ou une classe déterminée. Les *Critical legal studies* influencent alors les discours du constitutionnalisme transformateur précisément parce qu'elles se détachent d'une lecture marxiste de la réalité juridique, qui postule qu'une infrastructure socio-économique viendrait au fond contraindre le droit : au contraire, ces contre-discours visent à produire une critique interne au raisonnement juridique et au raisonnement idéologique en général, qui ne peuvent exister de manière cohérente mais doivent être déconstruits<sup>2961</sup>. La transformation sociale n'est alors pas un rapport entre ces deux entités mais un jeu diffus de positions politiques dans les arguments juridiques, de manière contingente aux pouvoirs en place. Le juge n'est pas un organe qui est activisme ou non comme on pourrait dire qu'il est ou non un acteur politique ou qu'il se fait gouvernement ; le juge constitutionnel produit une activité particulière qui découle d'une intention activiste plus ou moins grande et variable selon les membres et les époques, qui s'est notamment caractérisée, en Afrique du Sud et en Colombie, par une économie particulière du discours.

---

<sup>2958</sup> Ou, comme le dit Michel Foucault : « le pouvoir vient d'en bas ; c'est-à-dire qu'il n'y a pas, au principe des, relations de pouvoir, et comme matrice générale, une opposition binaire et globale entre les dominateurs et les dominés, cette dualité se répercutant de haut en bas, et sur des groupes de élus en plus restreints jusque dans les profondeurs du corps social. Il faut plutôt supposer que les rapports de force multiples qui se forment et jouent dans les appareils de production, les familles, les groupes restreints, les institutions, servent de support à de larges effets de clivage qui parcourent l'ensemble du corps social. Ceux-ci forment alors une ligne de force générale qui traverse les affrontements locaux, et les relie; bien sûr, en retour, ils procèdent sur eux à des redistributions, à des alignements, à des homogénéisations, à des aménagements de série, à des mises en convergence. Les grandes dominations sont les effets hégémoniques que soutient continûment l'intensité de tous ces affrontements. » (M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, Vol. 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, 1976, p. 124). Ou encore : « Le pouvoir, je crois, doit être analysé comme quelque chose qui circule, ou plutôt comme quelque chose qui ne fonctionne qu'en chaîne. Il n'est jamais localisé ici ou là, il n'est jamais entre les mains de certains, il n'est jamais approprié comme une richesse ou un bien. Le pouvoir fonctionne. Le pouvoir s'exerce en réseau et, sur ce réseau, non seulement les individus circulent, mais ils sont toujours en position de subir et aussi d'exercer ce pouvoir. Ils ne sont jamais la cible interne ou consentante du pouvoir, ils en sont toujours les relais. Autrement dit, le pouvoir transite par les individus, il ne s'applique pas à eux. », M. FOUCAULT, « Il faut défendre la société ». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Gallimard / Seuil, 1997, p. 27.

<sup>2959</sup> E. LACLAU, C. MOUFFE, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, Verso, seconde édition, 1987 2001

<sup>2960</sup> Voir *supra* chapitre 1, section 2, §1-A.

<sup>2961</sup> C'est ce que Duncan Kennedy qualifie de projet critique post-moderne, qui dépasse le seul projet émancipateur d'inspiration marxiste, qui parle de « *the goal of achieving transcendent aesthetic/emotional/intellectual experiences at the margins of or in the interstices of a disrupted rational grid.* » : il s'agit de « *reject bourgeois essences like 'individual', 'man', 'nation', 'class', 'race', 'family', even or especially 'humanity'. (...) Modernists broke with the revolutionary and communist traditions because the leftists turned out to be hyperbourgeois in cultural matters (socialist realism, revolutionary puritanism). They turned out to hate both the anarchic primal underforces and the formal play of critique, experiment, and innovation.* », D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 10, p. 7-8. Une étude du droit est donc une étude des représentations et donc des idéologiques que portent les arguments juridiques (*Ibid.*, p. 20). Pour une approche plus constructiviste encore, voir R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task* (1986), Verso, 2015.

## B. L'activisme judiciaire radical du constitutionnalisme transformateur

Un activisme judiciaire radical, comme intention d'agir sur la réalité par le discours, se forme à la confluence de deux représentations. D'un côté, le pouvoir est conçu comme un lieu vide d'une essence prédéterminée (1). D'un autre côté, le discours judiciaire produit une axiologie qui reconfigure sans cesse la distinction entre droit et politique (2).

### 1. *Le lieu vide du pouvoir*

Réduire les droits à une idéologie ou à un rapport partisan donné revient à passer d'un côté ou de l'autre de la distinction traditionnelle entre droit et politique, propre au libéralisme politique, en niant notamment l'aspect émancipateur qui peut être associé aux droits sociaux. C'est vers cette interprétation que Claude Lefort tire l'hostilité marxiste aux droits pour proposer une conception du politique qui les voit non comme des entités figées, universelles ou individualistes, alors que l'on ne peut envisager les droits de l'homme sans les droits du citoyen et sans les droits sociaux<sup>2962</sup>. Contre le marxisme mais également la lecture individualiste du libéralisme, c'est-à-dire contre deux versions idéologiques des droits de l'homme, Lefort propose d'envisager un « droit social » comme « foyer immaîtrisable des droits », dont le foisonnement participe d'un mouvement démocratique nécessairement indéterminé vers l'émancipation, dans un espace situé entre l'individualisme et le collectivisme<sup>2963</sup>. Dès lors, les droits et leur « illimitation » sont « non la démesure d'une expansion dérégulée, mais le geste d'autonomie [...] par lequel des sujets déplacent sans cesse les limites du public et du privé, du social et du politique », mais les « pratiques performatives par lesquelles nous devenons des citoyens qui modifions et réinventons nos identités politiques » ; « les déclarations des droits doivent être connues comme des opérations discursives radicales qui déconstruisent et reconstruisent le politique »<sup>2964</sup>.

À partir de la conception donnée par Michel Foucault du pouvoir, on peut envisager les droits comme un espace qui s'ouvre de contestation quotidienne des mécanismes d'oppression qui

---

<sup>2962</sup> C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Fayard, 1981, « Les droits de l'homme et l'Etat providence » (p. 46s) et « Relecture du manifeste communiste » (p. 188s).

<sup>2963</sup> *Ibid.*, « Droits de l'homme et politique », p. 45-81. Il s'agit pour l'auteur de sortir les droits de leur seule lecture libérale, qui les voit comme une vérité naturelle et intangible, proposée par les « nouveaux philosophes » des années 1970 qui s'inspirent du courant de la *Global justice* d'alors, S. MOYN, « The Politics of Individual Rights: Marcel Gauchet and Claude Lefort », in R. GEENENS, H. ROSENBLATT (dir.), *M*, Cambridge University Press, 2012, p. 291-310, spec. p. 293-294. Voir aussi E. BALIBAR, *Frontières de la démocratie*, La Découverte, 1992, p. 247.

<sup>2964</sup> J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie d'un scepticisme démocratique*, Seuil, La couleur des idées, 2016, p. 317-318. Toutefois, les auteurs s'opposent à une « tentation hyper-foucauldienne » qui voit dans les droits une arme rhétorique au sein des revendications sociales conçues comme un combat (*Ibid.*, p. 331), et s'intéressent plutôt aux discussions sur les principes ou finalités du politique.

touchent au statut socio-économique, au genre ou à la race, précisément parce que ces mécanismes agissent, comme les droits, sur la relation entre pouvoir et savoir, en redéfinissant sans cesse le statut des individus<sup>2965</sup>. Cette approche peut être conciliée à la fois avec celles qui tendent à insérer le juge dans une délibération démocratique élargie et avec celles qui voient dans un constitutionnalisme nouveau ou transformateur un changement permanent des coordonnées du débat politique par l'entremise des cas individuels résolus par le juge<sup>2966</sup>. Il faut comprendre ce que signifie juridiquement la redéfinition de l'individu non plus comme le sujet souverain des constituants du XX<sup>ème</sup> siècle, dont la sphère privée doit être défendue contre toute ingérence, mais par son autonomie et sa capacité d'agir, avec les effets de pouvoir que portent le langage et les représentations. Les droits ne peuvent donc plus être considérés comme le seul masque du pouvoir politique et social<sup>2967</sup>. Ils forment une production commune des institutions et des individus, une unité et une altérité ou une résistance<sup>2968</sup>. Les usages diffus du langage se font avec la normativité formelle ; le discours des droits légitime le pouvoir autant qu'il l'encadre<sup>2969</sup>. C'est par exemple l'apport contemporain des analyses inspirées des *Critical legal studies* à l'instar de celle proposée, de manière célèbre, par Martti Koskenniemi pour le droit international : ce dernier est un phénomène

---

<sup>2965</sup> P. DE VOS, « Refusing Human Rights ? A Foucauldian Account », in K. VAN MARLE (dir.), *Refusal, transition and post-apartheid law*, Sun Press, 2009, p. 121-139. Dès lors, « *Rights discourse itself is a contested terrain in which essentially political struggles take place about an array of important political issues. It is therefore highly problematic to claim that rights are either good or bad, that they emancipate or dominate, as they carry no innate capacity either to advance or impede radical democratic ideals. Rights have no inherent political or liberatory function: while they can constitute a force for emancipation they can also give rise to a means of obstructing or co-opting progressive political demands.* » (*Ibid.*, p. 15). L'auteur s'est particulièrement intéressé à la jurisprudence sud-africaine sur les questions de genre et répond aux refus du langage des droits par les mouvements sociaux les plus radicaux, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>2966</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §2, B. Pour une telle extension voir A. GIBBS, « Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism », *Law, Culture and the Humanities*, mai 2017, p. 1-20.

<sup>2967</sup> Une thèse célèbre insiste sur la distinction faite par Foucault entre d'un côté le droit comme interdit formel associé à la souveraineté et à la monarchie, d'un autre côté les disciplines, comme biopouvoir et techniques diffuses, visibles dans l'organisation du travail, les institutions pénales et judiciaires, l'école, et qui remplaceraient les premiers à l'ère moderne, d'où il a pu être dit que Michel Foucault ne comprenait pas le phénomène juridique, A. HUNT, G. WICKHAM, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, 1994, p. 63. C'est bien ce qui a été reproché à Foucault lorsqu'il les rejetait parce que trop libéraux, trop associés au pouvoir autoritaire qui venait attribuer d'en haut des qualités aux individus, préfigurant alors la critique des droits comme compagnons du néolibéralisme.

<sup>2968</sup> Il s'agit notamment de la vision opposée à la thèse précédente visant à revaloriser l'approche du droit par Foucault, en analysant chez lui un droit fragmenté et irrésolu, celui à la fois de la souveraineté étatique et des disciplines, qui ne répondent pas à une logique chronologique mais entretiennent une relation complexe et coexistent, B. GOLDER, P. FITZPATRICK, *Foucault's law*, Routledge, 2009, spec. p. 53-98. Dès lors, « *Foucault's law, like his more famous (re) thinking of power as relational, cannot be rendered in any enduring stasis but, rather, must always remain incipiently responsive to the advent of alterity, and to the ineradicable and importunate demands of resistance and transgression.* » (*Ibid.*, p. 54). À côté du droit comme exercice du pouvoir politique et social, il existerait un droit mouvant, reproduit et renégocié, échappant au contrôle, *Ibid.*, p. 71-76. Voir également, pour une lecture du concept foucauldien de pouvoir appliqué aux droits, P. DE VOS, « Refusing Human Rights ? A Foucauldian Account », *op. cit.* note 56.

Dans le même ordre d'idées, on peut dire que l'analyse de la fabrication sociale du droit comme activité symbolique des acteurs du droit par Pierre Bourdieu n'est pas un anti-juridisme à côté d'une lecture sociopolitique du social, mais bien la constitution d'une des formes de légitimité sociale par le discours juridique, J. CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 17-37, p. 25.

<sup>2969</sup> Ben Golder et Peter Fitzpatrick insistent notamment sur le fait que le droit est, chez Foucault, le produit de la relation entre pouvoir et savoir, B. GOLDER, P. FITZPATRICK, *Foucault's law*, *op. cit.* note 59, p. 63-67.

discursif qui ne peut se réduire à des présupposés politiques comme ceux du libéralisme et de l'universalisme, trop ethnocentrés, mais exigent au contraire une discussion voire un militantisme qui affronte le contenu politique des droits et du droit<sup>2970</sup>.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre la rhétorique de certains juristes colombiens et sud-africains à l'égard d'une pensée juridique soi-disant rationnelle et occidentale, même si elle s'inspire, en réalité, d'une critique issue également du Nord tandis que la dogmatique libérale provient tout autant du constitutionnalisme du Sud<sup>2971</sup>. Dès lors, les théories de la justice portées sur l'autonomie personnelle peuvent alors nourrir autant une vision peu transformatrice favorable au néolibéralisme qu'un changement social, de la même manière qu'un même langage peut recouvrir différentes fonctions. Dire que l'on a un droit à l'eau (ou à l'éducation, au logement ou à un environnement sain) n'est pas une nouvelle demande matérielle à la manière d'une liste de course comme l'envisagent les critiques d'une multiplication infinie des droits, et ce n'est pas simplement la réclamation d'une quantité d'eau ; c'est aussi l'attribution d'un droit, c'est-à-dire un processus juridique qui relève par nature, pour paraphraser Lefort, de l'illimitation, et qui donne aux requérants et aux personnes situées dans la même situation une place dans le système juridique et donc un système de croyances communes en construction. Du point de vue de l'activisme juridictionnel, l'effectivité de cette opération n'est pas tant que le requérant ou les personnes situées dans une position semblable disposent effectivement d'eau ; une telle effectivité requiert seulement l'élaboration d'un discours cohérent qui se donne et soit perçu comme constitutionnellement normatif. Les effets indirects d'une telle opération peuvent alors être que des individus ou des mouvements sociaux s'emparent de cette qualification réussie pour faire valoir leurs droits auprès des pouvoirs publics et privés, mais l'emprise du juge sur cet aspect est limitée et les discours juridiques ne peuvent simplement présumer qu'elle existe.

Les droits sont alors une reformulation constante du pacte social, à partir de la citoyenneté ou de la dignité humaine qui se construisent dans la relation sociale et donc le pacte politique, selon un processus d'intégration qui se joue dans le temps et selon les conditions socio-politique rencontrées. Les droits relèvent d'un droit social relationnel qui font exister le corps politique dans une indétermination qui répond à un mouvement incessant, propre à la démocratie comme la

---

<sup>2970</sup> Voir M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Pedone, CERDIN - Doctrine(s), 2007, en particulier « Entre utopie et apologie : la politique du droit international », p. 52s. Pour une critique d'un point de vue pourtant critique lui aussi, mais moins tenté par cette « *tentation hyper-foucauldienne* », voir J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme*, *op. cit.* note 55, p. 331-332 (tandis que la critique opposée aux droits par Samuel Moyn est elle conçue comme une branche « *historiciste* » de cette voie radicale). La vision stratégique des droits de Martti Koskenniemi est alors distinguée de celle de Claude Lefort, en ce qu'il vise un principe politique substantiel malgré l'indétermination, mais il y a à douter que la différence soit autre chose qu'une question de focale et de discipline académique, de la part d'un juriste et d'un philosophe.

<sup>2971</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

concevait Claude Lefort<sup>2972</sup> - cette conception correspond plus à la dialectique que veulent voir les auteurs qui théorisent un constitutionnalisme transformateur qu'à la vision naturaliste qui, précisément, privilégie les droits et libertés anciens à des droits sociaux jugés secondaires, non-applicables voire néfastes. On peut en effet penser que les droits quelle que serait leur supposée nature (et avant ou au-delà d'une positivisation juridique), des

[...] pratiques performatives par lesquelles nous devenons des citoyens qui modifions et réinventons nos identités politiques. (L)es déclarations des droits doivent être connues comme des opérations discursives radicales qui déconstruisent et reconstruisent le politique.<sup>2973</sup>

L'idée même de droits fondamentaux renvoie à ce travail lorsqu'il est abouti dans le domaine de la pratique juridique, et que de simples garanties juridiques deviennent si importantes qu'on les considère comme fondamentales<sup>2974</sup>. Le discours juridique offre ainsi une tautologie (un droit est fondamental parce qu'il est fondamental) qui s'appuie sur une régression du langage, visant à placer à l'origine d'une déduction (le fondement, voire la nature des hommes et des sociétés) ce qui ne fait en réalité sens que pour le locuteur contemporain. L'individu (ou le sujet) comme la société, et les institutions telles que l'État, ne sont intelligibles que dans les mots qui en constituent les représentations – représentations dont les droits sociaux, culturels et environnementaux sont au cœur des recompositions permanentes. Les droits sont alors un moment de reconstruction politique permanente et jamais terminée, dans ce que Claude Lefort appelait l'indétermination démocratique<sup>2975</sup> ou la démocratie sauvage<sup>2976</sup>. Cette dernière cible alors la démocratie des droits individuels dans son sens bourgeois : il s'agit pour Lefort de s'opposer tant au totalitarisme qu'à ses germes dans une appréhension figée et purement étatique du social. Une effervescence de la démocratie ne s'oppose pas à la démocratie au sens institutionnel mais y ajoute alors un sens

---

<sup>2972</sup> C. LEFORT, *L'invention démocratique*, op. cit. note 53, p. 45-81.

<sup>2973</sup> J. LACROIX, J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme*, op. cit. note 55, p. 317-318. Sans adhérer tout à fait à cette vision radicale, les auteurs interprètent plutôt le « droit d'avoir des droits » évoqué par Hannah Arendt comme une dynamique d'émancipation des groupes et individus vers la reconnaissance de nouveaux droits, mais à partir de la citoyenneté c'est-à-dire de l'appartenance première et préalable à une communauté politique. Pour une récente traduction voir H. ARENDT, *Il n'y a qu'un seul droit de l'homme*, Payot, 2021, trad. E. Alloa.

<sup>2974</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Juspoliticum*, n° 5, 2010 : « sont fondamentaux (ou prétendent à être considérés comme tels) des droits et libertés déjà consacrés par des ordres juridiques. Il s'agit donc moins de consacrer de nouveaux droits et libertés dans les ordres juridiques que d'identifier - dans une démarche descriptive - ou de conférer - dans une démarche normative - des garanties spécifiques à des droits déjà posés. »

<sup>2975</sup> C. LEFORT, *Essais sur le politique (XIXe-XXe siècles)*, Seuil, Esprit, 1986, « La question de la démocratie », p. 21-45. C. LEFORT, « L'incertitude démocratique », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 31, n° 97, 1993, p. 5-11. Voir introduction, §3-C.

<sup>2976</sup> C. LEFORT, *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Gallimard, Tel, 1979, p. 5.

positivement indéterminé et « fragile »<sup>2977</sup>. Cette approche de la démocratie est semblable à l'imaginaire social auquel appelait Cornelius Castoriadis contre les savoirs et théories absolus qui devraient expliquer une fois pour toute la société avant toute révolution ; dès lors le politique se définit par l'imaginaire qui se déploie dans les pratiques tandis que l'ordre et le désordre ne sont que des « concepts-limites » pour penser le réel<sup>2978</sup>.

Le constitutionnalisme transformateur un changement dans la fonction même de la Constitution ; celle-ci ne serait plus seulement le fondement légitimant du pouvoir institué mais un changement constant, soit une forme de politique qui dépasse la compétition entre des acteurs en vue d'exercer le pouvoir (jusqu'à la conclusion d'un pacte sur l'organisation de cette lutte), et engage une réflexion continue et jamais close sur la forme de vie en société<sup>2979</sup>. Le moment constituant est alors envisagé comme continu et « critique », au sens d'une remise en cause des rapports de pouvoir par la discussion et l'usage (et non l'essence ou la titularité figée) des droits<sup>2980</sup>. Il s'agit alors d'envisager le constitutionnalisme lui-même comme un lieu vide d'expression des idéologies, contre l'idée d'une justification de positions données<sup>2981</sup>. Selon Johan Van der Walt, une voix critique sud-africaine,

---

<sup>2977</sup> C'est notamment la lecture proposée par A. CHOLLET, « L'énigme de la démocratie sauvage », *Esprit*, n° 451, février 2019, p. 136-146, voir notamment p. 143 : « C'est même la dimension la plus fragile de la démocratie, celle qui est le plus sûrement attaquée par ses adversaires, qu'ils soient adorateurs du statu quo, avocats des seuls droits de l'individu, fascinés par l'aménagement d'une société sans fondement, ou alors ennemis paradigmatiques de la démocratie pour Lefort, partisans du totalitarisme. »

<sup>2978</sup> C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, Esprit, cinquième édition revue et corrigée, 1975, p. 98 : « L'ordre total et le désordre total ne sont pas des composantes du réel, mais des concepts limites que nous en abstrayons, plutôt de pures constructions qui prises absolument deviennent illégitimes et incobérentes. Elles appartiennent à ce prolongement mythique du monde créé par la philosophie depuis vingt-cinq siècles et dont nous devons nous débarrasser, si nous voulons cesser d'importer dans ce qui est à penser nos propres phantasmes. Le monde historique est le monde du faire humain. »

<sup>2979</sup> A. GIBBS, « Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism », *op. cit.* note 57, notamment p. 14s, citant Lefort. À notre sens, y compris en Europe, c'est pourquoi la pensée juridique traditionnelle en quête de fondement bute sur les droits sociaux qu'elle ne peut voir que comme des principes sans justiciabilité ou à l'inverse comme un progrès démocratique qui n'aurait alors pas de spécificité par rapport au constitutionnalisme libéral, comme le postule de manière insatisfaisante la thèse normative, voir *supra*, chapitre 1. Le constitutionnalisme libéral auquel ces auteurs s'opposent n'est pas celui du XVIII<sup>ème</sup> siècle mais une certaine relecture de l'époque contemporaine qui viendrait poser la primauté de l'individu face à l'oppression étatique ou au contraire celle d'une communauté qui prévaudrait sur les revendications individuelles.

<sup>2980</sup> I. RUA WALL, « On a Radical Politics for Human Rights », *op. cit.* note 24. Voir plus largement I. RUA WALL, *Human Rights and Constituent Power. Without Model or Warranty*, Routledge, 2012. Pour les discours qui reprennent cet imaginaire en Afrique du Sud et en Colombie, voir *supra*, chapitre 1, section 1, §2, B.

<sup>2981</sup> J. VAN DER WALT, H. BOTHA, « Democracy and Rights in South Africa: Beyond a Constitutional Culture of Justification », *Constellations*, vol. 7, n° 3, 2000, p. 341-362. J. VAN DER WALT, « The Quest for the Impossible, the Beginning of Politics: a Reply to Dennis Davis », *South Africa Law Journal*, vol. 118, n° 3, 2001, p. 463-472, selon qui il faut accepter de se défaire d'une prétention objective et démocratique, puisqu'il ne peut y avoir de sens déterminé au droit ni de peuple à représenter (citant Claude Lefort) : « we are irredeemably fated to play out our language games. We are stuck within our own normative practices. There is simply no chance of articulating a transcendent critique that would not be yet another expression of the very normative practices we are criticizing. » (*Ibid.*, p. 464-465). Contre Duncan Kennedy, l'auteur insiste au contraire sur le caractère « sacrificiel » de la justification qui devrait toujours mener à se priver de quelque-chose, comme de la fidélité au droit conçu comme objectif.

La distinction entre justification et justice est le commencement de la politique. La distinction entre justification et justice repousse indéfiniment la demande que nos justifications correspondent ou constituent notre réalité politique ou un ordre politique juste. En d'autres termes, la distinction entre justification et justice vide la scène du pouvoir. Elle proscribit l'occupation de cet espace. Elle réserve cet espace pour l'entrée de plus d'une et/ou de multiples entrées.<sup>2982</sup>

Claude Lefort est utile pour comprendre l'ambivalence d'une transformation mise au service de l'État<sup>2983</sup>, comme cela a été le cas en Afrique du Sud et en Colombie par le pouvoir politique et les juristes : on retrouve cette vision appauvrie de la transformation aussi bien chez les tenants d'une approche minimalistes des droits sociaux que chez leurs critiques favorables à un projet égalitaire national<sup>2984</sup>. Mais l'idée de démocratie sauvage chez Lefort est utile également pour comprendre le rôle de la réclamation des droits contre ce sens de la transformation par une révolution qui prend alors deux sens, inscrite dans l'institution d'un part – c'est le premier versant de la démocratie selon Lefort et c'est celui des lectures dogmatiques ou non-radicales du constitutionnalisme transformateur - et opposée à l'institution d'autre part - c'est l'idée d'une radicalité critique que l'on retrouve dans les discours du constitutionnalisme nouveau ou transformateur qui dépasserait le constitutionnalisme libéral. Or, ces deux sens ne veulent pas dire la même chose. Lefort lui-même n'envisageait sa démocratie sauvage qu'en opposition ou complément à la démocratie institutionnelle, inégalitaire ou bourgeoise. En évoquant l'indétermination des droits, il ne pensait pas tant au juge qu'à la société civile<sup>2985</sup>.

L'expérience sud-africaine ou colombienne montre l'aporie de l'inscription dans l'institution sociale et juridique d'une idée de changement : le juge par son pouvoir et en tant qu'institution classique de la séparation des pouvoirs libérale recrée un pouvoir institué et donc maîtrisé et déterminé. Mais c'est au sein-même de la production judiciaire que l'on peut retrouver non pas un sens révolutionnaire du droit, ni tout à fait un sens conservateur de la démocratie, c'est-à-dire ni l'un, ni l'autre des versants que lui associait Lefort, mais un échange entre les deux. On voit en effet coexister au sein du discours juridictionnel un sens inégalitaire ou étatique de la transformation et un sens radical ou révolutionnaire. Le juge devient donc le lieu même du pouvoir dans ses deux

---

<sup>2982</sup> J. VAN DER WALT, « The Quest for the Impossible, the Beginning of Politics: a Reply to Dennis Davis », *op. cit.* note 72, p. 469 : « *The distinction between justification and justice is the beginning of politics. The distinction between justification and justice postpones indefinitely the claim that our justifications reflect or constitute the reality of politics or a just political order. In other words, the distinction between justification and justice vacates the scene of power. It proscribes the occupation of this scene. It reserves this scene for the entry of more than one and/or multiple entries.* »

<sup>2983</sup> Lefort reprend alors à Pierre Clastres l'idée d'une société pour l'État, A. CHOLLET, « L'énigme de la démocratie sauvage », *op. cit.* note 68, p. 141.

<sup>2984</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>2985</sup> C. LEFORT, *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, *op. cit.* note 67, p. 25-29 et A. CHOLLET, « L'énigme de la démocratie sauvage », *op. cit.* note 68, p. 140-141.



versants en tension, libéral et libertaire ; le juge ramène à lui l'institution et la contestation : lieu d'échange et d'ouverture, il devient donc, dans le même temps, lieu de fermeture et de clôture de ce qui s'est ouvert à lui et par lui. Le juge, alors, produit une vision de la société qui recoupe le politique mais aussi la politique, puisque les acteurs peuvent continuer de jouer ce rôle : c'est précisément ce recoupement qui crée les frictions internes au constitutionnalisme nouveau ou transformateur.

## *2. Une forme radicale par-delà le droit et le politique*

Une reconceptualisation des rapports entre droit et politique est nécessaire pour comprendre l'activité judiciaire au sein des constitutionnalismes colombien et sud-africain. La terminologie du constitutionnalisme transformateur, parce qu'elle reprend en réalité une idée classique du droit constitutionnel à laquelle est ajoutée une visée sociale, permet difficilement de comprendre ce rôle. Le sociologue du droit Mauricio García-Villegas a proposé de distinguer des positions conservatrices, celle du légalisme juridique ou des économistes refusant l'intrusion du droit dans les politiques publiques, et des positions progressistes, qui correspondent selon lui au « constitutionnaliste intransigeant » qui estime qu'il existe des normes qui doivent être appliquées au réel et de « l'utopiste désillusionné » qui attend un rôle politique du droit. Pour l'auteur, les deux catégories progressistes ont une conception instrumentale du droit qui devrait agir sur le politique comme s'il en était distinct. Il propose plutôt une conception constructiviste, appuyée sur une approche bourdieusienne, qui relie le droit et le politique en s'intéressant au matériel symbolique au sein d'un champ juridique avec ses acteurs<sup>2986</sup>. Il évoque la figure de « l'optimiste modéré ». Mauricio Garcia Villegas distingue encore un constitutionnalisme aspirationnel-majoritaire, qui passe par le pouvoir politique et la participation citoyenne, d'un constitutionnalisme aspirationnel juridique, qui passe par le juge. Pour l'auteur, un « constitutionnalisme militant » permet de compenser les défauts des deux approches lorsque l'on observe « un soutien politique que la Constitution obtient des forces qui l'ont créées », c'est-à-dire une participation politique au sens partisan et citoyen, en lien

---

<sup>2986</sup> M. GARCIA VILLEGAS, « Constitucionalismo aspiracional : derecho, democracia y cambio social en América Latina », *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, 2012, p. 89-110.

avec les notions constitutionnelles<sup>2987</sup>. De fait, en Amérique latine, avec un rôle central du droit depuis la colonisation, la présence des juges n'est pas nouvelle, c'est la nature des questions politiques et sociales qu'ils abordent qui l'est, ainsi que leur insertion dans le débat public<sup>2988</sup>.

Parmi les discours critiques, et malgré sa rareté parmi les références du constitutionnalisme contemporain, Roberto Unger a produit la théorie la plus adaptée à une approche transformatrice du droit. En 1987, l'auteur américain et brésilien propose une théorie sociale d'inspiration postmoderne qui s'oppose aux approches « nécessaires » : le matérialisme marxiste d'une part, le libéralisme d'autre part, qui chacun postulent un certain évolutionnisme des structures sociales comme une détermination objective des conduites individuelles au sein d'une lecture évolutionniste et figée de l'histoire<sup>2989</sup>. Aussi, une théorie « structurelle » insère l'individu dans des rapports de force qui lui échappent tandis qu'une science sociale « positiviste » réduit l'individu à l'activité et aux pratiques du quotidien<sup>2990</sup>. À l'inverse, l'auteur veut remettre au centre d'une théorie sociale l'imagination et la créativité qui, par les représentations, agissent sur le monde comme ensemble d'institutions et d'imaginaires, qu'il nomme *formative contexts* et que les théories dont il se démarque envisagent comme un récit écrit à l'avance. Roberto Unger apporte alors une solution paradoxale à la question de savoir comment survient la transformation sociale en postulant que « nous écrivons ce récit à la fois en le combattant et en échouant à le combattre<sup>2991</sup> ». Dès lors les deux approches suscitées ne peuvent comprendre le remplacement progressif d'éléments constitutifs des structures sociales lorsque celles-ci changent, ni la manière dont ces éléments tiennent malgré tout et en même

---

<sup>2987</sup> *Ibid.*, pp. 108-109, qui critique notamment l'approche de Roberto Gargarella qui oppose selon lui l'idée de constitutions qui peuvent ou non être appliquées : « *Así pues, me parece más útil, como lo he venido defendiendo en este ensayo, una visión dinámica, constructiva y socio-jurídica de estas cláusulas dormidas. Como dije antes, el derecho es un espacio de confrontación entre posiciones (e intereses) que luchan por fijar el sentido de los textos jurídicos (Bourdieu 1986). Visto así, como campo de lucha por la fijación del sentido, el derecho progresista (o los derechos) aparecen como armas de doble filo. Por un lado pueden servir como respuestas a las demandas sociales que posteriormente, en el curso de su implementación, se quedan muertas, y por el otro lado, pueden servir como banderas de lucha en manos de los movimientos sociales para ganar batallas contra los poderes dominantes y contra los estados. Que el derecho termine siendo lo uno o lo otro depende mucho de lo que Daniel Kommers denomina "constitucionalismo militante", es decir de los apoyos políticos que la constitución obtenga de las fuerzas que la crearon, idea ésta muy cercana a las explicaciones de Roberto Gargarella y de Rodrigo Uprimny en relación con la importancia de fortalecer la democracia deliberativa. El constitucionalismo militante tanto como una democracia fuerte en términos de participación y deliberación es una especie de antídoto contra los peligros del constitucionalismo aspiracional.* »

<sup>2988</sup> J.A. COUSO, A. HUNEEUS, R. SIEDER, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010, p. 9, qui analysent trois nouveautés : « 1) *expansion of the domain of social and political life that is articulated in legal language and through legal institutions*; 2) *the expansion of the number and kinds of legal instruments that have become available for use in political struggles*; and 3) *ever more frequent recourse to legal language and legal instruments as a strategy within types of political struggles that have traditionally turned to law and courts.* »

<sup>2989</sup> R. UNGER, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy (1987)*, Verso, Revised Edition, 2002, p. 2s.

<sup>2990</sup> *Ibid.*

<sup>2991</sup> *Ibid.*, p. 247 : « *we write this script both by fighting it and by failing to fight.* »

temps ensemble sans parvenir à tout à fait changer<sup>2992</sup>. La coexistence du changement social et de la stabilité de la routine exige selon Roberto Unger de penser la transformation sociale comme la déstabilisation et la reconstruction constantes de l'ordre social ; c'est dans la « reproduction du monde social » que naissent « des disharmonies à petite échelle »<sup>2993</sup>. Ces disharmonies acquièrent un effet cumulatif et reposent sur le mélange à la fois intentionnel et non-intentionnel des volontés, de raison et de résistance, de pratiques ordinaires et de passions ces dernières changeant le contexte qui lui-même produit le changement social, et que Roberto Unger qualifie d'une « prise de pouvoir par le désenclavement<sup>2994</sup> » idéologique.

Dès lors, les droits fondamentaux apparaissent comme des « *destabilizing rights* » qui viennent perturber les structures sociales<sup>2995</sup>, contre les critiques des droits du marxisme (ils sont des illusions masquant les rapports de domination derrière des propriétés individuelles) et du libéralisme (ils sont un danger pour la propriété privée et le minimalisme étatique lorsqu'ils touchent aux aspects sociaux de manière positive). Les droits sont conçus comme des instruments ou des outils qui permettent d'ancrer des revendications contre les structures de l'ordre social et d'accomplir un changement progressif, et « la finalité de la pratique et de la pensée transformatives est de créer une alternative au chemin de la moindre résistance » qui consiste à n'envisager que des réformes tout en gardant la même conception du droit que le libéralisme du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui ne mettait pas en cause la structure de la société et, notamment, des rapports de production<sup>2996</sup>.

La théorie de Roberto Unger modifie les fondements mêmes de la discussion sur la transformation sociale. Celle-ci ne peut plus s'envisager comme le changement social ou la révolution envisagés par une approche libérale en termes de dignité humaine et de lutte contre la pauvreté ni par une approche radicale de renversement des structures sociales par une égalité substantielle et l'autonomie personnelle<sup>2997</sup>. La transformation repose au contraire sur une déstabilisation constante au sein même des structures et catégories de l'activité ordinaire et, en

---

<sup>2992</sup> *Ibid.*, p. 248 : « *Such a view must recognize that the constitutive arrangement and ideas of a formative structure develop separately and can undergo piecemeal replacement (the deep-logic theories have trouble recognizing or explaining this part-by-part replaceability). At the same time, it must acknowledge the staying power of these constituents : the components of a social framework do somehow support one another and they do prove hard to change in the course of routine practical or imaginative conflicts (Positivist social science has a hard time making sense of this staying power).* »

<sup>2993</sup> *Ibid.*, p. 249 : « *each of the forces that bestow a higher stability on formative contexts also generates an endless series of opportunities for the destabilization and reconstruction of the established order. The link between stability and destabilization is built into the detailed practical and imaginative activities that reproduce a social world. The small-scale disharmonies these activities regularly excite can always escalate into context-subverting conflicts.* »

<sup>2994</sup> *Ibid.*, p. 249 : « *empowerment through disentanglement* ». Sur le rapport entre pratique, passion et volonté, voir p. 249-250.

<sup>2995</sup> *Ibid.*, p. 508-538.

<sup>2996</sup> R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task* (1986), *op. cit.* note 52, p. 14-16 : « *the aim of transformative practice and transformative thought is to create an alternative to the path of least resistance* ».

<sup>2997</sup> Pour l'articulation de ces deux approches dans le discours constitutionnaliste global et en Afrique du Sud et en Colombie, voir *supra*, chapitre 3.

particulier, du langage juridique. Plus précisément, une telle approche montre alors un envers du constitutionnalisme contemporain qui n'est pas bien décrit par l'objectivisme moral d'un Ronald Dworkin, lequel mène à la contradiction que l'on a vue entre norme et fait, et au « déni » du rôle politique et idéologique du raisonnement judiciaire tel qu'analysé par Duncan Kennedy. Ce dernier mobilise au contraire la psychologie pour étudier une *legal consciousness*, c'est-à-dire un ensemble de croyances et représentations qui orientent la pensée juridique<sup>2998</sup> : les acteurs juridiques travaillent un matériau (l'américain parle de *legal work*) qui est de nature idéologique, de manière à le faire se rapprocher de leurs préférences personnelles autant que possible, selon l'effort qui est nécessaire et la justifiabilité de la distance à parcourir. Mais l'articulation entre l'idéologie et le droit butte chez Duncan Kennedy sur la contradiction entre une approche postmoderne refusant l'universel et une approche critique postulant un changement social donné<sup>2999</sup>. Le droit reste donc conçu comme la mise en forme d'une certaine idéologie politique même si les renversements historiques de ce rapport sont possibles, notamment dans l'approche critique lorsque les juges deviennent favorables à une politique sociale progressiste. Le droit est alors partiellement distinct, partiellement aligné avec le politique, et éventuellement déstabilisateur du rapport de force politique, mais la distinction demeure comme une tension irrésolue.

Pour dépasser cette opposition, il ne faut pas adopter une position intermédiaire entre les discours critiques et les discours dogmatiques, comme le font une grande partie des études qui manquent alors l'aspect transformateur du constitutionnalisme paré du nom, mais au contraire adopter un point de vue ultra-critique, c'est-à-dire aller plus loin que la dénonciation du droit comme inscription des rapports sociaux et envisager à l'inverse comment le droit produit certains rapports sociaux. Une approche ultra-critique s'appuie sur une conception radicale du droit et de la politique. Le terme radical dépasse à la fois le dogmatique ou l'ordre du pouvoir et l'idéologie totalisante que mettrait en œuvre une révolution et convient en cela bien au terme de transformation dévoyé par les discours du constitutionnalisme transformateur. Cette approche s'inspire de celle d'Illan rua Wall, qui a proposé de concevoir les droits dans une structure duale d'autorité et de demandes, c'est-à-dire d'encadrement juridique et de processus politique. Or, parce que les droits n'ont gardé qu'un sens juridique au-delà des révolutions française et américaine au XVIII<sup>ème</sup> siècle puis de l'adoption des principaux traités internationaux au XX<sup>ème</sup> siècle, perdant alors leur radicalité originelle, ils ont été conçus comme le pur fruit du libéralisme politique, c'est-à-dire d'une protection de l'individu

---

<sup>2998</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 10. Le rejet de l'émotion dans les raisonnements du constitutionnalisme permet en effet de maintenir la distinction entre droit et politique : J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *Columbia Law Review*, vol. 113, n° 6, 2013, p. 1389-1481, 1393-1394.

<sup>2999</sup> D. KENNEDY, « The critique of rights in Critical legal studies », *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, 2002, p. 178-227

contre l'arbitraire étatique, à l'image de la *rule of law*, et à côté du pouvoir politique et de la démocratie conçue comme une demande de souveraineté qui passe par le vote ou l'expression spontanée.

Illan rua Wall propose de revitaliser ce qu'il y a d'une politique et d'une démocratie radicales au cœur des droits en recourant notamment à l'imaginaire constituant. Les droits sont alors conçus au-delà d'une métaphysique ou d'une nature fondatrice et d'une autorité politique transcendante – à laquelle renvoie plus ou moins implicitement la discussion sur la légitimité des juges. Dans une approche radicale, les droits sont envisagés comme un processus constituant incessant et une « praxis créatrice »<sup>3000</sup> ; ils sont autant l'expression d'un système de pouvoir qu'une émancipation collective et commune. Une telle reconceptualisation ne permet pas seulement de résoudre les apories qui apparaissent dans les discours critiques et dominants structurés par l'opposition entre droit et politique, ou dans une tentative de résoudre celle-ci par une dichotomie entre Nord et Sud ; elle permet de penser efficacement l'activisme produit par les cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie. Illan rua Wall a lui-même relié son projet conceptuel à une « atmosphère » qui se rapproche de la construction émotionnelle et discursive de la jurisprudence. Le politique est alors conçu comme une relation affective et une esthétique, par laquelle on vit le pouvoir souverain lui-même mis en scène<sup>3001</sup>.

## §2. Le juge comme narrateur d'un récit collectif

Si le juge constitutionnel peut être vu comme un acteur politique, il l'est notamment parce qu'il élabore un discours (A) qui porte sur l'identité constitutionnelle (B).

### A. Le discours politique du juge

Appréhender le contentieux constitutionnel comme un discours permet d'intégrer la fonction affective du jugement (1) aux valeurs politiques et sociales (2).

---

<sup>3000</sup> I. RUA WALL, *Human Rights and Constituent Power. Without Model or Warranty*, op. cit. note 71, p. 145-146 : « *Right-ing is the opening of human rights by constituent power, a confluence of the two discourses. It is a figuration of the (already withdrawn) radical in rights. [...] Right-ing is a process of creation, an exercise of constituent power, a process of being-with which struggles for the in-common rather than merely reducing it to the bland monotony of everyday politics. It is a creative praxis.* ». Idem p. 8 : « *Right-ing has no authority, no sovereign power over others. Instead, it starts from the in-between of relation, from the possibility of world creation* ». L'auteur s'inspire alors de l'idée de retrait du politique de la politique élaborée par Jean-Luc Nancy et Philippe Lacoue-Labarthe, qui est aussi idée de la différence du politique d'avec le monde.

<sup>3001</sup> I. RUA WALL, *Law and Disorder. Sovereignty, Protest, Atmosphere*, Routledge, 2021. Illan rua Wall insiste notamment sur le vécu quotidien de la souveraineté et la figure de la populace comme alternative affective, vivante, aux figures du peuple et de la population, voir p. 2 : « *Crowds produce intense atmospheres, which gradually spill out around the city. These atmospheres are particularly intense affective fields, which sit on the threshold of our consciousness. They operate on our bodies, shifting our capacity to act. We are familiar with them in other circumstances: we might dance in the hot, dark fog of a nightclub; chant in unison with a crowd in the stadium; quietly move around the walls of the art gallery; or perhaps pray in the heavy silence of a cathedral.* ». L'auteur s'appuie notamment sur Jacques Rancière et son approche de l'ordre et du désordre.

## 1. La production affective des émotions

Par rapport aux débats nord-américains, les contextes colombien et sud-africain présentent une spécificité en ce que l'idéal constitutionnel proclamé en 1991 et en 1993 était ambitieux, et a été relu comme tel depuis, tandis que la réalité sociale est restée particulièrement troublée. Il se trouve justement que c'est dans la pratique « transformatrice » du constitutionnalisme qui a eu lieu dans certains pays du Sud que l'affect est si visible. Il n'est pourtant pas, on l'a vu, détaché d'une prétention à une raison juridique objective<sup>3002</sup> : c'est là, en apparence du moins, une contradiction. L'émotion a été reliée à la rationalité, en psychologie, par le biais du concept de dissonance cognitive proposé par Festinger : lorsque des émotions, croyances et représentations entrent en contradiction, le sujet va tenter de maintenir une cohérence en rationalisant, contre l'idée d'une raison préalable aux comportements<sup>3003</sup>. On observe peut-être une situation analogue lorsque le juge se sent tenu par des normes contradictoires, ou une conception de la séparation des pouvoirs, un idéal normatif et une réalité sociale qui divergent, et l'indétermination des énoncés constitutionnels est ouvert à une pluralité de vues et d'intérêts sociaux, entre les titulaires des droits et l'ordre socio-économique ou les budgets publics, etc. Le juge lorsqu'il opère ce travail de rationalisation d'intérêts et de préférences qui donne lieu à une objectivité juridique qui se veut neutre, le fait par le biais d'affects qui ont un effet persuasif, vis-à-vis donc d'arguments constitutionnels que l'on estimerait alors distincts, mais légitimés par l'empathie envers les sujets de droit<sup>3004</sup>, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'installer de nouvelles interprétations ou à poser une nouvelle règle<sup>3005</sup>.

Les décisions des cours colombiennes et sud-africaines étudiées pour leur charge émotionnelle ont ceci de particulier qu'elles sont fondatrices pour la jurisprudence des droits sociaux

---

<sup>3002</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

<sup>3003</sup> L. FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford University Press, 1957

<sup>3004</sup> EN S'APPUYANT SUR ARISTOTE, ET POURSUIVANT LES RÉFLEXIONS DE MARTHA NUSSBAUM, JOSHUA GREENE ESTIME AINSI QUE LE DISCOURS JUDICIAIRE, EN MATIÈRE CONSTITUTIONNELLE, « EMPLOYS THE SAME BASIC TOOLS OF PERSUASION WITH RESPECT TO THOSE SUBJECTS: LOGOS (APPEALS TO LOGIC), ETHOS (APPEALS TO THE SPEAKER'S CHARACTER), AND PATHOS (APPEALS TO THE LISTENER'S EMOTIONS) », J. GREENE, « PATHETIC ARGUMENT IN CONSTITUTIONAL LAW », *OP. CIT.* NOTE 89, P. 1394-1395. EN EFFET, « POPULAR LEGITIMATION OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION REQUIRES JUDGES TO RECOGNIZE, ADAPT TO, AND PERHAPS EVEN SHAPE THE EMOTIONAL RESPONSES OF THEIR AUDIENCE. », *IBID.* P. 1395. DES LORS, LE PATHOS EST SELON LUI UTILISÉ POUR LEGITIMER ET RENFORCER DES ARGUMENTS ETHIQUES (ETHOS) OU LOGIQUES (LOGOS), QUI EN SONT TOUTEFOIS DISTINCTS, *IBID.*, P. 1421-1422 : « IN CONSTITUTIONAL LAW, PATHOS IS BETTER DESCRIBED AS A FEATURE OF CONSTITUTIONAL CONVERSATION, A MEANS RATHER THAN AN END. THE APPEAL TO PATHOS OCCURS NOT BECAUSE PATHOS OFFERS INFORMATION ABOUT SUBSTANTIVE CONSTITUTIONAL CONTENT BUT BECAUSE APPEALING TO PATHOS HELPS WIN CONSTITUTIONAL ARGUMENTS. PATHETIC LEGAL ARGUMENT, THEN, IS A MODE OF PERSUASION AS TO THE SUBSTANCE AND VALENCE OF PARTICULAR LEGAL PROPOSITIONS: SOME OUTCOME MUST BE THUS BECAUSE DEEP DOWN IN YOUR HEART YOU KNOW THUS TO BE TRUE. ». CES TROIS MODES D'ARGUMENTATION PERMETTENT SELON L'AUTEUR DE RENFORCER CINQ TYPES D'ARGUMENTS TRADITIONNELS EN DROIT CONSTITUTIONNEL : TEXTUEL, HISTORIQUE, STRUCTUREL (THEORIQUE), DOCTRINAL (CATEGORIES CONCEPTUELLES) ET CONSEQUENTIALISTE (CONTEXTUEL). IL S'AGIT ALORS D'UNE EXIGENCE DEMOCRATIQUE QUI VISE À FAIRE COÏNCIDER LES VALEURS PARTAGÉES ET LE RAISONNEMENT JURIDIQUE, *IBID.*, P. 1454-1456.

<sup>3005</sup> *Ibid.*, p. 1460-1463.

dans les deux pays. Il n'est alors pas anodin, pour faire admettre ceux-ci comme de vrais droits fondamentaux, que le juge rappelle la situation des plus démunis et de faire ressentir l'écart entre la réalité et l'idéal normatif. Les positions réalistes critiques sont plus radicales : elles considèrent qu'il n'y a pas de juridique ou d'espace conceptuel distinct de l'émotion ou de l'opinion<sup>3006</sup>, qui existerait donc hors de l'acceptation collective qui ferait d'un argument un argument juridique, dont il n'y aurait qu'à persuader ensuite de la justesse, au renfort éventuellement de l'émotion<sup>3007</sup>. L'émotion permet au juge de justifier qu'il accorde des droits aux plus démunis parce qu'il éprouve une indignation et en la faisant éprouver, et en persuadant le lecteur qu'il s'agit d'une argumentation juste. Plus encore, le rôle médiateur de l'émotion entre les valeurs collectives et le cas individuel semble s'expliquer par l'abstraction de ce dernier dans une identité, laquelle procède d'un schéma narratif<sup>3008</sup>.

Dès lors, le juge qui évoque avec ses affects la société et l'idéal constitutionnel produit un sens politique par son discours propre : les droits eux-mêmes relient une demande à une morale pré-juridique<sup>3009</sup>. Le jeu des émotions, dans sa dimension cognitive, implique en effet un certain partage qui dépend de ce que l'on estime que les autres vont accepter comme une émotion juste, dans une interaction où se joue l'universalisation dans la morale<sup>3010</sup>. L'émotivité peut être comprise comme la version post-moderne d'un jusnaturalisme qui ne peut suffire, en Afrique du Sud ou en Colombie, à fonder les droits de troisième et de quatrième génération – de même *a fortiori* que le formalisme déductif contre lequel les cultures juridiques contemporaines se sont construites à partir des années 1990. Dans le contexte d'un tel changement, et dans le paradigme de la pluralité des vues et des intérêts, l'adhésion aux idées d'un Ronald Dworkin sur l'objectivité des principes et valeurs

---

<sup>3006</sup> La distinction est importante, car un réalisme critique ne réduit par la raison à l'émotion, comme le faisait par exemple aisément Jerome Franck : Duncan Kennedy n'évoque pas l'émotion et préfère parler d'idéologie, que l'on peut concevoir comme une rationalité distincte de l'affect bien qu'elle y est reliée.

<sup>3007</sup> C'est par exemple ce que propose Joshua Greene en estimant que l'émotion ne sert qu'à persuader d'arguments juridiques qui ne sont pas tout à fait laissés à l'indétermination et ouverts à la subjectivité de l'interprète, J. Greene, *op. cit.*, p. 1456.

<sup>3008</sup> Le mouvement *Law and emotion* se caractérise ainsi par « *its rejection of unifying narratives, its focus on identity, and its rejection of objectivity* », R. GROSSI, « Understanding law and emotions », *Emotion review*, vol. 7, n° 1, 2015, p. 56.

<sup>3009</sup> « Introduction », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 1-34, p. 3-4 : « *Such claims give rise to forms of agitation, persuasion and social monitoring that do not rely on positive law. Thus, they can be important for holding states accountable when they have not passed laws supportive of human rights, or have not ratified human rights treaties. The normative basis of such claims is one reliant on processes of public reasoning, in which, through critical discussion and scrutiny, they are grounded.* », citant A. SEN, « Rights, Law and Language », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, n° 3, 2011, p. 437-453.

<sup>3010</sup> A. GIBBARD, *WISE CHOICES, APT FEELINGS: A THEORY OF NORMATIVE JUDGMENT*, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1990. ON PEUT ALORS ENVISAGER « LES VALEURS COMME DES PRÉFÉRENCES QUI SONT CAPABLES DE RÉSISTER À DES RÉVISIONS, RÉVISIONS QUI UTILISENT COMME ARGUMENTS ULTIMES L'IMAGINATION DE CONSÉQUENCES ÉMOTIONNELLES PARTAGEABLES », P. LIVET, *ÉMOTIONS ET RATIONALITÉ MORALE*, PUF, 2002, p. 192.

juridiques ne peuvent convaincre à elles seules. Les émotions individuelles et collectives, nationales, servent à intégrer le sort des titulaires du droit dans les récits et imaginaires collectifs.

## 2. *La production de valeurs politiques*

La position des cours constitutionnelles dans les démocraties post-représentatives, post-libérales, pluralistes, constitutionnelles et délibératives tient à une force du discours, lequel forme les représentations et constitue les valeurs au sein d'une entité constituée comme juridique, avec toute la force spécifique associée à ce discours<sup>3011</sup>. Les valeurs se créent non par la seule cognition (ou raison) mais par l'émotion, il est donc impossible d'avoir des valeurs qui soient découvertes, lues, proclamées, sans être créées – c'est précisément le jeu émotif créé par le discours du juge qui produit ces émotions. Or, le juge propose – de manière tout à fait contingente à cet usage contemporain – une manière de raisonner à partir de cas individuels qui correspond à cette forme de production axiologique, puisqu'elle passe par la médiation des émotions. La psychologie sociale et la philosophie émotiviste voient les émotions comme constitutives de la rationalité<sup>3012</sup>, si bien que l'on peut dire que la dissonance cognitive observée entre réalité et idéal procède déjà d'une mise en cohérence rationnelle ; elle implique, en constituant les deux entités comme distinctes, et notamment l'idéal qui n'existe que dans la formulation que le juge en fait, que la dissonance doit être comblée et donc que la norme sous l'action juridictionnelle doit tendre vers la réalité sociale. Ce qui est en jeu, c'est une pensée de l'universel et du particulier, de l'absolu et du contexte : l'émotion permet de médiatiser la demande universelle en un rapport particulier, localisé dans un litige, sans admettre tout à fait la demande sur le plan politique plus large, qui dépasserait l'office du juge. La justice constitutionnelle se trouve alors placée dans un rôle d'incarnation des intérêts sociaux en conflit, ce que Claude Lefort appelait, dans les démocraties contemporaines, ce lieu vide du pouvoir<sup>3013</sup> ; c'est toute une reconceptualisation qui est nécessaire pour le comprendre, en premier lieu pour ce que cela implique en termes d'analyse du style judiciaire.

La transformation sociale n'est plus tant recevable en les termes d'un projet social totalisant, ni comme la prudence libérale qui protège d'abord l'individu isolé et abstrait, mais dans cette action subjectivante subsumée dans l'axiologie collective, c'est-à-dire une manière de se représenter le

---

<sup>3011</sup> Voir P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19, et l'analyse *supra*, chapitre 6, section 1, §2, B., 1 sur la naturalisation du discours idéologique en droit par les juristes et chapitre 7, section 1, §1, B., 1 sur l'effectivité symbolique.

<sup>3012</sup> Du côté des neurosciences, pour Jackson Greene, qui prolonge les travaux d'Antonio Damasio, tout raisonnement déontique provient d'une réaction émotionnelle, quand un conséquentialisme plus pragmatique se retrouve lorsqu'il y a peu d'affects en jeu, J. Greene, « The Secret Joke of Kant's Soul » in W. Sinnott-Armstrong (dir.), *Moral Psychology, Volume 3 : The Neuroscience of Morality : Emotion, Brain Disorders and Disorder*, MIT Press, 2008, p. 35-43. Voir aussi J. GREENE, *Moral Tribes : Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them*, Penguin Press, 2013.

<sup>3013</sup> C. LEFORT, *L'invention démocratique*, *op. cit.* note 53, p. 172.



monde et de penser les problèmes sociaux qui repose sur l'interaction entre les agents individuels<sup>3014</sup>. Selon Martha Nussbaum, l'expressivité et l'imagination contenues dans les mots viennent mettre en avant les récits individuels<sup>3015</sup> : c'est bien une construction subjectiviste à laquelle appelle la philosophe, par ailleurs connue pour avoir développé, avec Amartya Sen, une théorie de la justice qui vise à déterminer une valeur sociale aux capacités de chacun, c'est-à-dire aux besoins et fonctions que l'individu cherche à remplir, qui a eu une grande influence sur la conceptualisation des droits sociaux<sup>3016</sup>. Les émotions sont un moyen de connaître cette valeur. Le juge, en exerçant son jugement affectif, doit alors trouver dans le contexte social les idéaux normatifs à accomplir : les théories contemporaines des droits sociaux comme le mouvement *Law and emotions* ont adopté une approche cognitive du rapport entre les arguments juridiques, éthiques ou les valeurs d'un côté et les émotions de l'autre, qui maintient donc une distinction entre les deux espaces tout en admettant une interrelation<sup>3017</sup>. Le problème est que ces travaux s'intéressent rarement à la production des émotions, c'est-à-dire ici à la manière dont les émotions sont produites et construites par le juge, de manière persuasive et performative<sup>3018</sup>. Le juge comme catalyseur de ce processus doit alors montrer l'émotion qui ressort de son raisonnement et qui fonde la formation des valeurs. La situation des requérants et des personnes concernées par les atteintes aux droits nourrit de manière inductive la pensée des principes communs, conçus comme démocratiques.

---

<sup>3014</sup> PIERRE LIVET, QUI N'ADHÈRE PAS TOUT A FAIT À L'APPROCHE DE LA DISSONANCE COGNITIVE, PUISQU'IL SUPPOSE L'EXISTENCE D'UN DOMAINE CONCEPTUEL ET AXIOLOGIQUE PROPRE, ET QUI REPROCHE À LA PSYCHOLOGIE SOCIALE DE GABRIEL TARDE ET GUSTAVE LE BON D'ABORDER LES FOULES COMME UN DEVOIEMENT DE LA RATIONALITÉ INDIVIDUELLE, PAR UNE FUSION, VOIT LES ÉMOTIONS COLLECTIVES COMME UN LIEU D'ACCELERATION ET DE RESISTANCE AUX REVISIONS DES JUGEMENTS DE VALEUR ET DES NORMES, LORS DE MOMENTS DE COOPERATION COMME DES JEUX, DES REVOLUTIONS, DES RITUELS COLLECTIFS, ETC, P. LIVET, *EMOTIONS ET RATIONALITÉ MORALE*, *OP. CIT.* NOTE 101, P. 121-151. AUSSI, UNE INTERACTION ENTRE LES VALEURS ET LE MONDE RÉEL PERMET SELON LUI DE MAINTENIR LA CAPACITÉ DE L'AGIR COLLECTIF : « NOUS PARTAGEONS COLLECTIVEMENT NOS ÉMOTIONS, ET CELA NOUS PERMET DE CONTINUER À ENTREtenir DES VALEURS QUI NE SONT PAS ACTUELLEMENT RÉALISÉES DANS LE MONDE, DE FAIRE VIVRE UN AUTRE MONDE. CET AUTRE MONDE EST UN RÉSERVOIR DE RÉVISIONS POUR LE MONDE RÉEL, QU'IL PRÉTEND CHANGER. OR, DE FAIT, LE MONDE RÉEL RÉVISE NOS VALEURS TOUT AUTANT QUE L'INVERSE. CE MAINTIEN DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU MONDE DES VALEURS ET DU MONDE RÉEL EST NÉCESSAIRE SI L'ON VEUT CONSERVER LA PUISSANCE DE TRANSFORMATION PRATIQUE PROPRE AUX VALEURS. LE PARTAGE COLLECTIF DES ÉMOTIONS LIÉES AUX VALEURS PERMET D'ENTREtenir CETTE HÉTÉROGÉNÉITÉ, PUISQUE SI LES ÉMOTIONS NOUS RENDENT SENSIBLES AU DIFFÉRENTIEL AVEC LA RÉALITÉ, RETROUVER NOS ÉMOTIONS CHEZ LES AUTRES NOUS ASSURE QUE NOTRE MONDE DE VALEURS RESTE BIEN UNE RÉALITÉ PSYCHOLOGIQUE COLLECTIVE. » (*IBID.*, P. 121-122).

<sup>3015</sup> M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *St. John's law review*, vol. 70, n° 1, 1996, p. 24 : « *the language of judging should be in some respects (...) like the language of the lover of literature. By that, I mean not necessarily fine words and high style, but a language that is expressive of the kind of imagination that's capable of perceiving the individual humanity of the people involved and their circumstances; recognizing that each has a complicated story with factors that make it not the same as anyone else's.* ».

<sup>3016</sup> Voir *supra*, chapitres 2 et 3.

<sup>3017</sup> Voir M. NUSSBAUM, « Emotion in the Language of Judging », *op. cit.* note 106. J. GREENE, « Pathetic Argument in Constitutional Law », *op. cit.* note 89. R. GROSSI, « Understanding law and emotions », *op. cit.* note 99, p. 55.

<sup>3018</sup> Le courant émotiviste, en philosophie, peut en effet être mieux compris comme l'approfondissement des thèses d'Austin sur les actes de langage, par lesquels une réalité est créée par le discours plutôt que celui-ci s'en tienne à décrire un référent extérieur, R.M. HARE, *Sorting out ethics*, Oxford University press, 1998, p. 103-125.

Le juge constitutionnel, au lieu de simplement découvrir des principes, mobilise et produit des émotions. Il ne cède toutefois pas à l'affect et maintient au contraire l'idéal d'une construction normative. Mais pourquoi, dès lors, ouvrir le style judiciaire au registre émotionnel ? L'affect a une fonction médiatrice entre les situations subjectives et la production objective de la norme dans le constitutionnalisme colombien et sud-africain, constituant dès lors une interface entre le juge et la société<sup>3019</sup>. Avec cette production objective, les cours constitutionnelles des deux pays ont participé d'une reconstruction du politique à partir de la transition constitutionnelle qui a eu lieu dans les années 1990. On retrouve alors dans le discours judiciaire d'une part un discours qui produit des valeurs objectives parce qu'admises comme la norme constitutionnelle, d'autre part l'émotion du litige individuel typique du fonctionnement des droits subjectifs. C'est la contradiction que ne permet pas de résoudre l'analyse d'un Dworkin entre une connaissance du droit qui serait objective et la subjectivité des valeurs que le droit consacrerait, c'est-à-dire entre un raisonnement sur la validité des normes et un jugement moral<sup>3020</sup>. Or, cette dialectique peut être conçue comme une production constructive lorsque l'on admet le rôle de l'émotion et, donc, de la rhétorique et du discours, bref lorsque l'on augmente la théorie du droit libérale des courants critiques qui l'ont déconstruite et des apports du courant *Law and emotions*.

L'usage instrumental de la communication dans la production normative ne peut toutefois pas réduire la compréhension de l'activisme judiciaire à une seule situation institutionnelle au sein de l'ordre juridictionnel. Une approche attentive aux contextes sociaux et politiques explique également la formation du discours judiciaire qui, en lui-même, participe des représentations collectives. C'est un imaginaire du droit et du juge qui se constitue dans l'opération dialectique entre la concrétisation et les valeurs. Comme le notait le juriste américain Felix Cohen,

[L]es mythes peuvent marquer l'imagination et la mémoire là où un discours plus exact laisserait de marbre. [...] Lorsque les fictions et les métaphores vivantes de la théorie juridique traditionnelle sont considérées comme des motifs rationnels, plutôt que des moyens poétiques ou mnémotechniques de formuler des décisions prises sur d'autres bases, alors l'auteur, ainsi que le lecteur, de l'opinion

---

<sup>3019</sup> Voir *supra*, chapitre 6.

<sup>3020</sup> P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde"?*, De Boeck, 2011, p. 245-260. On est alors amené à dire soit que les valeurs et principes sont constitutionnalisés, et donc à refuser le pouvoir du juge (ce que ne fait bien sûr pas Ronald Dworkin, ni aucun des auteurs étudiés ici), soit qu'il existe une axiologie ou une fondamentalité qui préexiste et appelle à leur positivation, ce qui relève d'une pensée jusnaturaliste. Face à ce conflit, « ce que le courant néoconstitutionnaliste ne voit pas – ou ne veut pas voir – c'est que le droit produit lui-même ses propres justifications » (*Ibid.*, p. 256), et donc du domaine du fait : on peut alors renvoyer à la fonction persuasive de l'usage des émotions, *supra*.

ou de la discussion, est susceptible d'oublier les forces sociales qui façonnent la loi et les idéaux sociaux à l'aune desquels la loi doit être jugée.<sup>3021</sup>

Dès lors, une étude de la jurisprudence, pour être complète, doit s'intéresser aux constructions socio-historiques qu'elle porte. Comment le droit se forme-t-il à l'intersection de ces forces ? Comment, par exemple, relier l'expression et la production d'émotions collectives par le juge au nationalisme et à la xénophobie qui touchent la vie politique sud-africaine, ou au conflit armé colombien qui fait qu'une grande partie du territoire ne se sent pas concerné par l'éthos national ? Une approche discursive insiste en particulier sur un autre sens du politique qui tient à la narration collective.

## B. Identités postcoloniales et récits constitutionnels

Le récit porté par le constitutionnalisme ne dépend pas exclusivement du juge mais également du pouvoir politique (1) qui lui-même se comprend par la notion de majorité (2).

### 1. Le juge face à la légitimation du pouvoir politique

La question que posent les rapports Nord-Sud est alors celle de savoir pourquoi les élites locales colombiennes et sud-africaines ont adopté cette troisième globalisation décrite par Duncan Kennedy, quitte à en produire leur version, celle d'un *Liberal legalism* empreint de quelques éléments constitutifs des discours critiques du droit<sup>3022</sup>. Les nouveaux ordres constitutionnels sud-africain et colombien ont, dans des contextes très différents, participé d'un processus de reconstruction identitaire<sup>3023</sup> : il s'agit d'imposer une unité, limitée par la régulation des pouvoirs et les droits, dans des sociétés particulièrement hétérogènes, tant idéologiquement que culturellement, alors que, d'un autre côté, le pouvoir politique était lui particulièrement compact, qu'il s'agisse du parti unique en Afrique du Sud ou de l'alternance entre libéraux et conservateurs en Colombie.

Les contre-discours de la globalisation des droits qui associent ces derniers au néolibéralisme se heurtent alors, en Afrique du Sud et en Colombie, à une difficulté particulière. Dans les deux

---

<sup>3021</sup> F. COHEN, « Transcendental Nonsense », *Columbia Law Review*, vol. 35, n° 6, 1935, p. 809-849, p. 812 : « [M]yths may impress the imagination and memory where more exact discourse would leave minds cold. [...] When the vivid fictions and metaphors of traditional jurisprudence are thought of as reasons for decisions, rather than poetical or mnemonic devices for formulating decisions reached on other grounds, then the author, as well as the reader, of the opinion or argument, is apt to forget the social forces which mold the law and the social ideals by which the law is to be judged. ». Félix Cohen a en effet proposé une critique de la prétention du droit à trouver des arguments justes et définitifs, via des concepts qui ne sont jamais définis que de manière abstraite et tautologique.

<sup>3022</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §1.

<sup>3023</sup> C'est la raison pour laquelle Tarunabh Khaitan insiste sur la force des directives ou dispositions programmatiques de nature sociale dans les pays du Sud, qui ne doivent pas être négligées lorsqu'on ne les considère pas comme des droits subjectifs : c'est que dans le contexte de leur mise en œuvre, elles vont avec un discours sur les identités et les valeurs, T. KHAITAN, « Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism », *Modern Law Review*, vol. 82, n° 4, 2019, p. 1-30, p. 21-24. Comme lors des révolutions libérales du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

pays, contrairement à d'autres pays d'Amérique latine ou d'Afrique, la pratique juridique est solidement installée depuis bien avant la transition constitutionnelle des années 1990, quand bien même le droit n'a pas toujours été ou n'est pas toujours effectif, ce qui est en réalité une autre question. Une spécificité de l'Afrique du Sud et de la Colombie tient à la préexistence d'un État fort, y compris de formes proches de l'État social même si celles-ci étaient réduites à une partie de la population et toléraient des marges non-politiques. La légitimation du pouvoir par un droit ségrégatif en Afrique du Sud s'est en effet accompagnée d'un certain légalisme qui a fondé les luttes ultérieures<sup>3024</sup>, de la même manière qu'en Amérique latine, les juristes ont toujours occupé une place de choix aux côtés du pouvoir, si bien que l'influence étrangère ou la mauvaise greffe est difficilement soupçonnable. Duncan Kennedy notait que la pensée juridique américaine était marquée par un paradoxe, mêlant « foi et scepticisme<sup>3025</sup> » envers le droit : le pays a en effet développé une *Common law* qui laissait une forte place au juge, mais dans le triple contexte de la complexe structure du fédéralisme, d'une culture juridique moins sophistiquée et d'un personnel judiciaire plus changeant qu'en Angleterre, si bien que les enjeux politiques de la décision judiciaire étaient difficiles à éviter<sup>3026</sup>. Aussi, l'alternance entre libéraux (au sens politique) et conservateurs au pouvoir s'est toujours faite sans que ne soit contesté le projet du *Liberal legalism*. La critique du droit amorcée par le réalisme pouvait dès lors prospérer puisqu'elle restait interne<sup>3027</sup>.

Dans des sociétés divisées dans lesquelles l'arbitraire et la violence sont craintes, la question se pose différemment. Une critique interne du droit est plus difficile à entendre, et la critique au contraire peut facilement être externe, qu'elle vienne du milieu politique ou d'universitaires. Elle vise alors à proposer une alternative politique, par opposition au droit et à la dévaluation des idéaux transformateurs, qui étaient défendus précisément par les mouvements politiques radicaux en Colombie (les milices démilitarisées ou non) et en Afrique du Sud (l'ANC radicale et le Parti communiste), dont il reste peu de voix actuellement, mais qui survivent encore à travers de rares critiques académiques<sup>3028</sup>. Des mouvements sociaux et des militants du droit ont ainsi eu une relation

---

<sup>3024</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1.

<sup>3025</sup> D. KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]*, *op. cit.* note 10, p. 79 : « *The simultaneously critical and "believing" character of American legal consciousness, its paradoxical combination of skepticism and faith (...)* »

<sup>3026</sup> *Ibid.* L'auteur s'oppose notamment à l'impression d'un « American nightmare » qu'éprouve H.L.A Hart face aux décisions qui lui semblent ouvertement politiques et idéologiques des juges américains.

<sup>3027</sup> À l'inverse selon Duncan Kennedy, l'Europe continentale connaît des systèmes juridiques qui peuvent plus aisément prétendre à la cohérence et réduire le juge à un rôle apolitique d'application du droit, appliquant à tour de rôle les législations libérales puis les législations de l'État providence. La critique américaine peut alors ressembler au luxe naïf d'un pays qui n'a pas connu de guerre alors que le projet de l'État de droit, en Europe, peut être contesté ou à tout le moins ne pas susciter l'enthousiasme des extrêmes de droite ou de gauche (*Ibid.*, p. 77), du moins jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>3028</sup> Voir par exemple S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 482-500, ou Tschepeo Madlingozi, *infra*.

difficile avec la voie contentieuse et ont pu choisir de s'en détourner au profit d'autres modes d'action, mais c'est alors rapidement une voie violente qui risque de s'ouvrir<sup>3029</sup>. L'alternative politique dans la réalisation d'une transformation sociale, par la loi et non les droits, la représentation nationale et non le juge, comme finalement l'État social soudainement invoqué devant ce dernier à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, prend alors un sens particulier.

Une hypothèse formulée par Rudi Teitel en 1997 semble alors pertinente pour expliquer cette place particulière du droit dans les sociétés colombiennes et sud-africaines, où l'on peut concevoir qu'un moment de transition majeur pour les sociétés – une révolution politique – appelle un élément modérateur, qui lui confère une légitimité solide pour s'installer. Le passage par le droit permet alors au projet de transformation sociale d'être bien admis dans les différents espaces sociaux, y compris ceux traditionnels associés à l'ancien régime, tout en sauvant l'idée juridique de son dévoiement passé. Dans une société en transition, le droit sert à assurer une légitimité et une continuité au programme politique<sup>3030</sup>. Aussi la version de la théorie juridique élaborée dans les pays constitue logiquement une synthèse des discours du *Liberal legalism* et une part plus grande de la critique du droit que celui-ci a déjà inclus dans sa version américaine, car le besoin d'une légitimité est plus grand et le projet politique à légitimer est plus puissant à ce moment, si bien que les cultures juridiques sud-africaine et colombienne intègrent, en plus d'une critique interne du genre réaliste, une critique externe qui entretient en marge une relation sceptique aux droits, le tout conjugué à un discours dogmatique légitimant. Teitel se positionne alors à la fois contre les discours réalistes, qui postulent que le droit n'est que l'inscription des rapports force du moment, et les discours normatifs de la démocratisation par le droit<sup>3031</sup>. C'est précisément dans cette confrontation que se comprennent les transitions pour l'auteur, selon un mode de raisonnement typique des discours du constitutionnalisme du Sud<sup>3032</sup> : ni droit pur, ni politique pure, il s'agirait d'une forme juridique particulière du politique. On peut alors opposer à une lecture issue du Nord comme celle de Ran Hirschl, où les droits viendraient protéger une élite non élue *via* un monologue impératif du juge, une vision plus attentive au rôle du droit dans les sociétés concernées<sup>3033</sup>.

---

<sup>3029</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §2, B.

<sup>3030</sup> R. TEITEL, « Transitional Jurisprudence : the Role of Law in Political Transformation », *Yale Law Journal*, vol. 106, n° 7, 1997, p. 2009-2080.

<sup>3031</sup> L'hypothèse de Rudi Teitel est reprise par Heinz Klug, qui la transpose dans un autre clivage qu'il cherche à dépasser, entre une globalisation du constitutionnalisme qui lui semble incontestable dans l'adhésion sud-africaine à la *rule of law* et l'histoire locale dans laquelle selon lui il faut comprendre la reprise des éléments qui circulent, H. KLUG, *Constituting Democracy : Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge Studies in Law and Society, 2000.

<sup>3032</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

<sup>3033</sup> Voir par exemple, avec une prise en compte plus fine des effets sur le débat public, D.M. BRINKS, V. GAURI, « Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights », in V. GAUDI, D. BRINKS (dir.), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, 2008, p. 1-37, p. 26.

Les cours constitutionnelles créées en Afrique du Sud et en Colombie ont participé d'un mouvement des deux pays qui correspondait à la fois à la légitimation d'un nouveau pouvoir et à la fondation d'une nouvelle identité sociale. Se sont alors mêlés les espoirs d'émancipation d'un moment révolutionnaire et la recherche de stabilité d'un nouveau pouvoir qui cherchait à incarner la force légitime après le dévoiement historique des institutions politiques, dans cette forme intermédiaire qu'est le droit transformateur, entre réforme et révolution, c'est-à-dire entre changement et stabilité sociales, quitte à ce que l'une et l'autre s'annulent dans un exercice du pouvoir qui rompt avec l'idéal du moment constituant. Ce n'est alors pas seulement qu'une élite juridique a fait valoir, dans les deux pays, son progressisme à l'égard des élites juridiques néolibérales et conservatrices, dans un retournement bien analysé par César Rodriguez Garavito ; les juges ont dans ce mouvement eu un intérêt particulier à s'émanciper du pouvoir politique qui les avait fait naître pour légitimer un nouveau régime et l'on peut alors expliquer qu'ils se soient saisis des instruments sociaux pour marquer leur autonomie à l'égard du monde politique.

Le paradoxe qui a marqué la Colombie et l'Afrique du Sud avec des gouvernants qui n'étaient pas les forces progressistes qui ont, brièvement, eu le pouvoir lors du moment constituant, n'obscurcit que le discours transformateur et sa capacité à prendre pour une réalité l'idéal normatif social et pluraliste désiré par une certaine élite juridique, mais explique le rôle des juges. L'activisme judiciaire vis-à-vis de la transformation peut se comprendre comme la formation d'un espace autonome au sein d'un constitutionnalisme qui avait fait des juridictions les instruments de la légitimité étatique dans des périodes troublées. La fonction discursive ou émotionnelle des cours vis-à-vis de l'espace public montre bien cette ambiguïté, puisqu'elle répond aux attentes des rapports de force du moment en formulant une hagiographie d'un idéal constitutionnel de paix sociale retrouvée, tout en ramenant cet idéal au juge lui-même en mettant avant une dimension sociale concrète et contextuelle. Il ne s'agit ici que d'une fonction discursive qui ne préjuge pas du degré de contrainte pesant sur les pouvoirs publics ; le décalage qui a pu apparaître entre le discours normatif ambitieux des cours sud-africaines et colombiennes et des dispositifs et une exécution décevants pour les acteurs des mobilisations sociales, mais *via* la médiatisation des obligations et du contenu du droit en intégrant ceux-ci au contentieux, pourrait se comprendre comme une part du feu astucieuse.

Le discours des identités est précisément au cœur de la théorie politique contemporaine mais également des théories constitutionnelles des systèmes dans lesquels le rôle du juge a été conçu en termes de transformation sociale. L'association des droits sociaux et du néolibéralisme, même déliée d'un essentialisme historique, est souvent comprise en des termes économiques. Or, le néolibéralisme n'est pas seulement une théorie économique, mais également une philosophie,

comme l'analysait Michel Foucault dès son cours au collège de France en proposant l'image d'un entrepreneur de soi<sup>3034</sup>. Il renvoie à une conception de l'individu, perçu au prisme de l'identité, et ainsi ce ne sont pas seulement les inégalités sociales qui sont réduites à la pauvreté des personnes - « maintenant même les 'pauvres' sont compris comme une identité plutôt qu'une classe sociale », un élément clef pour distinguer le moment des droits sociaux de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle du constitutionnalisme social<sup>3035</sup>. Les droits permettent en effet d'aborder le phénomène social sous l'angle de la personne, et Amartya Sen ne dit rien d'autre, en proposant une conception de la justice sociale qui part de l'autonomie individuelle et vise à respecter la liberté. C'est le lien que propose Duncan Kennedy avec le néoformalisme, ou le néoconstitutionnalisme des droits et des principes, qui vise à articuler une pluralité plus qu'à défendre des libertés individuelles ou à gérer collectivement la société<sup>3036</sup>.

Il n'en reste pas moins que le constitutionnalisme en Europe de l'Est, en Amérique latine ou Afrique ne peut se comprendre au XXI<sup>ème</sup> siècle de la même manière que celui de démocraties anciennement établies, associées au constitutionnalisme libéral : un constitutionnalisme du Sud, nouveau ou transformateur prend un sens particulier lorsque l'État a été associé à un système autoritaire. Dès lors le désaveu de l'État social prospère particulièrement, loin de la réaction inverse qui l'avait vu protéger l'Europe contre le fascisme après la Seconde guerre mondiale et vu l'émergence de formes constitutionnelles des droits sociaux<sup>3037</sup>. Comme l'exprime la Cour constitutionnelle de Colombie, après avoir consacré plusieurs pages à l'égalité telle que la Constitution de 1991 la commanderait,

---

<sup>3034</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2.

<sup>3035</sup> D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought », in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (dir.), *The New Law and Economic Development (A Critical Appraisal)*, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73, p. 66. « *in contemporary global legal consciousness, the notion of identity is the descendant of the social preoccupation not with dominant but with subordinated or discriminated or persecuted identities. Identity is typically the basis of a claim against the "majority" or "dominant culture." Identity thinking alternates between essentializing what it is to have some particular trait that sets its possessors apart, in order to develop and legitimate legal claims, and trying to reconcile those claims when they conflict.* ».

<sup>3036</sup> *Ibid.*, p. 66 : « *Contemporary legal consciousness organizes rights claimants according to their plural, cross-cutting "identities." Identity represents at once an extension of and a total transformation of the categories – social class and national minority – through which the social jurists disintegrated the Savignian "people." Contemporary identities cross cut in the sense that each of us has many. One person can be a straight white male married ruling class New England Protestant Unitedstatesean, not living with a disability, not a person living with AIDS, not a survivor (that he remembers) of childhood sexual abuse, and so on. (...) Human rights play the same role in contemporary legal consciousness that "private rights" played in CLT and "social rights" played in the Social. Identity plays the role that the individual played in CLT, and that classes and national minorities played in the Social. The contemporary ideal is a legal regime that is pluralist, not in the sense of CLT, which coordinated atomized individuals through universally valid abstract rules, nor in that of the Social, preoccupied with finding and supporting the "valid" "living" law of subcommunities as a path toward an idea of distributive justice. But in the sense of appropriately recognizing and managing "difference." The individual (and corporate) property and contract rights beloved of CLT were a limited class, cabined by the worship of sovereign power on the one hand and by the sharp distinction between legal and moral obligation on the other. They are an ancestor, but not the model for contemporary human rights, nor, for that matter, are they central to the human rights pantheon. The collective social rights (food, housing, work, health) beloved of The Social, are more or less vindicated in positive law, but they, like CLT property rights, are conceptually at the margin of contemporary legal consciousness in its transnational form.* » (65-66)

<sup>3037</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

L'appel à une solidarité renforcée dans un État social de droit ne peut aller jusqu'à l'élimination de la liberté individuelle et sociale par la matérialisation d'un État qui, sous prétexte d'exercer ses fonctions de gestion économique, se transforme en État totalitaire.<sup>3038</sup>

L'Afrique du Sud des années 1990 est également un exemple topique d'un contexte dans lequel l'État doit être rigoureusement encadré après le régime politico-juridique profondément inégalitaire de l'Apartheid : la vie a subi une redéfinition qui devait dépasser l'égalité formelle de l'existence mais sans nécessairement signifier autre chose qu'un fort attachement à la liberté individuelle face à l'oppression, dans une culture juridique marquée par la *rule of law* britannique. Nelson Mandela ne dit pas autre chose lorsqu'il relie naturellement les droits sociaux aux droits civils et politiques :

Un simple vote, sans nourriture, sans abri et sans soins de santé, c'est utiliser les droits de première génération comme un écran de fumée pour masquer les forces profondes qui déshumanisent. C'est créer une apparence d'égalité et de justice, alors que, implicitement, l'inégalité socio-économique est ancrée. Nous ne voulons pas de la liberté sans pain, ni du pain sans liberté. Nous devons assurer tous les droits et libertés fondamentaux associés à une société démocratique.<sup>3039</sup>

C'est dans cette exigence d'un libéralisme politique qu'est également porté un libéralisme économique. Et c'est pourquoi le droit à la vie ou à la dignité de la personne humaine a pu servir de fondement aux interprétations des droits sociaux et culturels et que ceux-ci ont pu permettre d'élaborer de nouvelles conceptions des obligations pesant sur les autorités publiques, propres à toutes les normes fondamentales, comme celle de respecter, protéger et promouvoir<sup>3040</sup>. À ce titre, il demeure au service d'une finalité de limitation de l'État, toute la difficulté étant que celle-ci peut venir en butte de politiques sociales et justifier dès lors une finalité inverse à celle de l'État social.

## 2. Le rôle des majorités politiques par-delà les majorités sociales

La légitimité du juge dépend alors d'une économie de la légitimité publique dans les pays dans lesquels l'État, mais également les élites politiques et les représentants disposent d'un capital

---

<sup>3038</sup> CCC, C-1064/01, *op. cit.*, §4.1.1 : « *La apelación a la solidaridad reforzada en un Estado Social de derecho no puede, sin embargo, llegar al extremo de eliminar la libertad individual y social a través de la materialización de un Estado que, so pretexto de ejercer sus funciones de dirección de la economía, se transforma en uno totalitario.* »

<sup>3039</sup> N. MANDELA, « Address : on the occasion of the ANC's Bill of rights conference », *A Bill of rights for a democratic South Africa : papers and reports of a conference convened by the ANC Constitutional Committee, 1991*, Centre for Development Studies, University of the Western Cape, 1992, p. 9-14, spec. p. 12 : « *A simple vote, without food, shelter and health care is to use first generation rights as a smokescreen to obscure the deep underlying forces which dehumanise people. It is to create an appearance of equality and justice, while by implication socio-economic inequality is entrenched. We do not want freedom without bread, nor do we want bread without freedom. We must provide for all the fundamental rights and freedoms associated with a democratic society.* »

<sup>3040</sup> C'est pourquoi, à notre sens, des auteurs comme Victor Abramovitch et Christian Courtis, dans leur plaidoyer pour des droits sociaux justiciables appuyés sur des obligations à la fois positives et négatives, esquissent l'idée selon laquelle la distinction entre les générations de droits n'était peut-être plus pertinente dans la « *rationalité philosophico-politique contemporaine* », V. ABRAMOVITCH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2001, p. 59-60. Voir *supra*, chapitre 4.



symbolique faible. On observe alors dans les années 1990 et 2000 une transformation des élites sociojuridiques qui est cruciale pour expliquer l'émergence d'un constitutionnalisme transformateur dans les deux pays : alors que les élites politiques ouvrent le pays sur un mode néolibéral, les milieux progressistes investissent la lutte par les droits. En Afrique du Sud en particulier, un milieu humanitaire principalement blanc<sup>3041</sup> se constitue en parallèle d'un milieu économique également blanc<sup>3042</sup> alors que les non-blancs prennent le pouvoir politique ou demeurent la part la plus pauvre de la population. En Colombie, les forces de gauche sont durablement exclues du pouvoir politique après la constituante, associées à la lutte contre les guérilléros ou au populisme vénézuélien<sup>3043</sup>, la vie politique se concentre sur la lutte armée quitte à constituer un milieu paramilitaire privé puissant et nourrir une violence à l'égard des activistes associatifs<sup>3044</sup>.

L'enjeu de la légitimité peut alors être compris dans le cadre des recompositions sociales. Dans les années 1990, en Colombie et en Afrique du Sud, l'immense pauvreté d'une partie de la population fait face à une élite particulièrement aisée, mais qui n'est pas si réduite que dans les pays du Nord : environ 20% de la population peuvent revendiquer un niveau de vie semblable à celui de l'Europe, par exemple, contre l'image d'une simple binarité entre très pauvres et très riches dans les pays du Sud<sup>3045</sup>. L'émergence d'une classe moyenne est toujours ambivalente puisqu'elle traduit à la fois un changement des structures sociales et un phénomène politique par lequel les dirigeants au pouvoir cherchent parfois à désigner un centre mou et silencieux qui les soutiendrait, ni populaire, ni élitiste<sup>3046</sup>. C'est précisément cette évolution sociologique qui fonde, après une révolution, le socle électoral du nouveau pouvoir, invalidant dès lors la thèse marxiste qui oppose bourgeoisie et

---

<sup>3041</sup> T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *Stellenbosch Law Review*, vol. 28, n° 1, 2017, p. 123-147

<sup>3042</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, University of KwaZulu-Natal Press, 2003, p. 103. Aussi, « *although the new government has enjoyed political hegemony since 1994, economic hegemony is still in the hands of the corporate sector* » (p. 29).

<sup>3043</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Izquierdas del mundo, ¡unanse!: y otros ensayos*, CLACSO, 2020, chapitre 4 : Colombie: la fractura de la lucha armada bajo la vigilancia del imperio, pp. 101-122. M. GARCIA VILLEGAS, « Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano », *Análisis político*, vol. 27, n° 82, 2014, p. 167-195, p. 172.

<sup>3044</sup> R. UPRIMNY YEPES, « Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks », *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, n° 6, 2007, p. 52-69

<sup>3045</sup> Là où dans les pays développés, on analyse plutôt une structuration entre 10% d'élites, détachées de 40% à 50% de classes moyennes, T. PIKETTY, *Le Capital au XXIe siècle*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2013, p. 389-393.

<sup>3046</sup> *Ibid.*, p. 393-396.

prolétariat<sup>3047</sup>, quand bien même la rhétorique de l'ANC et du SACP est restée proche de cette position orthodoxe, obscurcissant la prise de conscience de ce que la réalité de la société sud-africaine tendait à l'émergence de cette classe moyenne noire<sup>3048</sup>. Si les droits sociaux qui d'abord avaient été maniés pour les plus démunis privilégient progressivement les classes moyennes selon une critique classique<sup>3049</sup>, cela n'a donc rien d'illogique. Précisément, leur usage contemporain a lieu dans des sociétés où, plutôt qu'une opposition entre des très riches et beaucoup de très pauvres, a émergé une classe intermédiaire, située dans les grandes villes, bien loin de la classe ouvrière relativement homogène qui a émergé dans la première moitié et au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle. C'est en ce sens que l'État social n'est plus guère qu'une invocation politique dont la traduction juridique, les droits sociaux, ne se retrouve pas prise dans le goulot d'étranglement de l'individualisme comme le postulent certaines critiques<sup>3050</sup>. Ils sont bien plutôt l'instrument des classes moyennes, entre l'individu radical et le collectif fantasmé d'un peuple uni.

L'effet transformateur des droits sociaux est souvent jugé à l'aune des plus pauvres à l'exclusion des classes moyennes<sup>3051</sup>. Par exemple, Malcom Langford oppose une égalité radicale qu'il associe à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du fait de son souci pour les exclus à une égalité modérée proches d'un compromis de classe et donc du modèle welfariste, citant la jurisprudence colombienne des années 2000<sup>3052</sup>. Il y a à douter que la première situation relève d'une position égalitaire puisque son fondement est plutôt la dignité, qui a également joué un fort rôle en Colombie<sup>3053</sup>. L'aspect progressiste semble néanmoins là encore associé à la

---

<sup>3047</sup> N. POULANTZAS, *Classes in contemporary capitalism*, New Left Books, 1974. Une thèse admise est qu'entre cette classe moyenne et une classe populaire se développe, jusqu'à rendre la limite entre les deux de plus en plus floue, un « précaire » d'entrepreneurs non-salariés ou de salariés multipliant les contrats courts, sans être nécessairement caractérisés par un bas salaire, G. STANDING, *The precariat: the new dangerous class.*, Bloomsbury Academic, 2011. En réalité, un courant du marxisme propose, depuis les années 1950 et contre l'hypothèse de la constitution d'une classe moyenne comme nouveau prolétariat, d'envisager à l'inverse que la classe moyenne se paupérise, perd en compétences et en autonomie face à un *management* de plus en plus vertical, et devient un nouveau prolétariat, D. LOCKWOOD, *The black-coated worker*, Oxford, Clarendon Press, 1958. H. BRAVERMAN, *Labour and monopoly capital*, New York, Monthly Review Press, 1974.

<sup>3048</sup> R. SOUTHALL, *The new black middle class in South Africa*, Jacana & the Konrad Adenauer Foundation, 2016, p. 65-97.

<sup>3049</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2 et chapitre 7, section 2, §2, B., 1. Voir par exemple S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018, p. 201 : « *social rights adjudication functioned far better to maintain the middle class against the stripping of privileges than it did to succor the most miserable* ».

<sup>3050</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1.

<sup>3051</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2, et pour un travail inaugural dans cette direction, voir R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (dir.), *Courts and social transformations in new democracies. An institutional voice for the poor?*, Ashgate, 2006.

<sup>3052</sup> M. LANGFORD, « Judicial Politics and Social Rights », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 66-109. L'auteur prend soin de distinguer une telle position juridictionnelle de ses effets : « *Even if the Colombian Court is understood to be the most progressive in the world, it doesn't mean it will be the most distributively fair* » (p. 99).

<sup>3053</sup> Voir *supra*, chapitre 4. Ce que reconnaît Malcom Langford même s'il associe cette position à la jurisprudence des années 1990, qui est certes fondatrice mais a demeuré ensuite dans l'activité de la Cour.

première position et à une jurisprudence favorable aux classes moyennes éloignée de la finalité des droits sociaux, selon la redéfinition bien analysée par Samuel Moyn<sup>3054</sup>.

Rosalind Dixon et David Landau ont ainsi pu estimer qu'il y avait un biais des universitaires à considérer que la jurisprudence en matière de droits sociaux visait à améliorer la situation des plus démunis alors qu'elle avantage surtout, en réalité, les classes moyennes<sup>3055</sup>, les auteurs y voyant le jeu de l'accès au juge et des affinités sociologiques personnelles des juges. Surtout, plus qu'une difficulté, il pourrait s'agir selon eux d'une force de la justice constitutionnelle au service de la « non-transformation » : en développant des droits pour les classes moyennes, les juges les universalisent en s'appuyant sur un soutien social plus large face au pouvoir politique, produisant ensuite seulement un effet transformateur<sup>3056</sup>. En un sens, le juge ne fait alors que répondre aux besoins d'une majorité sociale contre la majorité électorale<sup>3057</sup>, ce qui permet de contourner l'objection contre-majoritaire. Le risque pour les auteurs est double : l'incertitude quant à l'extension d'une telle stratégie au bénéfice de tous sans disperser les fonds et l'incertitude quant à la réaction de la société et du pouvoir politique face à l'intervention agressive du juge<sup>3058</sup>.

Le terme de classes moyennes reste encore trop vague, car il peut être défini largement et renvoyé à la majorité sociale. La question du constitutionnalisme se pose alors moins que celle de la *majority rule*, ou défini plus strictement, mais sans nécessairement le réduire à la grande pauvreté. On peut alors envisager que le juge en matière de droits sociaux soit un acteur « pro-majoritaire<sup>3059</sup> » face à un pouvoir politique fermé à la société. Mais comment décider de ce qu'est la majorité, sauf à la réduire aux bénéficiaires des droits d'une manière verticale ? À l'inverse, on ramène alors la question des effets sur la réalité sociale dans la légitimité de la jurisprudence. C'est ainsi que Tarunabh Khaitan juge que le « le discours constitutionnel libéral-démocrate a trahi les pauvres<sup>3060</sup> », en s'intéressant certes aux plus démunis, ceux qui manquent bonnement et simplement d'eau, de nourriture ou d'un toit, mais en délaissant la pauvreté relative des vingt pourcent les plus démunis, qui y restent condamnés. Le projet constitutionnel fait alors face à un paradoxe : s'il maintient sa

---

<sup>3054</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>3055</sup> D. LANDAU, R. DIXON, « Constitutional non-transformation ? », in K.G. YOUNG (dir.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 110-134, spec p. 113 : « Much of the literature seems to assume that socioeconomic rights, if actively enforced, will be transformative in nature. That is, there is an implicit assumption that the most marginalized members of society will be the major beneficiaries of these judgments. But existing empirical evidence suggests that in many national contexts, this assumption is problematic and at least the direct benefits of enforcement accrue to higher-income groups. »

<sup>3056</sup> *Ibid.*, p. 112 et 124-125.

<sup>3057</sup> *Ibid.*

<sup>3058</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>3059</sup> D.M. BRINKS, V. GAURI, « Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights », *op. cit.* note 124.

<sup>3060</sup> T. KHAITAN, « Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy », *Global Constitutionalism*, vol. 8, n° 3, 2019, p. 536-570, p. 537 : « the liberal-democratic constitutional discourse has failed the poor »

stabilité en conservant plus ou moins une majorité dans une situation acceptable, il laisse prospérer une exclusion durable et la rejette hors du politique<sup>3061</sup>, trahissant sa promesse d'égalité pour une partie substantielle de la population, et portant là atteinte au principe majoritaire qui rendait l'ordre constitutionnel légitime<sup>3062</sup>. C'est précisément cette légitimité que voulaient sauver, l'un pour l'éthique, l'autre pour le droit constitutionnel, John Rawls et Frank Michelman, comme l'avait déjà fait le projet de l'État social au début du XX<sup>ème</sup> siècle : il s'agissait avant tout « de sauver le libéralisme de lui-même<sup>3063</sup> ». L'objectif de transformation sociale qui oscille entre seuils et structures, peut alors se traduire constitutionnellement par cet équilibre précaire entre les exclus et la majorité. Ce que les principales approches de l'activisme judiciaire en matière sociale manquent est une appréciation de la relation entre la jurisprudence et le contexte socio-politique qui prête attention au rôle des majorités électorales. Les discours des juristes dans la sphère comparatiste ont alors reproduit un discours des juges qui apparaît notamment dans la jurisprudence colombienne, dans une moindre mesure en Afrique du Sud, et qui fonde la légitimité des cours constitutionnelles non sur des processus et des concepts politiques et constitutionnels, mais sur des notions comme l'égalité ou la dignité, conçues certes en lien avec la réalité sociale, mais d'une manière qui demeure abstraite.

---

<sup>3061</sup> Ainsi, « *it is not that the liberal discourse in general that has ignored the poor. Its failing lies in its assumption that material equality is a matter for political rather than constitutional discourse* » (Ibid., p. 539) : « *Because political lockout of a group is a constitutional rather than a (mere) policy problem, there is a strong case for liberal constitutions to afford a measure of political insurance to the poor* » (Ibid., p. 540). C'est une observation similaire à celle que formulait Frank Michelman dès 1973, « *Lawyers and jurists, like economists and political scientists, seem to have instinctively placed distributive-share questions beyond the province of their specialized analysis, 'science,' and 'technique'* », F.I. MICHELMAN, « *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights. One View of Rawls' Theory of Justice* », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, n° 5, 1973, p. 962-1019, p. 963.

<sup>3062</sup> Le « *political lockout of the relative poor makes a regime illegitimate, and no longer liberal* », en ce qu'il atteint « *the liberal promise of political equality, thereby making the regime illegitimate by the yardstick of liberalism's own moral commitments* », KHAITAN 2019, 540 et 553. Ainsi, « *While reduced political power or the diminishing size of the middle classes may well be a problem for the stability of a liberal democracy, the 'political lockout' of the very poor calls into question the very legitimacy of a liberal order. When a group comprehensively loses any genuine prospects of garnering even a threshold level of political power at least some of the time, it has been 'locked out' of power. [...] It is this fear of lockout that necessitates 'political insurance' – the notion that constitutions can create mechanisms to guarantee a modicum of political power to groups who face the risk of a lockout* » (KHAITAN 2019, 538)

<sup>3063</sup> D. KENNEDY, « *Three Globalizations* », *op. cit.* note 126, p. 38 : « *to save liberalism from itself* ».

## SECTION 2 : LES COURS CONSTITUTIONNELLES FACE A LA DEMOCRATIE

Comment l'activisme des cours constitutionnelles, conçu comme une relation à la réalité sociale et politique, s'est-elle inscrite dans l'espace politique des deux pays ? En Afrique du Sud, la Cour a élaboré une conception représentative de la démocratie et été plus déférente dans un contexte de parti unique, mais cette conception et son contrôle ont tendance à se renforcer tout en restant dans les bornes de système politique tel qu'il a été conçu par ses principaux acteurs (§1). En Colombie, la Cour a élaboré une conception post-représentative de la démocratie, au risque d'apparaître exposée aux tenants d'une démocratie majoritaire et donc au pouvoir politique (§2).

### §1. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, acteur politique contre elle-même

La transition constitutionnelle sud-africaine a introduit un paradoxe dans le constitutionnalisme en voyant un parti unique s'installer après l'adoption d'une Constitution ambitieuse (A). La Cour a répondu à ce contexte en élaborant une conception représentative de la démocratie qui va avec son refus d'élaborer un contenu fort de la norme, même si son discours s'est durci vis-à-vis du pouvoir politique à partir de la fin des années 2000 (B).

#### A. La Cour face au pouvoir politique

Dans l'espace politique qui est le sien, marqué par la domination de l'ANC (1), la Cour alors a élaboré une conception représentative de la démocratie qui laissait la transformation sociale au pouvoir politique (2).

##### 1. La Cour constitutionnelle face au parti unique

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a été créée dans le contexte d'un changement de pouvoir politique. Plusieurs facteurs ont été avancés comme explication à son instauration : un progrès démocratique amené par la fin de l'Apartheid, une tradition juridique sud-africaine riche, l'influence des discussions internationales ou encore l'assurance fournie à la fois à l'ANC et au NP de la garantie de leurs intérêts dans la transition<sup>3064</sup>. L'ANC a ainsi pu mener les négociations et se maintenir au pouvoir précisément parce qu'elle reposait sur la légitimité constitutionnelle, notamment pour la certification des textes constitutionnels par la Cour en 1996. Selon Theunis Roux, « la dominance d'une faction centriste favorable à la *rule of law* au sein de l'ANC a aidé à la Cour à se positionner en facilitateur du projet de transformation sociale de l'ANC<sup>3065</sup> ». La

---

<sup>3064</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §1.

<sup>3065</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press, 2013, p. 177, voir également p. 143-163.

jurisprudence mesurée de la Cour constitutionnelle en matière de droits sociaux, avec l'examen du caractère raisonnable des mesures prises sans en imposer le contenu, s'explique alors par le fait que la transformation n'était pas uniquement associée au juge, mais également au nouveau pouvoir politique qui portait la démocratisation dès 1994. À l'inverse, le risque était grand pour l'indépendance judiciaire alors que l'ANC s'est immédiatement retrouvée dans la situation de parti unique dans laquelle était le NP de 1948 à 1993. Durant l'Apartheid, l'indépendance judiciaire a été limitée et aucun *judicial review* n'a pu s'installer malgré quelques discussions en ce sens<sup>3066</sup>. En 1996 au contraire, et de manière inédite dans un pays qui avait été marqué par une tradition britannique, l'Afrique du Sud adhère en droit à une conception stricte de la séparation des pouvoirs, acceptée comme une nécessité contemporaine<sup>3067</sup>. Les questions laissées à l'appréciation de la Cour comme la peine de mort ou la conformité du droit coutumier aux nouveaux droits et principes constitutionnels étaient autant de raisons pour l'ANC de laisser s'installer une juridiction indépendante dans la résolution de tels conflits politiques.

Du fait de la domination à venir d'un parti unique, les négociateurs des constitutions de 1993 et 1996 instaurent une procédure de nomination des membres de la Cour constitutionnelle qui a pu être qualifiée de mixte<sup>3068</sup>, puisqu'il repose sur une *Judicial service commission* (JSC) composée de juges ordinaires nommés en grande partie avant la transition ainsi que de membres de l'exécutif, d'avocats, de procureurs et d'universitaires. La JSC propose des noms au Président, lequel doit consulter le *Chief justice* et les chefs de groupe parlementaires, illustrant un régime qui n'est pas tout à fait parlementaire, même si le chef de l'État est lié par la liste qui lui est proposée. La JSC la constitue à partir d'appels à candidature et d'une sélection sur dossier, avant des entretiens publics. Cette médiatisation, ainsi que la composition même de la JSC qui *a priori* rassemble la communauté juridique, participent d'un processus qui éloigne la nomination du seul parti unique. En 1994, l'ANC obtient sept nominations sur onze, mais soucieuse de présenter la Cour comme une institution neutre<sup>3069</sup>, ne nomme qu'une seule personne qui soit membre du mouvement, Albie Sachs, tandis qu'Arthur Chaskalson, sans avoir été militant, fut l'avocat de Nelson Mandela. La Cour a tout de même reçu une demande de récusation pour cinq de ses membres dans une affaire où était en cause le Président Mandela, au motif qu'ils étaient d'anciens compagnons de lutte nommés par

---

<sup>3066</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1, §2.

<sup>3067</sup> D. DAVIS, K.E. KLARE, « Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law », *South African Journal of Human Rights*, vol. 26, n° 3, 2010, p. 509.

<sup>3068</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 160.

<sup>3069</sup> *Ibid.*, p. 168 : « the 1993 Constitution ensured that the Court was composed of judges who were broadly sympathetic to the ANC's policies but who were not so closely aligned to it as to be tarred with the brush of partisanship. At the same time, the fact that the ANC had had effective control of the judicial appointments process made it difficult for factions within the ANC opposed to liberal constitutionalism to depict the Court as a reactionary institution bent on the preservation of minority-group privilege. »

lui<sup>3070</sup>. Pour autant, en 2001, le président de la Cour devient le *Chief justice of South Africa* soit le dirigeant de l'ensemble du système judiciaire, et la durée du mandat des membres est repoussée à 15 ans au lieu de 12, un amendement proposant la nomination à vie étant toutefois rejeté<sup>3071</sup>. La Cour a acquis les fonctions de cour suprême en 2013 en pouvant entendre toute affaire, y compris au-delà du champ constitutionnel. Une critique venue de la société civile à l'égard de la Cour constitutionnelle, outre les soupçons de proximité, a concerné le manque de représentativité sociale et ethnique des membres, pourtant spécifiée comme plurielle – sans plus de détail – par l'article 174 de la Constitution. Sur trente-trois juges nommés au 31 mars 2023, dix-neuf étaient noirs, douze blancs, deux indiens et quatre étaient des femmes<sup>3072</sup>.

Pour autant, si l'on peut imaginer que la Cour devait alors s'émanciper du pouvoir politique afin de rester légitime, ce pouvoir politique détenait lui-même à la fois la légitimité issue de la transition pacifique de 1996 et la certitude d'une position incontestée dans le paysage électoral. Aussi, comme l'estime Theunis Roux,

Le contexte politique dans lequel se situait la Cour était très différent de la démocratie libérale fonctionnelle que la théorie constitutionnelle prend pour une condition nécessaire à un pouvoir judiciaire indépendant<sup>3073</sup>.

Or, la domination de l'aile centriste à partir de 1993 jusqu'à la présidence de Thabo Mbeki, qui succède à Nelson Mandela, et les politiques néolibérales menées par les gouvernements successifs<sup>3074</sup>, place la transition constitutionnelle dans une situation paradoxale. La déférence vis-à-vis d'un pouvoir politique associé à la transition s'est retourné contre la Cour lorsque ce pouvoir s'est avéré décevant du point de vue de ses propres prémisses idéologiques. Le juge constitutionnel a alors dû garantir un mandat de transformation qui reposait en partie sur des droits sociaux et une égalité substantielle face à un pouvoir politique qui a largement perdu l'aspect révolutionnaire qui avait été porté jusqu'au moment constituant. La faveur donnée à la légalité dans la transition devient ainsi une difficulté pour la Cour du fait de l'écart croissant entre l'idéal constitutionnel et les

---

<sup>3070</sup> CCASS, 10 septembre 1999, *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others*, §3 et 31. La Cour rejette la demande de récusation et, tout en reconnaissant que la dignité des magistrats a été mise en cause de manière abusive, rejette également l'attribution des frais correspondants au requérant, §256-259.

<sup>3071</sup> Judge's Remuneration and Conditions of Employment Act 47 of 2001

<sup>3072</sup> On note un changement notable des nominations sous la présidence Ramaphosa puisqu'en 2013, il y avait eu 12 noirs, 10 blancs et 2 indiens.

<sup>3073</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 334 : « *the political context in which the Court found itself was very different from the sort of well-functioning democracy liberal constitutional theory typically assumes to be a necessary condition for independent judicial review.* »

<sup>3074</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 1, §2, B.

politiques menées<sup>3075</sup>, donnant lieu aux affaires sur les droits sociaux les plus célèbres de 1997 à 2001, qui n'ont pas pour autant remis en cause la ligne du gouvernement. L'affaire *TAC* a pu être perçue comme un arbitrage entre les différents courants de l'ANC alors que la présidence Mbeki n'avait pas apporté de réponse claire à l'épidémie du Sida<sup>3076</sup>. De leur côté, l'aile gauche de l'ANC ou le Parti communiste n'investissent pas un contentieux stratégique pour autant<sup>3077</sup>, plutôt pris en charge par les ONG et des mouvements sociaux issus du terrain<sup>3078</sup>. Les contre-pouvoirs ont alors été associés à la vie interne du parti dominant<sup>3079</sup> ou aux mouvements sociaux qui pouvaient exercer une pression médiatique ou, précisément, saisir le juge pour porter devant un tiers les conflits relatifs aux politiques publiques<sup>3080</sup>.

Dès lors, la véritable difficulté dans laquelle s'est trouvée la Cour y compris d'un point de vue normatif, concernant son approche de la démocratie, réside dans la situation sud-africaine d'un parti unique<sup>3081</sup>. La particularité de la jurisprudence de la Cour a consisté à ne pas discuter de cet aspect dans l'élaboration de sa doctrine vis-à-vis de la démocratie<sup>3082</sup>. La situation politique sud-africaine a pourtant amené à une réduction de la force des contre-pouvoirs constitutionnels puisque ceux-ci étaient tous aux mains de l'ANC<sup>3083</sup>, en particulier la fonction du contrôle parlementaire, le fédéralisme, la difficulté pour l'opposition à incarner une alternance crédible<sup>3084</sup>. La dominance de

---

<sup>3075</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 178 : « *the centrist faction's cautious, law-driven approach to social transformation in theory favoured the maintenance of the constitutional project. That positive relationship, however, only applied for as long as GEAR in fact delivered on its promises of economic growth and job creation. To the extent that it did not, or was otherwise seen as a hindrance to thorough-going social reform, the identification of the constitutional project with GEAR threatened to take the Constitutional Court down with it. All of this was doubly awkward for the Court since the 1996 Constitution's conception of law-driven social transformation is in fact quite progressive* ». C'est selon Theunis Roux une double pression politique qui pèse alors sur la Cour : « *On the one hand, its continued insulation from political attack depended on its capacity to manage its relationship with the ANC's centrist faction, which had driven the constitution-making process and supported the Court in the first two years of its life. On the other, the centrist faction's persistent pursuit of policies that made it vulnerable to left-wing critique threatened the constitutional project, and by extension the Court itself. To survive in this awkward environment, the Court needed somehow to enforce the more progressive economic philosophy underlying the 1996 Constitution whilst at the same time maintaining its working relationship with its most important constitutional partner.* » (*ibid.*, 179)

<sup>3076</sup> *Ibid.*, p. 183-184.

<sup>3077</sup> *Ibid.*, p. 185, qui attribue cette absence à la culture hostile aux droits qui domine la gauche radicale sud-africaine, au profit de la lutte politique.

<sup>3078</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §2, A.

<sup>3079</sup> Voir T. LODGE, « The ANC and the Development of Party Politics in Modern South Africa », *The journal of modern African studies*, Lo, vol. 42, n° 2, 2004, p. 189-219

<sup>3080</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §2.

<sup>3081</sup> S. CHOUDHRY, « "He had a mandate"; the South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy », *Constitutional Court Review*, vol. 2, n° 1, 2009, p. 1-86, p. 3.

<sup>3082</sup> *Ibid.*, p. 5 et p. 35 : « *The Court lacks the conceptual resources to question the assumption of political competition and alternation that underlies its jurisprudence. The Court has an inadequate understanding of the concept of a dominant party democracy, its pathologies, the pressure it puts on what is otherwise a formally liberal democratic system because of the lack of alternation of power between political parties, and how this pressure is generating constitutional challenges.* »

<sup>3083</sup> R. SOUTHALL, « The Centralization and Fragmentation of South Africa's Dominant Party System », *African Affairs*, vol. 97, n° 389, 1998, p. 443-469. Voir plus largement R. SOUTHALL, « The "dominant party debate" in South Africa », *Afrika Spectrum*, vol. 40, n° 1, 2005, p. 61-82.

<sup>3084</sup> S. CHOUDHRY, « "He had a mandate"; the South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy », *op. cit.* note 172, p. 32.



l'ANC semble encore durer trente ans plus tard. Le vote est divisé racialement entre d'une part une ANC soutenue par les noirs, avec près de 70% dans la population générale sous Thabo Mbeki (1999-2008), puis environ 60% sous Jacob Zuma (2008-2017) jusqu'à la chute de celui-ci après diverses accusations de corruption, et d'autre part un vote blanc pour le New National Party, qui fusionne en 2003 avec le parti libéral pour former la *Democratic Alliance*, pour une libéralisation économique mais également des dépenses sociales, mais ce clivage tend à se recomposer autour d'enjeux de classes<sup>3085</sup>. On observe en effet un effritement du vote ANC lorsque la nouvelle classe moyenne noire, avec l'élite économique en général, lui préfère le *Democratic Alliance*<sup>3086</sup>, tandis que les voies les plus radicales se sont tournées vers les *Economic Freedom Fighters*, créé en 2013 par des dissidents de l'ANC, au programme marxiste-léniniste, en faveur des nationalisations, de la gratuité de la santé et de l'expropriation des terres, dont les scores le placent, avec 11% en moyenne aux élections nationales, en troisième position derrière l'ANC et la *Democratic Alliance*.

## 2. Une conception représentative de la démocratie

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a produit une conception de la démocratie représentative qui permet d'expliquer son approche du texte constitutionnel, c'est-à-dire une approche largement déférente vis-à-vis des politiques publiques menée par l'ANC au pouvoir vis-à-vis des droits sociaux. Sa jurisprudence en matière de liberté individuelle (*right to freedom*) est claire<sup>3087</sup>, mais celle qui porte sur la participation politique a été jugée prudente. La juridiction a notamment élaboré un mode de contrôle restreint concernant les obligations pesant sur l'État en matière de droit de vote, en s'en tenant à une simple obligation de faciliter l'exercice du droit et non un test du caractère raisonnable des limitations apportées aux droits dans le cas où les dispositions ne visaient pas à réduire, mais à faciliter le droit de vote<sup>3088</sup>. La principale justification apportée tient au rôle laissé au Parlement<sup>3089</sup> et, selon une formule très commentée, à l'obligation qu'il a d'assurer le droit de vote aux citoyens qui ont pris les mesures appropriées afin de réaliser leur droit<sup>3090</sup> – ici,

---

<sup>3085</sup> A. GETHIN, « Inégalités extrêmes, renouvellement des élites et structures des clivages politiques en Afrique du Sud, 1994-2019 », in A. GETHIN, C. MARTINEZ-TOLEDANO, T. PIKETTY (dir.), *Clivages politiques et inégalités sociales. Une étude de 50 démocraties (1948-2020)*, EHESS / Gallimard / Seuil, 2021

<sup>3086</sup> R. MATTES, « South Africa's emerging black middle class : a harbinger of political change ? », *Journal of international development*, vol. 27, n° 5, 2015, p. 665-692

<sup>3087</sup> CCAS, 1995, *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa* (). CCAS, 1996, *Ferreira v. Levin NO* (Ackermann proposait néanmoins d'étendre la liberté à toute limite aux choix et possibilités, un choix proche de l'autonomie, §54). CCAS, 1998, *De Lange v. Smuts NO and Others*, distinguant une définition substantielle contre toute privation de liberté et une définition procédurale contre la décision arbitraire.

<sup>3088</sup> CCAS, *New National Party*, voir notamment §10-17 (Yacoob).

<sup>3089</sup> *Ibid.*, §19-20.

<sup>3090</sup> *Ibid.*, §21, plaidant pour un contrôle plus strict, voir l'opinion dissidente de Kate O'Regan, §116-117, ce à quoi le juge Yacoob réplique, dans son opinion majoritaire, qu'un test du caractère raisonnable dans une telle affaire n'impliquant pas une violation formelle d'un droit serait une atteinte à la séparation des pouvoirs de la part du juge, §24.

en obtenant leurs papiers à temps. La Cour était saisie par un parti minoritaire qui contestait l'exigence posée par la loi de documents d'identité contenant un code barre délivrés à partir de 1986 afin de pouvoir s'inscrire sur les registres électoraux, avec une délivrance de nouveaux papiers insuffisante pour améliorer la situation d'ici aux prochaines élections générales, excluant de fait ceux qui n'avaient pas de papiers ou des papiers délivrés antérieurement, soit environ 20% du corps électoral était exclu, pour moitié des personnes noires des anciens Bantoustans, qui n'avaient pas de documents d'identité, et pour moitié des minorités indiennes ou blanches qui avaient des papiers trop anciens<sup>3091</sup>. La Cour refuse donc d'appliquer un contrôle normal des conditions dans lesquelles la législation et la pratique des pouvoirs publics mettent en œuvre le droit de vote à partir du moment où la législation ne le restreignait pas formellement mais se bornait à en préciser les conditions. Selon une critique bien connue en matière de droits sociaux, la Cour en vient donc ici à réduire le contenu du droit à leur mise en œuvre par les pouvoirs publics, et sans même ici exercer un contrôle de proportionnalité sur cette mise en œuvre<sup>3092</sup>. La difficulté résidait dans le fait que « la mise en œuvre du droit à la participation menaçait directement l'hégémonie politique de l'ANC<sup>3093</sup> ».

La même difficulté se présentait lorsqu'un parti minoritaire a saisi la Cour de dispositions législatives permettant aux députés de changer de liste (*floor crossing*) lors des élections nationales et provinciales<sup>3094</sup>. La pratique avait été initialement interdite dans la Constitution, avant une révision concomitante aux nouvelles dispositions législatives, afin d'empêcher les accords et changements de camps qui risqueraient d'empêcher les partis minoritaires de constituer et maintenir leurs propres listes<sup>3095</sup>. Le *New National Party* et le *Democratic Party*, qui avaient été en mesure de gagner la province du Cap en formant une alliance en 1999, se sont séparés en 2002 alors que le *New National Party* a formé une nouvelle alliance avec le *Democratic Party*, les nouvelles dispositions permettant à ses élus ou à ceux du *Democratic party* de rejoindre l'ANC. La Cour n'examine pas la question qui lui est posée de savoir si la fin de l'interdiction de changement de parti aboutissait à la violation des principes démocratiques constitutionnels en ayant l'effet de renforcer le parti majoritaire. La Cour rejette en particulier l'argument selon lequel la révision aurait dû suivre la procédure visée à l'article 74(1) pour les valeurs constitutionnelles, au motif qu'elle l'avait déjà considéré lors de la certification de la Constitution de 1996<sup>3096</sup>. L'interdiction de changer de parti n'est pas considérée par la Cour comme

---

<sup>3091</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 342 et CCAS, *New National Party*, *op. cit.*, §18.

<sup>3092</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>3093</sup> *Ibid.*, p. 334.

<sup>3094</sup> CCAS, 4 octobre 2002, *United Democratic Movement v. Président of the Republic of South Africa and others*.

<sup>3095</sup> S. CHOUDHRY, « "He had a mandate"; the South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy », *op. cit.* note 172, p. 38.

<sup>3096</sup> CCAS, *United Democratic Movement*, *op. cit.*, §29.

un prérequis d'un scrutin par liste, la difficulté du mandat s'appliquant à tout type de scrutin sans les rendre moins démocratiques pour autant, tant que la défection partisane n'est pas formellement interdite<sup>3097</sup>.

La doctrine est plutôt critique envers cette jurisprudence de la Cour<sup>3098</sup>. Mais une approche discursive montre une construction intéressante. En particulier lorsque la Cour a encadré plus strictement le droit de vote concernant les prisonniers, un sujet complexe lors de l'arrivée au pouvoir de l'ANC avec des prisons remplies et une criminalité très élevée<sup>3099</sup>. L'opinion majoritaire d'Albie Sachs lie des obligations positives à l'article 19(3) de la Constitution afin de faire peser sur l'État l'obligation de mettre en œuvre de manière raisonnable les mesures permettant aux prisonniers de voter, alors que la loi ne les incluait pas dans la garantie des opérations électorales, soit un contrôle plus fort que celui mis en œuvre dans les autres décisions portant sur le droit de vote. Surtout, le juge lie ces dispositions sur le droit de vote à la dignité et produit un discours sur la démocratie, lorsqu'il affirme que

L'universalité du droit de vote n'est pas seulement importante pour la nation et la démocratie. Le vote de chaque citoyen est un gage de dignité et d'identité personnelle. Assez littéralement, cela signifie que tout le monde compte. Dans un pays où les disparités de richesse et de pouvoir sont importantes, cela veut dire que, qui que nous soyons, riches ou pauvres, soutenus ou déshonorés, nous appartenons tous à la même nation démocratique sud-africaine ; que nos destins sont liés dans un seul et même système politique interdépendant. Les droits ne peuvent être limités sans justification et la législation relative au droit de vote doit être interprétée en faveur de l'émancipation plutôt que de la privation du droit de vote.<sup>3100</sup>

La conception de la démocratie est ici clairement représentative, avec la limite apportée par le constitutionnalisme imprégné des valeurs de la dignité humaine. Dans le même ordre d'idées, la Cour a produit une étude attentive des justifications apportées par le gouvernement à la limitation du droit de vote des prisonniers dans une affaire ultérieure alors même qu'il s'agissait d'une loi qui

---

<sup>3097</sup> *Ibid.*, §34-35.

<sup>3098</sup> Voir I. CURRIE, J. DE WALL, *The Bill of rights handbook*, Juta & Co., 6ème édition, 2013, p. 38s. T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 334s.

<sup>3099</sup> CCAS, 1<sup>er</sup> avril 1999, *August and Another v Electoral Commission and Others* (Albie Sachs).

<sup>3100</sup> CCAS, *August*, *op. cit.*, §17 : « *The universality of the franchise is important not only for nationhood and democracy. The vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts. In a country of great disparities of wealth and power it declares that whoever we are, whether rich or poor, exalted or disgraced, we all belong to the same democratic South African nation; that our destinies are intertwined in a single interactive polity. Rights may not be limited without justification and legislation dealing with the franchise must be interpreted in favour of enfranchisement rather than disenfranchisement.* ». La dernière formule paraphrase une décision de la Cour suprême du Canada, *Haig v. Canada*. Pour une lecture similaire bien que plus formaliste, liant le droit de vote à la garantie de tous les autres droits, voir CCAS, *New National Party*, *op. cit.*, opinion dissidente de Kate O'Regan, §116-123.

visait explicitement à exclure les prisonniers du droit de vote en réaction à la première décision de la Cour<sup>3101</sup>. Dans une décision ultérieure, la Cour estime ainsi que le droit de vote repose sur une valeur démocratique profonde qui réside dans une citoyenneté consciente de responsabilités civiques et prête à se donner la peine d'exercer son droit de vote. Chaque vote renforce et vivifie la démocratie.<sup>3102</sup>

La Cour a ainsi défendu le droit de vote en des termes politiques et historiques,

Sous le régime de l'Apartheid, la majorité de la population de notre pays s'est vue refuser les droits politiques dont jouissait une minorité. La majorité des Noirs ne pouvait pas former ou adhérer aux partis politiques de son choix. Ils ne pouvaient pas non plus voter pour ceux qui avaient, eux, le droit d'être membres du Parlement. En d'autres termes, ils étaient non seulement privés de leurs droits, mais aussi exclus de tous les processus décisionnels entrepris par le gouvernement d'alors, y compris ceux qui les concernaient. De nombreuses organisations dont les objectifs étaient de promouvoir les droits et les intérêts des Noirs ont été interdites. Parmi ces organisations figurait l'actuelle ANC<sup>3103</sup>

À l'inverse, dans la décision *United Democratic Movement*, la Cour se défausse :

Cette affaire ne porte pas sur le bien-fondé ou non des dispositions législatives mises en cause. Il s'agit d'une question politique qui n'intéresse pas la Cour. Ce qui doit être décidé n'est pas de savoir si les dispositions en cause sont appropriées ou non, mais si elles sont constitutionnelles ou non.<sup>3104</sup>

La Cour se prive pourtant de confronter les valeurs constitutionnelles à la révision qui a eu lieu concernant le changement de liste électorale<sup>3105</sup>. Il était clair, pour Theunis Roux, que la Cour aurait pu s'intéresser à ces valeurs sans que cela ne constitue une ingérence partisane, mais la distinction

---

<sup>3101</sup> CCAS, 3 mars 2004, *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) & Others* (Arthur Chaskalson). Voir T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 339-340, qui y voit une pratique particulièrement attentive aux pouvoirs publics tout en étant rigoureuse avec les arguments fournis par ceux-ci : Theunis Roux estime notamment qu'Arthur Chaskalson renvoie l'ANC à ses propres échecs en ne considérant pas les arguments du gouvernement relative au niveau de la criminalité dans le pays.

<sup>3102</sup> CCAS, 12 mars 2009, *Richter v Minister of Home Affairs and Others (Democratic Alliance and Others Intervening; Afriforum and Another as Amicus curiae)* (Kate O'Regan), §53 : « deep, democratic value that lies in a citizenry conscious of its civic responsibilities and willing to take the trouble that exercising the right to vote entails. (...) Each vote strengthens and invigorates democracy ».

<sup>3103</sup> CCAS, 18 décembre 2012, *Ramakatsa and Others v Magashule and Others* (Zakaria Yacoob), §64 : « During the apartheid order, the majority of people in our country were denied political rights which were enjoyed by a minority. The majority of black people could not form or join political parties of their choice. Nor could they vote for those who were eligible to be members of Parliament. Differently put, they were not only disenfranchised but were also excluded from all decision-making processes undertaken by the government of the day, including those affecting them. Many organisations whose objectives were to advance the rights and interests of black people were banned. These organisations included the present ANC. » La décision confrontait les règles intérieures de l'ANC à l'article 19 de la Constitution garantissant le droit de vote, condamnant des irrégularités dans un vote interne au parti.

<sup>3104</sup> CCAS, *United Democratic Movement*, *op. cit.*, §11.

<sup>3105</sup> S. CHOUDHRY, « "He had a mandate"; the South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy », *op. cit.* note 172, p. 44-47.

« formaliste » que le juge donne à voir laisse penser au juriste que la Cour veut démontrer à l'excès son indépendance<sup>3106</sup>. Le juriste allemand James Fowkes, qui a travaillé à la Cour comme assistant, a proposé de reconcevoir le rôle de la Cour en tant qu'un « *Constitution building* » commun aux juges et au pouvoir politique et appelé à cesser de considérer que la Cour doit se soumettre ou s'opposer au pouvoir. Le juriste loue au contraire l'approche de la Cour du point de vue d'un processus de démocratisation plus vaste<sup>3107</sup> : elle est selon lui conforme à l'approche procédurale de la démocratie pourtant mobilisée par la doctrine du pays, puisque la Cour refuse de sanctionner une politique publique qui a ses raisons, en sécurisant l'accès au vote, en évitant une ruée sur les bureaux et en permettant des élections régulières, au détriment de l'inclusivité, même si l'auteur est également d'accord avec l'argument de la Cour selon lequel il n'est pas prouvé que l'exclusion soit substantielle ou intentionnelle.

## B. La Cour face à elle-même

La Cour a progressivement durci son discours vis-à-vis du pouvoir politique notamment en élaborant une théorie de la démocratie qui n'était plus seulement représentative (1). Face au mythe de la Nation arc-en-ciel qu'elle a d'abord reproduit en lui ajoutant l'importance de la dignité humaine (2), la Cour a resitué plus récemment le récit national dans la pluralité des identités sud-africaines (3).

### 1. Un discours timide sur la démocratie plurielle

La Cour a permis au Parlement de modifier les frontières des provinces au motif particulier que les élections allaient se tenir bientôt – l'enjeu était précisément celui du rattachement électoral de la commune requérante<sup>3108</sup>. La Cour a alors soulevé une question constitutionnelle qu'elle a laissée irrésolue quant à la participation citoyenne dans la procédure d'adoption de la loi. Sandile Ngcobo, qui est devenu ensuite président de la Cour, a lui-même soulevé cet argument qui n'était pas mobilisé par la commune requérante<sup>3109</sup>. Le fondement réside alors dans « les valeurs fondatrices de notre démocratie constitutionnelle » et notamment l'idée d'une démocratie multipartisane incluse à l'article premier de la Constitution<sup>3110</sup>, afin d'examiner le fonctionnement des organes provinciaux

---

<sup>3106</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 355.

<sup>3107</sup> J. FOWKES, *Building the constitution: the practice of constitutional interpretation in post-apartheid South Africa*, Cambridge University Press, 2016, p. 56-67.

<sup>3108</sup> CCAS, 27 février 2006, *Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (Sandile Ngcobo), §80s. Voir CCAS, 24 février 2010, *Poverty Alleviation Network and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (Nkabinde), concluant l'affaire de 2006 concernant la commune de *Matatiele* en estimant que la loi en cause avait été adoptée rationnellement.

<sup>3109</sup> E. BRUNDIGE, « Adjudicating the Right to Participate in the Law-making Process: A Tribute to Retired Chief Justice Ngcobo », *Southern African Public Law*, vol. 32, n° 1-2, 2017, p. 1-18

<sup>3110</sup> CCAS, *Matatiele*, *op. cit.*, §18 et §41.

et nationaux. Surtout, à l'occasion de la décision *Doctors for life*, Sandile Ngcobo a fait une contribution importante à un tournant du discours de la Cour vis-à-vis de la démocratie, glissant de la représentation à la participation citoyenne<sup>3111</sup>. Le droit à la participation est envisagé comme un « droit programmatique » qui doit faire l'objet d'une élaboration et d'une réinterprétation constante par la Cour<sup>3112</sup>. Dans un syncrétisme typique de sa jurisprudence, le droit est relié à « la forme de démocratie participative » que l'on retrouverait dans les « communautés africaines »<sup>3113</sup> autant qu'à l'Europe médiévale et au droit comparé et international<sup>3114</sup>. Aussi,

Durant la lutte contre l'Apartheid, un système qui refusait à la majorité du peuple d'avoir un mot à dire dans la conception des lois qui les gouvernait, le peuple a développé un concept de pouvoir populaire comme alternative au système non démocratique de l'Apartheid. Le concept visait à ce que le peuple prenne part aux structures communautaires qui ont été mises en place pour lutter contre l'Apartheid.<sup>3115</sup>

La Cour relie alors les différents mécanismes participatifs de la Constitution pour en faire un tout<sup>3116</sup>. Or, la participation s'ajoute et complète la représentation, la Cour mêlant alors les mécanismes juridiques et un principe non-écrit de légitimité des lois produites par cette même représentation, en lien avec les inégalités sociales du pays<sup>3117</sup>. La Cour s'appuie sur la double idée selon laquelle la participation de la lutte contre l'Apartheid « se reflète dans la nature même de notre démocratie constitutionnelle<sup>3118</sup> » et que « la nature de notre démocratie doit être comprise dans le contexte de notre histoire<sup>3119</sup> ». Ce contexte se situe au cœur du test du caractère raisonnable des politiques publiques<sup>3120</sup>. La Cour puise alors dans les éléments habituels de sa propre refondation du politique

---

<sup>3111</sup> CCAS, 17 août 2006, *Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others* (Sandile Ngcobo).

<sup>3112</sup> *Ibid.*, §95-98.

<sup>3113</sup> *Ibid.*, §101 : « *The idea of allowing the public to participate in the conduct of public affairs is not a new concept. In this country, the traditional means of public participation is imbizo/lekgotla/bosberaad. This is a participatory consultation process that was, and still is, followed within the African communities. It is used as a forum to discuss issues affecting the community. This traditional method of public participation, a tradition which is widely used by the government, is both a practical and symbolic part of our democratic processes. It is a form of participatory democracy.* »

<sup>3114</sup> *Ibid.*, §90-106.

<sup>3115</sup> *Ibid.*, §113 : « *During the struggle against apartheid, a system that denied the majority of the people a say in the making of the laws which governed them, the people developed the concept of the people's power as an alternative to the undemocratic system of apartheid.* »

<sup>3116</sup> Voir *ibid.*, §111 et pour l'interprétation des dispositions, qui renvoie à des mécanismes participatifs précis et distincts, §118-125.

<sup>3117</sup> Voir notamment *ibid.*, §115, par exemple : la participation « *promotes a spirit of democratic and pluralistic accommodation calculated to produce laws that are likely to be widely accepted and effective in practice. It strengthens the legitimacy of legislation in the eyes of the people (...)* Participatory democracy is of special importance to those who are relatively disempowered in a country like ours where great disparities of wealth and influence exist. ». D'où la Cour déduit de ce principe une obligation pesant sur le Parlement : « *Therefore our democracy includes as one of its basic and fundamental principles, the principle of participatory democracy. The democratic government that is contemplated is partly representative and partly participatory, is accountable, responsive and transparent and makes provision for public participation in the law-making processes. Parliament must therefore function in accordance with the principles of our participatory democracy* » (*Ibid.*, §116).

<sup>3118</sup> *Ibid.*, §109 : « *This is reflected in the very nature of our constitutional democracy.* »

<sup>3119</sup> *Ibid.*, §112 : « *The nature of our democracy must be understood in the context of our history.* »

<sup>3120</sup> *Ibid.*, §127.

– la légitimité démocratique, la lutte contre l’Apartheid et la réalité sociale – pour relire le fonctionnement institutionnel du pays. Le législateur se voit alors imposer une série d’obligations qui relèvent de la transparence des commissions, de l’ouverture aux demandes et interventions individuelles ou d’autres institutions, aux audiences publiques et à l’« opportunité significative » donnée aux citoyens de participer à la procédure<sup>3121</sup>.

Albie Sachs incarne un discours judiciaire explicitement déférent, considérant que l’institution la plus importante en démocratie est le Parlement, même s’il s’accorde à considérer que celui-ci peut être contrôlé afin précisément qu’il fonctionne mieux et de manière plus ouverte<sup>3122</sup>. C’est une approche procéduraliste typique du constitutionnalisme politique, même si le juge a également produit une image sensible de la juridiction en insistant sur l’humanisme ; au sein donc de cet encadrement du rôle et des pouvoirs de la juridiction. Dans son opinion concordante à l’affaire *Doctors for Life*, néanmoins, Albie Sachs estime que la consultation et l’implication des citoyens « est devenu une part distinctive de notre éthos national<sup>3123</sup> ». Aussi la démocratie représentative « a été accomplie avec d’immenses sacrifices » et « figure au cœur de notre système de gouvernement »<sup>3124</sup>,

La matrice constitutionnelle est claire sur le fait que des élections régulières et un système multipartisan de démocratie sont au fondement de notre démocratie constitutionnelle, mais qu’ils ne sont pas exhaustifs. [...] Clairement, il y a l’intention d’ajouter quelque chose de fondamental à ces notions.<sup>3125</sup>

---

<sup>3121</sup> *Ibid.*, §130-147.

<sup>3122</sup> CCAS, *Mataiele*, *op. cit.*, opinion concordante d’Albie Sachs §109-110 : « *The notion that “government knows best, end of enquiry”, might have satisfied Justice Stratford CJ in the pre-democratic era. It is no longer compatible with democratic government based on the rule of law as envisaged by our Constitution. This Court has frequently acknowledged the wide legislative mandate given by the Constitution to Parliament. Democratically elected by the nation, Parliament is the engine-house of our democracy. One cannot but be mindful of the intense time-tabling pressures to which it is subjected in a period of institution-building and transformation. Yet the more significant the work that Parliament undertakes and the greater the pressures under which it operates, the stronger the need for government to provide an explanation for the introduction of legislation; robustness need not be equated with opaqueness. As this case demonstrates, far from the foundational values of the rule of law and of accountable government existing in discreet categories, they overlap and reinforce each other. Openness of government promotes both the rationality that the rule of law requires, and the accountability that multi-party democracy demands. In our constitutional order, the legitimacy of laws made by Parliament comes not from awe, but from openness.* »

<sup>3123</sup> *Ibid.*, opinion concordante d’Albie Sachs, §227 : « *the principle of consultation and involvement has become a distinctive part of our national ethos* », citant notamment le moment constituant et la culture traditionnelle africaine.

<sup>3124</sup> CCAS, *Doctors for life*, *op. cit.*, opinion concordante d’Albie Sachs, §229 : « *it should be emphasised that respect for these three inter-related notions in no way undermines the centrality to our democratic order of universal suffrage and majority rule, both of which were achieved in this country with immense sacrifice over generations. Representative democracy undoubtedly lies at the heart of our system of government, and needs resolutely to be defended.* »

<sup>3125</sup> *Ibid.*, opinion concordante d’Albie Sachs, §228 : « *This constitutional matrix makes it clear that although regular elections and a multi-party system of democratic government are fundamental to our constitutional democracy, they are not exhaustive of it. heir constitutional objective is explicitly declared at a foundational level to be to ensure accountability, responsiveness and openness. The express articulation of this triad of principles would be redundant if it was simply to be subsumed into notions of electoral democracy. Clearly it is intended to add something fundamental to such notions.* »

Dès lors, « la Constitution prévoit et incorpore dans sa vision l'existence permanente d'une citoyenneté alerte et impliquée », et « ce serait travestir notre constitution que de considérer la démocratie en sommeil après les élections, ramenée brièvement à la vie tous les cinq ans<sup>3126</sup> ». Albie Sachs insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une vision partisane mais d'une obligation constitutionnelle<sup>3127</sup>. Il n'empêche que c'est une position de théorie politique qu'il élabore :

Une démocratie vivante a une dimension qualitative et pas seulement quantitative. Le dialogue et la délibération vont de pair. Cela fait partie de la tolérance et de la civilité qui caractérisent le respect de la diversité exigé par la Constitution. En effet, la participation du public peut revêtir une importance particulière pour ceux dont les opinions bien arrêtées doivent céder à la majorité législative. Les groupes minoritaires doivent avoir le sentiment que, même si leurs préoccupations ne sont pas toujours tout à fait représentées, ils continuent à faire partie du corps politique avec toute la dignité civique qui va de pair avec la citoyenneté dans une démocratie constitutionnelle. La participation publique revêt également une importance particulière pour les membres des groupes qui ont été victimes de processus de silenciation au cours de l'histoire. Il est constitutif de leur dignité de citoyens aujourd'hui qu'ils aient non seulement la possibilité de s'exprimer, mais aussi l'assurance d'être écoutés. Cela est particulièrement important pour ceux qui peuvent se sentir politiquement désavantagés parce qu'ils n'ont pas fait d'études, n'ont pas accès aux ressources et n'ont pas de relations politiques solides. La participation du public renforce donc la démocratie formelle au lieu de la saper, en répondant à certains de ses déficits fonctionnels.<sup>3128</sup>

Sans nier la démocratie représentative et en théorisant son lien avec la démocratie participative, le juge produit alors une vision qui renvoie en réalité à une troisième approche, celle de la démocratie minoritaire. Le rôle du juge n'est pas évoqué même si l'on pense à la réclamation des droits. Il n'est pas anodin que l'une des lois en cause concerne la médecine traditionnelle, et Albie Sachs l'évoque en particulier pour illustrer une silenciation historique par le pouvoir politique<sup>3129</sup>. Si elle marque un

---

<sup>3126</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §230 : « *the Constitution predicates and incorporates within its vision the existence of a permanently engaged citizenry alerted to and involved with all legislative programmes. Thus it would be a travesty of our Constitution to treat democracy as going into a deep sleep after elections, only to be kissed back to short spells of life every five years.* »

<sup>3127</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §231 : « *It is not just a matter of legislative etiquette or good governmental manners. It is one of constitutional obligation.* »

<sup>3128</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §234 : « *A vibrant democracy has a qualitative and not just a quantitative dimension. Dialogue and deliberation go hand in hand. This is part of the tolerance and civility that characterise the respect for diversity the Constitution demands. Indeed, public involvement may be of special importance for those whose strongly-held views have to cede to majority opinion in the legislature. Minority groups should feel that even if their concerns are not strongly represented, they continue to be part of the body politic with the full civic dignity that goes with citizenship in a constitutional democracy. Public involvement will also be of particular significance for members of groups that have been the victims of processes of historical silencing. It is constitutive of their dignity as citizens today that they not only have a chance to speak, but also enjoy the assurance they will be listened to. This would be of special relevance for those who may feel politically disadvantaged at present because they lack higher education, access to resources and strong political connections. Public involvement accordingly strengthens rather than undermines formal democracy, by responding to and negating some of its functional deficits.* »

<sup>3129</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Albie Sachs, §237.



changement par rapport à sa valorisation antérieure de la démocratie représentative, la jurisprudence de la Cour reste mesurée par rapport aux demandes qui s'expriment : les mouvements qui portent une affaire similaire devant la justice en 2008 expriment ainsi leur scepticisme vis-à-vis du droit qui défend « les intérêts de la classe dirigeante » et gardent en tête que « la lutte sera gagnée dans la rue »<sup>3130</sup>.

La Cour se place alors au cœur de la controverse politique et partisane. Mais pour élaborer son contrôle des pouvoirs publics, elle s'est surtout appuyée sur la démocratie construite en 1996 afin déjà de prendre en compte les difficultés posées par le règne d'un parti unique. En particulier, la Constitution de 1996 crée de nombreuses autorités constitutionnelles indépendantes en leur conférant un rôle de médiation et d'intervention judiciaire, de diffusion et de recherche<sup>3131</sup>, de régulation<sup>3132</sup>, voire des fonctions judiciaires propres<sup>3133</sup>. Ces institutions servent à compenser un État qui, bien qu'aux mains d'un nouveau pouvoir en 1994, s'était construit en déconnexion d'avec la vie démocratique, tout en garantissant que le nouveau régime dispose de contre-pouvoirs<sup>3134</sup>. Il s'agit, dans les mots de la Cour, d'une distinction entre État et gouvernement<sup>3135</sup>. De la même manière, la Cour a ainsi pu insister sur l'importance des libertés d'expression et de réunion afin « de

---

<sup>3130</sup> Citation d'un dirigeant par T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *Constitutional Court Review*, n° 1, 2008, p. 63-76, p. 65 : « *It would be very dangerous to put our faith in legal processes. Courts are seldom neutral and often tend to serve the interests of the ruling class. That is the reason we have delayed taking this matter to the Constitutional Court. For more than a year we have relied on our own mass strength and we still do. In the coming period we will utilise the so-called democratic space provided by the new constitution as well as working class resistance. Key strategies include intensifying mobilisation, building consciousness and continuing with mass struggle in the form of marches and rallies. This struggle will be won in the street!* ». Il s'agissait d'une affaire similaire à celle de Matatiele impliquant une décision de changement de frontières et un changement de position de la province après la procédure de participation, les requérants soulevaient en particulier un argument relatif à la rationalité de la décision publique du fait de divers éléments sociopolitiques, ce que la Cour rejette, CCAS, 13 juin 2008, *Merajong Demarcation Forum and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (Johann Van der Westhuizen). Voir également l'opinion dissidente de Dikgang Moseneke qui accuse durement le gouvernement d'avoir caché ses motivations et de s'être appuyé sur des arguments erronés et « imaginaires », *Ibid.*, §180s. Tshepo Madlingozi note les violences qui ont touché la ville en 2005 et 2006, semblables aux émeutes des années 1980 sous l'Apartheid.

<sup>3131</sup> South African Human Rights Commission, Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities, Commission for Gender Equality au *Chapter 9*.

<sup>3132</sup> Electoral commission du *Chapter 9*, Public Service commission du *Chapter 10*.

<sup>3133</sup> Judicial Service Commission au *Chapter 8*, Public protector au *Chapter 9*.

<sup>3134</sup> S. CHOUDHRY, « "He had a mandate"; the South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy », *op. cit.* note 172, spec. p. 51s. H. KLUG, « Accountability and the Role of Independent Constitutional Institutions in South Africa's Post-Apartheid Constitutions », *NYLS Law Review*, vol. 60, n° 1, 2016, p. 153-180, spec. p. 157s.

<sup>3135</sup> CCAS 7 juin 2001, *Independent Electoral Commission v. Langeberg Municipality* (Yacoob), §17-31. Sur l'indépendance de la Commission électorale, voir CCAS, *New National Party*, *op. cit.*, §98s.

donner une voix aux personnes sans pouvoir<sup>3136</sup> », dans un pays où la manifestation et la protestation de rue est une pratique courante.

La Cour a alors donné à voir une conception de la démocratie moins attachée à la seule représentation. Cela signifiait peut-être un durcissement vis-à-vis d'un pouvoir politique auquel elle avait pu laisser une marge de manœuvre après la transition et les défis de la démocratisation. Il faut aussi noter l'hostilité latente du pouvoir politique vis-à-vis de la Cour. En 2005, à la suite de l'affaire *TAC*, un projet de révision constitutionnelle envisage de limiter le contrôle de constitutionnalité, mais échoue, du fait de l'influence d'Arthur Chaskalson juste retraité selon Theunis Roux<sup>3137</sup>. L'affaire la plus sérieuse est sans doute la plainte déposée en 2008 par le président de la *High Court of Western Cape*, John Hlophe, qui vise les onze membres de la Cour, auprès de la *Judicial service commission* compétente pour entendre des *complaint of misconducts*, pouvant mener à la recommandation du retrait d'un membre de la Cour constitutionnelle que le Parlement doit voter à la majorité qualifiée des deux tiers. Le magistrat reproche aux juges d'avoir rendu publique une procédure devant la JSC le visant lui-même, et amorcée par eux, à propos de supposées tentatives d'influence auprès de Chris Jafta et Bess Nkabinde, dans des affaires concernant Jacob Zuma et une société privée<sup>3138</sup>. La critique de la composition de la Cour est revenue à plusieurs reprises, en 2009, en 2011 et en 2013, reprochant des nominations politiques<sup>3139</sup>. La critique la plus vive vient du président Jacob Zuma, qui a succédé à Thabo Mbeki en 2009, et qui comparait, en 2013, les juges

---

<sup>3136</sup> CCAS, 2013 SATAWU v. Garvas, §61 : « *to give a voice to the powerless* ». Sur la liberté d'expression et la liberté de réunion comme condition de la « *moral agency of individual in our society* », voir CCAS, South African National Defense Union v. Minister of Defence, §7. Sur la seule liberté d'expression, voir CCAS, S. v. Mamabolo (reliant la liberté d'expression à sa protection par la Cour suprême des États-Unis, §37). CCAS, 2002, Khumalo v. Holomisa (en lien avec la participation politique et faisant une application horizontale de la liberté d'expression). CCAS, 2003, Philips v. Director of Public prosecution (Witwatersrand Local Division (sur l'importance de la liberté d'expression pour la démocratie et le développement humain, voir §23).

<sup>3137</sup> T. ROUX, *The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, *op. cit.* note 156, p. 190.

<sup>3138</sup> La JSC a rejeté les deux plaintes en 2009 en estimant que les éléments manquaient pour décider aussi bien à l'encontre des juges de la Cour constitutionnelle qu'à l'encontre de John Hlophe. Ce dernier a saisi la Supreme court of appeal d'une requête visant à faire annuler les deux décisions de la JSC, puis attaqué le rejet par la SCA devant la Cour constitutionnelle, en 2012, en ajoutant un moyen tenant à la composition de celle-ci. Six membres l'étaient lorsque l'affaire a eu lieu, la Constitution imposant que huit juges au moins statuent, trois membres s'étant déportés et trois restant donc liés à l'affaire. Dès lors, la majorité estime qu'il n'est pas possible de laisser l'affaire pendante ni de statuer, y comprise en recourant à des acting judges alors que la Constitution ne leur accorde un rôle qu'en cas d'absence : dès lors, « *this Court should deny leave to appeal to preserve the fairness of its own processes* », CCAS, 30 mars 2012, Hlophe v Premier of the Western Cape Province, Hlophe v Freedom under Law (Mogoeng Mogoeng), §48. Dit autrement, la Cour décide de refuser de décider en rendant définitives les décisions de la SCA. Elle se justifie ainsi : « *The textual interpretation dealt with above finds further support in the context of the Constitution as a whole. Constitutional provisions relating to the appointment of Judges must be interpreted with due regard to the constitutional imperatives of separation of powers and entrenchment of judicial independence. The potential danger to judicial independence and the separation of powers is ever present in the appointment of individual Judges to hear a specific case and we must be mindful of this.* » (§41).

<sup>3139</sup> W. LE ROUX, « Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court », in O. VILHENA, U. BAXI, F. VIJJOEN (dir.), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2013, p. 135-175, p. 152-154.

à des Dieux qu'une démocratie ne saurait accepter<sup>3140</sup>. La démocratie est alors perçue comme un processus électif qui participe du transfert de la légitimité du peuple aux élus.

Les hautes juridictions sud-africaines ont surtout fait face sous la présidence Zuma (2009-2018) à divers affaires qui ont été perçues comme des abus de pouvoir et suscité de nombreux jugements condamnant les autorités publiques<sup>3141</sup>. La Cour constitutionnelle a pu connaître certaines de ces affaires et durcir son approche de la démocratie, par exemple en matière d'accès au vote<sup>3142</sup> ou pour affirmer que le *Speaker* de l'Assemblée nationale pouvait tenir un vote à bulletin secret dans un vote de confiance qui était provoqué à l'encontre du président Zuma<sup>3143</sup>. La Cour a jugé contraire au droit international une loi qui créait une agence de lutte contre la corruption au motif qu'elle n'était pas assez indépendante<sup>3144</sup>. En 2011, le président Jacob Zuma souhaitant que le Chief justice Sandile Ngcobo reste en fonction au-delà de la limite de 12 ans qui subsiste pour le poste, tente de faire adopter une loi en ce sens. La Cour elle-même juge l'extension inconstitutionnelle<sup>3145</sup>. Face au scandale, Sandile Ngcobo démissionne. Son remplacement comme Chief justice – une décision qui relève du Président de la République – par Mogoeng Mogoeng, qui était déjà membre de la Cour, suscite alors un débat d'une autre nature, puisque celui-ci se voit reprocher des positions homophobes<sup>3146</sup>. La même année, le ministère de la justice ordonnait la création d'une commission d'universitaires chargée d'examiner le pouvoir de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême d'appel en matière de transformation sociale<sup>3147</sup> et le secrétaire général de l'ANC estime que les juges empêchent la transformation du pays tandis que le *Chief Whip* du parti appelle à laisser le Parlement décider seul de la politique nationale<sup>3148</sup>. En 2012, la Cour s'oppose à nouveau à Jacob Zuma en annulant la nomination par le procureur national au motif que la nomination était irrationnelle car

---

<sup>3140</sup> Cité par *Ibid.*, p. 137.

<sup>3141</sup> Voir H. CORDER, C. HOEXTER, « "Lawfare" in South Africa and Its Effects on the Judiciary », *African Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 2-3, 2017, p. 105-126, p. 111s. Le lawfare en question est également celui du président Zuma et de ses ministres qui ont provoqué de nombreux litiges au pénal à l'encontre d'adversaires, voir *Ibid.*, p. 114s. Les auteurs notent également la récurrence de l'expression *state capture* dans la presse pour qualifier l'action des dirigeants de l'ANC, *Ibid.*, p. 118.

Sur les instructions données au parquet sous la présidence Mbeki relativement à l'abandon de plusieurs procédures portant sur les soupçons de corruption à l'égard de Jacob Zuma, voir SCA, National Director of Public Prosecutions v Zuma 2009. La décision d'abandon des charges a été jugée irrationnelle par la Pretoria High Court, 2016, Democratic Alliance v Acting National Director of Public Prosecutions.

<sup>3142</sup> Sur le droit de vote, faisant le lien avec les valeurs de la Constitution pour condamner une disposition concernant les électeurs vivant à l'étranger qui visait pourtant à réguler l'accès au vote et non à l'exclure selon les termes de la décision *New National Party*, et ce alors que les citoyens en question pouvaient prendre des mesures afin de voter comme la décision précitée y appelait également, CCAS, *Richter v Minister of Home Affairs and Others*, *op. cit.*

<sup>3143</sup> CCAS 2017, *United Democratic Movement v Speaker of the National Assembly*

<sup>3144</sup> CCAS, 17 mars 2011, *Glenister v. President of the Republic of South Africa* (Dikgang Moseneke et Edwin Cameron).

<sup>3145</sup> CCAS, 2011, *Justice Alliance v President of the Republic of South Africa*.

<sup>3146</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §2, B., 2., b.

<sup>3147</sup> Lequel donne lieu à un rapport qui critique en réalité l'action du gouvernement, Rapport du 3 novembre 2017, *Assessment of the Impact of Decisions in the Constitutional Court and Supreme Court of Appeal on the Transformation of Society*, consulté le 14 avril 2023, <https://www.justice.gov.za/reportfiles/2017-CJPReport-Nov2015-Final.pdf>

<sup>3148</sup> H. CORDER, C. HOEXTER, « "Lawfare" in South Africa and Its Effects on the Judiciary », *op. cit.* note 232, p. 124.

fondée uniquement sur l'opinion du ministre de la justice et alors que le candidat avait menti sous serment<sup>3149</sup>.

En 2013, une controverse qui éclate dans l'espace public est d'une particulière importance pour les relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Deux camps se forment au sein de la *Judicial service commission* et de la sphère publique à propos des critères devant gouverner les nominations des juges. Un camp libéral met en avant le professionnalisme et l'impartialité, tandis que d'autres voix, ouvertement favorables au gouvernement, et qui se font appeler de manière significative les transformateurs (*transformationists*), estiment que le pouvoir judiciaire doit refléter non seulement la société, mais aussi la politique de transformation mise en œuvre par le pouvoir politique au nom des valeurs constitutionnelles<sup>3150</sup>. Les deux positions prennent en réalité la proximité avec le pouvoir politique, c'est-à-dire l'ANC, pour principal critère d'un changement social substantiel. Les affaires de corruption à propos des dirigeants montrent bien que l'indépendance du pouvoir judiciaire touche à autre chose qu'au seul contenu des politiques publiques, tandis que le rôle des juges eux-mêmes dans la transformation, à l'exemple de la Cour constitutionnelle, exige de penser différemment les liens entre le pouvoir, les juges et la société.

Le secrétaire général de l'ANC lui-même a admis, en 2017, que le rôle joué par les juges, bien qu'une violation de la séparation des pouvoirs (*overreach*) à ses yeux, provenait d'un échec du pouvoir politique à se gouverner lui-même<sup>3151</sup>. La Cour a rappelé d'une manière particulièrement médiatisée l'indépendance et les pouvoirs d'enquête du Public protector alors que le président Zuma en ignore les injonctions, relativement à une enquête sur les travaux réalisés dans sa résidence privée et rappelle en particulier les obligations de l'Assemblée nationale à cet égard<sup>3152</sup>. L'extension de cette institution dans les années 2010 répondait à l'extension de la garantie des droits et de la séparation

---

<sup>3149</sup> CCAS, 2012, *Democratic Alliance v. President of the RSA*, *op. cit.* Jacob Zuma nomme quelques années plus tard un nouveau directeur national qui suscite des doutes relativement à son indépendance, nomination jugée irrationnelle par la North Gauteng High Court, 8 décembre 2017, *Corruption Watch (RF) NPC v President of the Republic of South Africa; Council for the Advancement of the South African Constitution v President of the Republic of South Africa*.

<sup>3150</sup> K. MALAN, « Reassessing Judicial Independence and Impartiality against the Backdrop of Judicial Appointments in South Africa », *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 17, n° 5, 2014, p. 1964-2040

<sup>3151</sup> Déclaration de Gwede Mantashe, citée par H. CORDER, C. HOEXTER, « “Lawfare” in South Africa and Its Effects on the Judiciary », *op. cit.* note 232, p. 120 : « *The very fact that the courts are playing a more interventionist role in governance is reflective of our role in abdicating our governance responsibilities to the judiciary. Judicial overreach occurs in instances where the Executive and Legislature fail adequately to deal with matters before them.* »

<sup>3152</sup> CCAS, 31 mars 2016, *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others* (Mogoeng Mogoeng), dite *Economic Freedom Fighters I*, voir notamment §48s. La Cour rend toutefois en 2019 et 2022 deux décisions plus mesurées, CCAS, 22 juillet 2019, *Public Protector v South African Reserve Bank* (Khampepe et Theron), condamnant le Public protector à payer les frais de justice même s'il s'agit d'une mesure punitive du fait de ses manquements dans une procédure à l'égard de la Reserve bank et de liens inexplicables avec la présidence. CCAS, 4 février 2022, *Speaker of the National Assembly v Public Protector; Democratic Alliance v Public Protector* (Mhlantla), rejetant divers moyens de procédure concernant la révocation par l'Assemblée nationale du Public protector Busisiwe Mkhwebane, qui avait été nommé en 2016.

des pouvoirs au-delà des seules juridictions qui reçoit des plaintes, mène des médiations et publicise ses actions dans l'espace public<sup>3153</sup>. De manière significative, les affaires à l'égard du pouvoir politique ont été suscitées par l'opposition à l'ANC, notamment la *Democratic Alliance* et les *Economic Freedom Fighters*. L'affaire de la résidence a donné lieu à une procédure d'empêchement à l'égard du président Zuma qui parvient à la Cour qui, selon ses mots, « est, encore une fois, appelée à considérer les plaintes de partis représentés à l'Assemblée nationale des manquements de celle-ci à remplir ses obligations constitutionnelles<sup>3154</sup> ». La Cour décide alors d'ordonner que la procédure d'empêchement du président amorcée à la suite des affaires relatives à l'enquête du *Public protector* sur sa résidence privée soit examinée en priorité par l'Assemblée nationale<sup>3155</sup>. La Cour rend une décision longue mais particulièrement formaliste, qui associe l'examen du contexte à l'assertion d'obligations constitutionnelles dérivées de la Constitution et à la répétition explicite de la jurisprudence antérieure, sans considération particulière sur le pouvoir du juge<sup>3156</sup>.

Le président Mogoeng est bien conscient des enjeux que recouvre cette politisation des conflits politiques, lorsqu'il écrit dans son opinion dissidente qui s'oppose à une telle injonction :

Cette Cour est la gardienne de notre démocratie constitutionnelle et l'arbitre final des litiges constitutionnels ou juridiques. Elle est, du point de vue de notre architecture constitutionnelle, une force stabilisatrice, pacificatrice et potentiellement unificatrice - la voix indispensable et non-partisane de la raison, en particulier lorsqu'une crise constitutionnelle menace ou s'est déjà déclarée. Son impartialité ne doit donc jamais pouvoir être raisonnablement mise en doute. En effet, l'autorité morale sans laquelle elle cesserait de jouir de la confiance légitime du public et de l'adhésion de tous à ses décisions doit son existence à l'accomplissement prévisible et évident de ses fonctions, sans crainte, faveur ou préjugé apparent. Elle est après tout l'incarnation de la légendaire Dame Justice - un tiers de justice qui est aveugle à la bonne réputation ou la notoriété des personnalités qui se présentent devant elle, mais qui ne manque jamais aucun aspect de droit ou de fait qui soit légitime et pertinent pour les parties. Comme dans l'affaire Makwanyane, où la peine de mort avait été déclarée inconstitutionnelle contre les souhaits bien connus de presque tous les

---

<sup>3153</sup> H. KLUG, « Accountability and the Role of Independent Constitutional Institutions in South Africa's Post-Apartheid Constitutions », *op. cit.* note 225, p. 169s, notant que l'institution place des représentants dans toutes les provinces à cette période et passe de 16.000 plaintes individuelles en 2009 à 40.000 en 2014. Paradoxalement, la croissance de l'institution intervient à la suite de la nomination de Thuli Madonsela par Jacob Zuma.

<sup>3154</sup> CCAS, 29 décembre 2017, *Economic Freedom Fighters and Others v Speaker of the National Assembly and Another* (Chris Jafta) dite *Economic Freedom Fighters*, §1 : « once again, called upon to consider and pronounce upon complaints by some of the political parties represented in the National Assembly that the National Assembly has failed to fulfil some of its constitutional obligations. »

<sup>3155</sup> *Ibid.*, §210s.

<sup>3156</sup> Voir notamment *ibid.*, §216 : « In any event the proposed order does not usurp the Assembly's powers. It merely directs that the Assembly must exercise its powers without delay. »

citoyens, cette Cour doit toujours faire preuve de l'audace critique nécessaire pour aller à l'encontre d'une opinion populaire écrasante et forte.<sup>3157</sup>

La Cour fait ici acte de pouvoir d'une manière inédite et surprenante, avec le style à la vocation publique que l'on retrouve dans les opinions du président Mogoeng Mogoeng<sup>3158</sup>. La mention explicite à l'opinion publique est rare. Elle rejoint *a priori* les conceptions de la démocratie qui placent la garantie des droits au-dessus de la majorité, à ceci près qu'il s'agit ici de refuser d'ordonner au pouvoir politique de procéder à la procédure d'empêchement demandée par l'opposition. Mogoeng Mogoeng insiste sur le rôle que la Cour partage avec les autres acteurs de l'espace politique, dont l'opposition requérante<sup>3159</sup>. Il s'agit alors de laisser une querelle perçue comme partisane au jeu de l'Assemblée, fut-elle gouvernée par un parti unique. Alors que l'issue paraissait nettement moins partisane car attachée au rôle des autorités constitutionnelles, le même président de la Cour rédigeait l'opinion majoritaire qui affirmait les pouvoirs d'enquête du *Public protector* en des termes tout aussi éloquents vis-à-vis du rôle du constitutionnalisme dans la séparation des pouvoirs<sup>3160</sup>.

---

<sup>3157</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §235 : « *This Court is the guardian of our constitutional democracy and the final arbiter of all constitutional or legal disputes. It is in terms of our constitutional architecture, a stabilising, tension-dissolving and potentially unifying force – the non-partisan and much-needed voice of reason, particularly when a constitutional crisis looms large or has already set in. Its impartiality must therefore never be open to reasonable doubt. For, its moral authority without which it would cease to enjoy legitimate public confidence and ready compliance with its decisions by all, owes its existence to its predictable and self-evident execution of its mandate without any apparent fear, favour or prejudice. It is after all the embodiment of the legendary Lady Justice – a dispenser of justice who is blind and deaf to images of and reports on the good reputation or notoriety of personalities before her, but never misses any legitimate and relevant legal or factual point for or against any litigant. As in Makwanyane, where the death penalty was declared unconstitutional against the well-known wishes of almost every citizen, this Court is required to always display the critical boldness to go against overwhelmingly popular and forceful opinion.* »

<sup>3158</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 1, §1, B., 1.

<sup>3159</sup> *Ibid.*, §236 : « *When approached for intervention, this Court's role is to help only those who are constitutionally incapable of helping themselves. And, if the solution has already been provided and it is within the applicants' remit to address their own problem effectively, this Court is duty-bound to let them do it themselves. Mindful of the dictates of separation of powers, this ought to be even more so when help-seekers are the bearers of the primary constitutional responsibility, in another arm of the State, to do what they seek to achieve through an order of this Court. The running of State affairs is a trilateral responsibility – shared by the Executive, the Legislature and the Judiciary. It would be quite concerning if a court were to grant an order that does not serve or advance any practical purpose and in circumstances where that order deals with what has been achieved already or could be improved on if only cooperation were forthcoming from applicants, in a process that is already under way.* »

<sup>3160</sup> CCAS, *Economic Freedom Fighters 1, op. cit.*, §1 : « *One of the crucial elements of our constitutional vision is to make a decisive break from the unchecked abuse of State power and resources that was virtually institutionalised during the apartheid era. To achieve this goal, we adopted accountability, the rule of law and the supremacy of the Constitution as values of our constitutional democracy. For this reason, public office-bearers ignore their constitutional obligations at their peril. This is so because constitutionalism, accountability and the rule of law constitute the sharp and mighty sword that stands ready to chop the ugly head of impunity off its stiffened neck. It is against this backdrop that the following remarks must be understood: "Certain values in the Constitution have been designated as foundational to our democracy. This in turn means that as pillar-stones of this democracy, they must be observed scrupulously. If these values are not observed and their precepts not carried out conscientiously, we have a recipe for a constitutional crisis of great magnitude. In a State predicated on a desire to maintain the rule of law, it is imperative that one and all should be driven by a moral obligation to ensure the continued survival of our democracy."* » (citant l'affaire CCAS, 2 juin 2008, *Nyathi v Member of the Executive Council for the Department of Health Gauteng and Another (Madala)*, §80).

## 2. Le mythe constitutionnel de l'arc-en-ciel

Le rôle du juge constitutionnel dans le constitutionnalisme sud-africain va au-delà du seul contrôle des politiques publiques, puisque le moment constituant a visé une transformation non seulement socioéconomique, mais également politique au sens des fondements de la vie en commun. Les constitutions de 1993 et de 1996 ont été comprises comme un moment fondateur en termes d'identité nationale, où celle-ci ne serait plus reconnue comme une entité figée et pré-politique – on pense à l'essentialisme des catégories raciales de l'Apartheid – mais comme un processus de construction identitaire, liant un projet collectif aux identités individuelles dont la dignité a été reconnue<sup>3161</sup>. Le constitutionnalisme sud-africain s'appuie dès lors sur « une compréhension cosmopolite de la nation comme nation de citoyens et contre une interprétation ethnocentrique de la nation comme entité pré-politique<sup>3162</sup> ». C'est le sens de la double dimension souvent avancée d'une Constitution qui regarde le passé autant que le futur, et tranche alors avec le constitutionnalisme dit libéral qui, lui, postulerait la fondation d'un contrat social consensuel<sup>3163</sup>. C'est pourquoi Stu Woolman s'est appuyé sur l'expérimentalisme pour relire le constitutionnalisme sud-africain, c'est-à-dire une expérience psychologique constitutive de la conscience identitaire que les individus forment<sup>3164</sup>. C'est un nouveau sujet politique qu'il s'agissait de théoriser et de former alors que la majorité de la population était exclue de la citoyenneté sous l'Apartheid.

Le constitutionnalisme nouveau ou transformateur n'est pas seulement une discussion de juristes quant à la nature des obligations pesant sur les pouvoirs publics. Il s'agit également d'une œuvre de justification du nouveau pouvoir, qui a pris la forme d'une célébration nationale. La Constitution de 1996 fait figure de modèle pour les juristes et juges sud-africains, qui y voient « une force poignante et une profondeur de sens dont aucune autre constitution nationale de se font l'écho »<sup>3165</sup>. Citant un entretien avec la juge de la Cour suprême des États-Unis Ruth Bader Ginsburg, connue pour son progressisme, la juge Margie Victor présente typiquement « la Constitution sud-africaine comme l'une des plus progressistes du monde<sup>3166</sup> ». Karin van Marle

---

<sup>3161</sup> H. BOTHA, « Metaphoric reasoning and transformative constitutionalism. Part 2 », *Journal of South African Law*, n° 1, 2003, p. 20-36, p. 21 : « *The constitution also represents a fundamental break with the assumption that it is possible to capture the essence of people's identities, or acceptable to erect legal walls of separation to prevent challenges to an individual's or group's self-understanding. The constitution seems to recognise that individual and collective identities are not natural or prepolitical, but are created discursively. These identities are not cast in stone, but are subject to a continuous process of self-revision* ».

<sup>3162</sup> Davis, *Democracy and Deliberation: Transformation and the South African Legal Order*, 1999, p. 10 : « *cosmopolitan understanding of the nation as a nation of citizens over and against an ethnocentric interpretation of the nation as a prepolitical unity* ». L'auteur s'appuie notamment sur Habermas.

<sup>3163</sup> Voir R. TEITEL, « Transitional Jurisprudence : the Role of Law in Political Transformation », *op. cit.* note 121.

<sup>3164</sup> S. WOOLMAN, *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, Juta & Co., 2013, voir *supra*, chapitre 6, section 1.

<sup>3165</sup> SACC, 15 mai 1996, *Du Plessis v. De Klerk*, §126 : « *a poignancy and depth of meaning not echoed in any other national constitution* »

<sup>3166</sup> CCAS, 22 septembre 2021, *Centre for Child law v. Director general : Departement of Home affairs and others* (Margie Victor).

compare le constitutionnalisme sud-africain à une « société du spectacle »<sup>3167</sup> ; le terme semble plus adapté que celui de constitutionnalisme transformateur à bien des égards, ou bien plutôt, selon van Marle, il s'agit de la réelle nature de la proposition de Klare : un appel à l'imagination propre à l'idéalité d'une culture juridique qui transforme la société, ce qui expliquerait son décalage d'avec la réalité du droit sud-africain, même post-Apartheid<sup>3168</sup>. Le constitutionnalisme transformateur est étroitement lié à un processus de reconstruction identitaire national à l'œuvre depuis la transition des années 1990, souvent réduit à l'imaginaire de la nation arc-en-ciel défendu par Desmond Tutu et Nelson Mandela. Car il s'agit bien d'un imaginaire, largement diffusé dans le monde entier sous une forme consensuelle qui, comme toutes les circulations, a gommé les conflits qui ont eu lieu et continuent d'avoir lieu dans le pays.

Le projet du constitutionnalisme transformateur est un vecteur d'unification autant qu'il risque de cacher des conflits culturels. En témoigne la recommandation, faite par le *Council for higher education* en 2019, d'inclure dans les écoles de droit un module dédié au constitutionnalisme transformateur en tant qu'il traduirait les valeurs constitutionnelles et nationales du pays. La démarche est vue positivement par les universitaires qui estimaient que l'enseignement constitutionnel du pays n'avait pas connu de transition pédagogique à la hauteur du constitutionnalisme transformateur<sup>3169</sup>. Les écoles de droit ont acquis un changement du contenu des règles, certes, mais pas des modes de raisonnement et de la « créativité » exigée par la transition constitutionnelle<sup>3170</sup>. Des réactions critiques ont émergé de la part d'Afrikaner blancs qui y voyaient

---

<sup>3167</sup> K. VAN MARLE, « The Spectacle of Post-Apartheid Constitutionalism », *Griffith Law Review*, vol. 16, n° 2, 2007, p. 411-429.

<sup>3168</sup> K. VAN MARLE, « Transformative Constitutionalism as/and Critique », *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 286-301, 291-293.

<sup>3169</sup> G. QUINOT, « Transformative legal education », *South Africa Law Journal*, n° 129, 2019, p. 411-433, Voir également P. MUDAU, S. MTONGA, « Extrapolating the Role of Transformative Constitutionalism in the Decolonisation and Africanisation of Legal Education in South Africa », *Pretoria Student Law Review*, n° 14, 2020, p. 44-57. A. TSHIVASE, L. MPEDI, M. REDDI, *Decolonisation and Africanisation of Legal Education in South Africa*, Juta, 2019 *Contra*, jugeant une telle perspective contradictoire avec la décolonisation, voir N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *Pretoria Student Law Review*, n° 15, 2020, p. 236-254.

<sup>3170</sup> G. QUINOT, « Transformative legal education », *op. cit.* note 260, prolongeant Karl Klare, p. 416 : « *Our constitutional transition challenges us to be creative, to imagine new ways of doing things in law. In turn, this challenges legal education to foster creativity. We must train lawyers to be innovators under the Constitution, not simply technicians. As demanding as these implications of our legal transition may be for legal education, the biggest challenge lies not in what we teach, either in substantive law or skills, but in how we teach: that is, our methodology in legal education. Just as transformative constitutionalism requires judges to adjudicate by using not only the new rules of our constitutional democracy but also the new adjudicative method, our new legal paradigm requires law teachers to teach differently.* ».

En particulier, pour passer d'une culture de l'autorité à une culture de la justification comme y appelait Etienne Mureinik, il faudrait faire de même dans l'enseignement du droit, *ibid.*, p. 417 : « *We should thus ask ourselves what perception of law is instilled by a methodology that only involves a sage standing on a stage and imparting 'The Law' to a group of as yet uninitiated apprentices. What happens when law students by-and-large remain passive recipients of information? What view do students form of the law when they are relentlessly confronted with a pre-selected package of authoritative materials that they should simply learn by rote within a rigid curricular structure? What is conveyed by an assessment strategy that simply requires the replication of the views imparted as authoritative in these materials and contact sessions and rewards those that reproduce these as closely as possible to the original?* ». L'auteur s'intéresse notamment à la théorie constructiviste et à de nouveaux modes pédagogiques inspirés du numérique.



une idéologie au sens négatif du terme, soit une réclamation identitaire minoritaire face au processus national donc<sup>3171</sup>, ou encore de la part de personnes de couleur noire qui, à l'inverse, jugent que le concept est une importation américaine et que l'idéal constitutionnel devrait bien plutôt se concentrer sur l'élaboration d'une alternative proprement (et supposément) africaine<sup>3172</sup>. Ainsi la transformation fréquemment envisagée dans les débats vus jusqu'ici a pu être vue comme une approche de la société réservée aux juristes, qui aurait oublié que le premier enjeu de la société sud-africaine proclamée par le texte de 1996 était une « alphabétisation constitutionnelle », dans un pays dont la majorité des habitants ignorent l'existence même de la déclaration des droits et de la Cour constitutionnelle<sup>3173</sup>. Une large part de la population reste exclue de toute participation publique efficace, faute d'éducation ou de conditions matérielles stables. La discussion juridique est alors contenue à un cercle de constitutionnalistes et la technicité des opinions de la Cour ne permet pas d'en sortir<sup>3174</sup>.

Le rôle légitimateur du droit dans la construction d'un récit national – et non d'une transformation comprise comme une disruption sociale – se retrouve dans le processus de justice transitionnelle ou restaurative qui a fait la célébrité du nouveau régime sud-africain en 1996. La propriété n'a pourtant pas figuré dans ses travaux alors qu'elle est au cœur des inégalités sud-africaines<sup>3175</sup> Comme l'écrit Sandrine Lefranc,

Les commissions de vérité, pour autant qu'elles aient fait une large place aux auditions publiques des victimes, ont été érigées au rang d'arènes où s'expérimentaient les théories de la délibération ou de la reconnaissance. Ces théoriciens avides de moments historiques où les fondements l'emportent sur les origines, où l'événement l'emporte sur les routines sociales structurées et institutionnalisées, ont accueilli les commissions de vérité comme des instances refondatrices de nations « déchirées »<sup>3176</sup>.

La victime est sommée de se montrer par les signes du traumatisme et des larmes, comme le constitutionnalisme transformateur exige des requérants pauvres en attente de justice sociale, soit

---

<sup>3171</sup> M. VAN STADEN, « The dangers of “transformative constitutionalism” », *Politicsweb*, 19 juin 2019, <https://www.politicsweb.co.za/opinion/the-dangers-of-transformative-constitutionalism>.

<sup>3172</sup> D.P. ZONGWE, « The Dangers of Transplanting Transformative Constitutionalism into Namibia », *Preprint en attente de publication*, avril 2020.

<sup>3173</sup> T. HODGSON FISH, « Bridging the Gap between People and the Law: Transformative Constitutionalism and the Right to Constitutional Literacy », *Acta Juridica*, 2015, p. 189-214.

<sup>3174</sup> T. MADLINGOZI, « The Constitutional Court, Court Watchers and the Commons: A Reply to Professor Michelman on Constitutional Dialogue, Interpretive Charity and the Citizenry as Sangomas », *op. cit.* note 221.

<sup>3175</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 133, p. 124-132. E. DU PLESSIS, « Property in transitional times : the glaring absence of property at the TRC », in M. SWART, K. VAN MARLE (dir.), *The limits of transition : the South African Truth and Reconciliation Commission 20 years on*, Brill Nijhoff, 2017.

<sup>3176</sup> S. LEFRANC, « Un tribunal des larmes. La Commission sud-africaine “Vérité et réconciliation” », *La vie des idées*, 8 octobre 2013.

l'idée romancée d'une justice inclusive dans des sociétés à reconstruire conçue par des théoriciens qui se reproduit dans une littérature élogieuse et volontiers décontextualisée. De même, la valorisation de la délibération renvoie à une refondation souvent perçue comme expurgée des conflits qui ont subsisté après la transition. Comme l'écrivait Nelson Mandela, décrivant la vie tribale,

Les réunions duraient jusqu'à ce qu'on soit arrivé à une sorte de consensus. Elles ne pouvaient se terminer qu'avec l'unanimité ou pas du tout. Cependant, l'unanimité pouvait consister à ne pas être d'accord et à attendre un moment plus propice pour proposer une solution. La démocratie signifiait qu'on devait écouter tous les hommes, et qu'on devait prendre une décision ensemble en tant que peuple. La règle de majorité était une notion étrangère. Une minorité ne devait pas être écrasée par une majorité.<sup>3177</sup>

Or, cette vision africaniste n'a rien eu à voir avec la domination de l'ANC au sein d'une démocratie constitutionnelle, fondée elle sur un concept juridique de peuple et le principe majoritaire. On peut considérer que la Cour a alors incarné cet idéal, tel que l'exprime Albie Sachs en la décrivant comme un groupe d'hommes humbles rendant justice sous un arbre. Mais il n'empêche que leur consensus, dans une société politique qui ne fonctionne pas sur le consensus, s'est insérée dans une gestion du conflit et du pluralisme propre à la démocratie libérale.

L'historien François-Xavier Fauvelle a montré comment l'Afrique du Sud s'était construite sur des récits identitaires forts depuis la colonisation qui vit s'opposer d'un côté les propriétaires terriens, anciens marins de la compagnie des Indes, au sein d'une culture Afrikaner, et les Britanniques, marchands et urbains, jusqu'à la guerre civile<sup>3178</sup>. Ce conflit a ressurgi sur les populations non-blanches, qu'il est difficile de cerner de manière objective tant leur représentation et leur identité ont été façonnée par la pensée raciale qui a nourri le régime de l'Apartheid. Car il n'y a jamais eu en Afrique du Sud un peuple noir face aux blancs mais de multiples ethnies, souvent elles-mêmes venues d'ailleurs dans cette corne du Sud de l'Afrique, et parfois en conflit avec les plus anciennes comme l'Empire Zulu. L'immigration indienne a également fourni une grande partie de la population, avec une toute autre histoire. La population blanche enfin, est issue d'une colonisation ancienne, dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle et donc l'arrivée de peuples africains – d'où la dénomination d'*Afrikaners* prise par les descendants des matelots et immigrants néerlandais, français ou allemands après leur contrat avec la Compagnie des Indes dont Le Cap était un comptoir, avant d'être une colonie. Aussi les Afrikaners ont été poussés vers l'Est par les Britanniques, soutenus eux

---

<sup>3177</sup> N. MANDELA, *Un long chemin vers la liberté*, Fayard, 1995, p. 31.

<sup>3178</sup> F.-X. FAUVELLE, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Seuil, 2013, voir notamment les chapitres 2 et 3.

par l'impérialisme de la couronne, jusqu'au mythique Grand Trek, format une population paysanne puis ouvrière moins riche que les commerçants urbains plus souvent d'origine Britannique. L'Apartheid avait créé comme troisième catégorie raciale non-blanche les « *coloured* », mélange complexe de métisses et de peuples autochtones de l'ouest du pays, qui a formé sa propre identité à partir de la catégorisation raciste.

Le principal fait sociologique d'après l'Apartheid n'a pas été la réduction de la pauvreté, qui reste similaire pour 40% de la population, mais l'émergence d'une classe moyenne, composée à 80% de noirs, située en dessous des 20% les plus aisés qui sont pour plus de la moitié des blancs<sup>3179</sup>. La classe moyenne n'est alors pas seulement une phase transitoire comme l'envisageait le marxisme mais bien un fait de société, principalement noir et orienté vers des modes d'organisation et de vie très mobiles<sup>3180</sup>. Le *Black economic empowerment* ou BEE a alors nommé l'émergence d'une classe moyenne supérieure noire intégrée à l'économie via l'entrepreneuriat<sup>3181</sup>. C'est alors une vision de la transformation sociale qui s'appuie sur une mobilité verticale fondée sur le mérite et l'insertion économique, et à l'inverse la victimisation personnelle de l'échec<sup>3182</sup>. Le constitutionnalisme, parce qu'il reprend l'idée d'un sujet doté des droits, s'acclimate particulièrement bien de l'imaginaire de l'entrepreneur de soi populaire dans l'Afrique du Sud contemporaine et qui lui-même s'inscrit dans les récits historiques du pays<sup>3183</sup>. L'origine d'un tel imaginaire pourrait bien provenir de l'imaginaire Afrikaner, basé sur la conquête et le travail des pionniers, même s'il s'agit là, surtout, d'une relecture faite au XX<sup>ème</sup> siècle<sup>3184</sup>. Un clivage apparaît au sein des blancs sud-africains. La culture Afrikaner s'est construite sur le mythe du grand Trek, et a gardé encore aujourd'hui une particularité linguistique et socio-culturelle forte, quand la population d'origine britannique, historiquement plus riche et reliée fortement à l'Angleterre et au Commonwealth, n'a jamais eu besoin d'affirmer ou de

---

<sup>3179</sup> R. SOUTHALL, *The new black middle class in South Africa*, *op. cit.* note 139, p. 50-51.

<sup>3180</sup> *Ibid.*, p. 97-196

<sup>3181</sup> R. SOUTHALL, « Ten Propositions about Black Economic Empowerment in South Africa », *Review of African Political Economy*, vol. 34, n° 111, 2007, p. 67-84

<sup>3182</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 133, p. 101-103. Pour Patrick Bond, avec le BEE, « *white South African elites laid a neoliberal ambush for their successors* », visant à contrer les soulèvements en donnant un peu de pouvoir à une petite partie de la population pauvre : il y voit un combat contre les structures du pouvoir maintenues par le néolibéralisme, à la manière de Frantz Fanon qui avait noté qu'une petite bourgeoisie des pays coloniaux maintenait le système en voulant ressembler à celle des pays colonisateurs, P. BOND, *Elite Transition From Apartheid to Neoliberalism in South Africa*, Pluto Press, 2000, p. 39-46. De manière intéressante, l'auteur compare ce phénomène à celui de l'idéal de réussite individuelle des Afrikaners au XIX<sup>ème</sup> siècle, en notant qu'il préexistait alors à la production manufacturière et à la concurrence mondiale mises en place par la colonisation britannique, dans une société qui reposait sur la production agricole, l'artisanat et des prêts peu chers. Pour l'élaboration par l'ANC d'une politique visant à l'émergence de cette nouvelle classe sociale, voir O. IHEDURU, « Black Economic Power and Nation-Building in Post-Apartheid South Africa », *Journal of Modern African Studies*, vol. 42, n° 1, 2004, p. 1-30.

<sup>3183</sup> Voir *supra*, chapitre 3. Voir notamment P. BOND, *Elite Transition*, *op. cit.* note 273. S. SIBANDA, « Not Purpose-Made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty », *op. cit.* note 119.

<sup>3184</sup> S. TERREBLANCHE, *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, *op. cit.* note 133.

défendre son identité. On a également pu reprocher à cette classe moyenne noire, ironiquement, de n'être pas « socialement consciente » en répondant volontiers à un idéal élitiste, solidifiant ainsi le monde à part du quart le plus aisé de la population dont la moitié est blanche à partir des années 2000<sup>3185</sup>.

Ce modèle de ceux qui sont nommés « diamants noirs » en référence à leur supposé goût du luxe et d'une certaine ostentation<sup>3186</sup>, apparait comme la figure inverse de l'étranger noir, migrant venu du nord du pays, cible d'incriminations publiques et de violences épisodiques. Plutôt qu'une xénophobie ou qu'un seul rejet du plus pauvre, ce phénomène peut être compris comme la poursuite d'une stratification raciste ancienne de la société sud-africaine<sup>3187</sup>. Aussi bien au sein de ses frontières que vis-à-vis du reste du monde, l'Afrique du Sud post-Apartheid s'est en effet construite dans un nationalisme qui n'a pas expurgé le rejet de l'autre de ses symboles et représentations politiques<sup>3188</sup>. Ses causes sont à trouver parmi une persistance de la pauvreté et du chômage, à l'isolement durable de l'Afrique du Sud du reste du continent, et à un rejet de la différence<sup>3189</sup>. Une autre explication peut tenir au report sur l'étranger d'une ségrégation ancienne entre les ruraux (noirs) et les urbains (blancs), qui a changé avec l'urbanisation après l'Apartheid tandis que l'Afrique du Sud recevait dans l'espace public national l'image du pays moderne par rapport à un continent arriéré<sup>3190</sup>.

---

<sup>3185</sup> *Ibid.*, 132-138 : « *socially conscious* ». Selon l'auteur, cela s'explique par la force de l'idéologie d'un « capitalisme racial » très inscrit dans la culture sud-africaine.

<sup>3186</sup> R. SOUTHALL, *The new black middle class in South Africa*, *op. cit.* note 139, p. 169-182. L'auteur estime qu'il faut prendre de la distance vis-à-vis de ces visions stéréotypiques et largement racistes : l'endettement, lui, est réel, et n'est pas nécessairement dû à une fuite en avant vers une richesse exhubérante.

<sup>3187</sup> W. MPOFU, « Xenophobia as Racism: The Colonial Underside of Nationalism in South Africa », *International Journal of Critical Diversity Studies*, Pluto Journals, vol. 3, n° 2, 2020, p. 33-52, selon qui « *The end of administrative and juridical apartheid did nothing to allow the deconstruction of those apartheid constructed and produced political identities.* » (p. 35). En effet, parmi les peuples noirs de l'Afrique australe, « *What fundamentally distinguishes the national from the foreigner is a hierarchy of superiority and inferiority that is constructed, produced, and maintained by the history of apartheid and its racism, a history of homelands, nationals, and then foreigners and aliens.* » (p. 35). Voir plus largement H. ADAM, K. MOODLEY, *Imagined Liberation*, Temple University Press, 2015, DOI:10.2307/j.ctvrd322.

<sup>3188</sup> W. MPOFU, « Xenophobia as Racism: The Colonial Underside of Nationalism in South Africa », *op. cit.* note 278, p. 40-44, notamment p. 41 : « *The South African nation as an imaginative family that has the country as its sentimental home experiences foreign nationals from other African countries as intruders, invaders, and some pollutants that must eventually be cleaned off. That is how nationalist imagination in its racist content is deep inside itself genocidal, in that it thirsts for the elimination of the foreign other.* »

<sup>3189</sup> A. MORRIS, « Our fellow Africans make our lives hell: the lives of Congolese and Nigerians living in Johannesburg », *Ethnic and Racial Studies*, Routledge, vol. 21, n° 6, 1998, p. 1116-1136.

<sup>3190</sup> M. NEOCOSMOS, « The Politics of Fear and the Fear of Politics: Reflections on Xenophobic Violence in South Africa », *Journal of Asian and African Studies*, vol. 43, n° 6, 2008, p. 586-594. C'est aussi un vécu affectif de l'autre qui s'est installé en se fondant sur des points de discordance de l'apparence physique entre noirs africains, et donc une peur de soi-même, D.M. MATSINHE, « Africa's Fear of Itself: the ideology of "Makwerekwere" in South Africa », *Third World Quarterly*, Taylor & Francis, Ltd., vol. 32, n° 2, 2011, p. 295-313.

### 3. Le récit pluriel porté par la Cour

La Cour a alors trouvé son récit politique dans une synthèse originale qui dépendait des contraintes politiques et identitaires du pays. Elle a d'abord évité de définir strictement les obligations de la transformation sociale à partir des droits sociaux ou de l'égalité substantielle, tout en produisant un discours sur l'Afrique du Sud qui a dès lors présenté un biais historiographique. Si la lecture normative des juristes et de la Cour elle-même tendait à envisager le constitutionnalisme comme la construction d'une société à venir<sup>3191</sup>, son discours historique a surtout présenté l'Apartheid comme un passé dont il fallait se défaire<sup>3192</sup>. Cet écart a pu être conçu comme une distance entre la réalité et l'idéal par les juristes qui espéraient un durcissement linéaire de la jurisprudence sur les droits sociaux<sup>3193</sup>. L'aspect le plus rhétorique de la jurisprudence prônant la dignité humaine comme droit, principe et valeur, et plus encore les digressions humanistes d'Albie Sachs, ont renforcé cet écart en produisant une image abstraite de l'idéal constitutionnel, alors que son contrôle n'évoluait pas, avec les présupposés politiques et institutionnels que l'on a vus. Mais la Cour a évité d'emprunter une telle voie lorsqu'elle a rendu son discours plus cohérent avec la visée qu'elle avait elle-même donnée à la Constitution de 1996.

Le discours de la Cour constitutionnelle vis-à-vis de la société a alors connu deux évolutions.

Une première évolution a tenu à la conception de l'individu au sein des structures sociales. On voit ainsi apparaître dans les années 2010 une approche des inégalités par l'intersectionnalité dans les affaires d'égalité, poursuivant une jurisprudence qui a toujours été ambitieuse en la matière même si elle n'était pas reliée au social jusqu'alors<sup>3194</sup>. Le récit politique que traduisent les décisions emblématiques de la Cour dans les années 2000 est celui de la marginalité, de la charité, voire de la solidarité, à l'instar d'Albie Sachs qui évoque les individus qui ne sont pas des îles en eux-mêmes mais bien des êtres reliés<sup>3195</sup>. Cette évolution ne va pas sans résistance. Dès sa nomination par le président Zuma en 2009, il est reproché au juge Mogoeng Mogoeng une position hostile vis-à-vis de l'homosexualité, ce dont il se défend<sup>3196</sup>. Un appel est lancé par différents mouvements sociaux en insistant sur le fait que les décisions de Mogoeng Mogoeng comme juge ordinaire auraient

---

<sup>3191</sup> Voir *supra*, chapitre 1.

<sup>3192</sup> Voir *supra*, chapitre 5.

<sup>3193</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>3194</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, B.

<sup>3195</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 1, §1, B., 1.

<sup>3196</sup> Le futur président de la Cour y répond dans sa réponse publique à la JSC, dans laquelle il revient notamment sur les affaires dans lesquelles il a eu à décider de questions de genre et de sexualité comme magistrat, M. MOGOENG, « In defence of my record », *Politicsweb*, 4 septembre 2011, en ligne <https://www.politicsweb.co.za/documents/in-defence-of-my-record--mogoeng-mogoeng> (consulté le 14 avril 2023). Voir également S. GRAHAM, « Mogoeng blasts critics at JSC interview », *Mail & Guardian*, 3 septembre 2011, en ligne <https://mg.co.za/article/2011-09-03-mogoeng-blasts-critics-at-jsc-interview/> (consulté le 14 avril 2023).

minimisé l'incrimination pour viol et porté une vision sexiste<sup>3197</sup>, même si l'un de ses premiers jugements montre une vision progressiste en dénonçant le « patriarcat » qui provoque la violence sexuelle<sup>3198</sup>. Sa nomination suscite également la controverse sur ses liens avec la présidence Zuma face à Dikgang Moseneke, candidat déclaré mais réputé plus critique de l'ANC<sup>3199</sup>.

Dans le domaine socioéconomique en revanche, l'individu est le client ou le consommateur. On le voit bien dans la décision *Mazibuko* rédigée par Kate O'Regan qui avalise la pratique du paiement de l'eau dans les *townships*, tout comme la jurisprudence sur le relogement, qui a privilégié la négociation entre les parties prenantes<sup>3200</sup>. Les décisions n'évoquent pas les luttes politiques qui se sont portées devant la Cour. C'est pourtant la lutte politique contre l'Apartheid qui avait lieu hors de l'ANC, dans de nombreux mouvements sociaux localisés, qui est passé d'un discours du pouvoir au nom du peuple à un discours des droits auprès des cours<sup>3201</sup>. Pour Tshepo Madlingozi qui conseille ces mouvements,

Les normes, discours, procédures et institutions post-Apartheid ont fourni des opportunités politiques institutionnelles et discursives importantes mais également des risques qui ont structuré l'émergence de mouvements sociaux, leur trajectoire et leurs résultats.<sup>3202</sup>

L'échec de l'opposition politique mais également un sentiment d'insuffisance des organisations de défense des droits basés dans les centre villes à l'instar du *TAC* ont nourri ce glissement<sup>3203</sup>. Par

---

<sup>3197</sup> Anonyme, « Don't appoint Mogoeng, says Nobel Women's Initiative », *Mail & Guardian*, 7 septembre 2011, en ligne <https://mg.co.za/article/2011-09-07-dont-appoint-mogoeng-says-nobel-womens-initiative/> (consulté le 14 avril 2023).

<sup>3198</sup> CCAS, 15 décembre 2011, *F v Minister of Safety and Security and Another* (Mogoeng Mogoeng), §56 : « *The threat of sexual violence to women is indeed as pernicious as sexual violence itself. It is said to go to the very core of the subordination of women in society. It entrenches patriarchy as it imperils the freedom and self determination of women. It is deeply sad and unacceptable that few of our women or girls dare to venture into public spaces alone, especially when it is dark and deserted. If official crime statistics are anything to go by, incidents of sexual violence against women occur with alarming regularity.* »

<sup>3199</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, B.

<sup>3200</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §1, B., 1.

<sup>3201</sup> Voir T. MADLINGOZI, « How the Law Shapes and Structures Post-apartheid Social Movements: Case Study of the Khulumani Support Group », in M. DAWSON, L. SINWELL (dir.), *Contesting Transformation: Popular Resistance in Twenty-First Century South Africa*, Pluto Press, 2012, p. 222-239. Voir également J. DUGARD, T. MALDINGOZI, K. TISSINGTON, « Rights compromised of rights-savvy? The use of rights-bases strategies to advance socio-economic struggle by Abahlali baseMjondolo, the South African shack-dwellers' movement », *Social and economic rights in theory and practice. Critical inquiries*, Routledge, 2015, p. 23-42, qui notent que divers mouvements issus des townships ont d'abord échoué face à la répression et la criminalisation par les élites politiques, les outils de contestation des mouvements anti-apartheid ne fonctionnant plus ; les restants se sont donc tournés dans les 2000 vers la mobilisation de stratégies juridiques et un « rights-talk ». Les auteurs analysent particulièrement le parcours du mouvement Abahlali baseMjondolo : ses manifestations, la violence, le recours au droit et la déception.

Le mouvement a même créé une « university of Abahlali » où a lieu une éducation politique et philosophique, juridique, et l'apprentissage de techniques de mobilisation.

<sup>3202</sup> T. MADLINGOZI, « How the Law Shapes and Structures Post-apartheid Social Movements: Case Study of the Khulumani Support Group », *op. cit.* note 292, p. 222 : « *post-apartheid legal norms, discourses, procedures and institutions have provided significant discursive and institutional political opportunities and threats that have structured the emergence of social movements, their trajectory and outcomes.* »

<sup>3203</sup> *Ibid.*, p. 223-224.

exemple, des organisations ont pu se créer en poursuivant une stratégie juridique à partir de l'insatisfaction produite par la justice transitionnelle, qu'elles percevaient comme un compromis entre les élites de l'ANC et un projet de démocratie libérale importé de l'Occident : le recours au droit permet alors de se situer entre le narratif des bonnes victimes qui adhèrent au projet de nation arc-en-ciel et les mauvaises victimes qui refusent le compromis constitutionnel<sup>3204</sup>. En outre, dans le contexte d'une vie politique volontiers violente, y compris de la part de la répression des mouvements sociaux, l'adhésion au droit permet de solidifier ceux-ci<sup>3205</sup>. C'est alors une « politique vivante » qui se met en place à côté et en lien avec le droit<sup>3206</sup>. Mais c'est également un récit constamment contesté, si bien qu'un « néo-apartheid » s'observe dans une

[...] ossification temporelle par un processus délibéré qui reproduit les processus coloniaux et de l'Apartheid d'accumulation primitive, d'appauvrissement, de re-tribalisation, de racialisation profonde et d'invisibilisation sociale ; et une conceptualisation imposée du temps et de la temporalité par un ensemble de mots-clés d'après 1994 – incluant la justice transitionnelle, la Constitution finale, une nouvelle nation unie – qui perpétuent une monoculture de la modernité occidentale en les termes de laquelle le temps de déploiement de manière linéaire, évolutionniste et homogène.<sup>3207</sup>

C'est alors une reconstruction politique de la société qui laisse des oubliés, les noirs les plus pauvres, dont la subjectivité est intégrée au discours politique hégémonique « d'une manière à s'assurer que les oubliés ne se conçoivent pas comme les victimes de problèmes sociaux historiques mais, puisque le passé est le passé, comme un problème eux-mêmes<sup>3208</sup> ». C'est en ce sens que le discours de la dignité humaine croise la responsabilisation de l'individu de la pensée néolibérale de l'égalité créée

---

<sup>3204</sup> *Ibid.*, p. 227 : « *transitional justice* ' is a global project aimed at reconstructing Third World states in Western liberal democratic terms (... *Victims and local communities are therefore robbed of agency and are merely seen as either victims to be healed or perpetrators to be prosecuted.* » ; aussi, « *The TRC was a product of the elite compromise between the apartheid government and the African National Congress (ANC). Victims of gross human rights abuses and popular organisations were not consulted about the shape that the process of 'dealing with the past' was to take. Victim groups decided to set up a movement of victims and survivors of apartheid in order to support each other's engagement with the TRC. The name Khulumani – isiZulu for 'speak out' – was chosen because victims decided that silence was not an option.* » (p. 226).

<sup>3205</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>3206</sup> Voir le propos de S'bu Zikode, le fondateur du mouvement Abahlali baseMjondolo dans un colloque du département de Critical Race, Gender et Culture studies de l'American university college, « S'bu Zikode and the Living politics of Abahlali », <https://www.youtube.com/watch?v=VJ0BOVLMRuY> (consulté le 14 juillet 2023).

<sup>3207</sup> T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *op. cit.* note 132, p. 125 : « [...] *temporal ossification by deliberate processes that re-enact colonial and apartheid processes of primitive accumulation, impoverishment, re-tribalisation, enforced racialisation and social invisibility; and an imposed conceptualization of time and temporality via a cluster of post-1994 keywords - including transitional justice, final constitution, a new united nation - that perpetuates the monoculture of western modernity in terms of which time unfolds in a linear, evolutionary, and homogenous manner.* ».

<sup>3208</sup> *Ibid.*, p. 126.

par le marché ; c'est, d'une manière propre à l'Afrique du Sud, dans la perception des dynamiques de l'histoire que se créent ou se défont des corps politiques.

Dès lors, la justice sociale intégrée à l'idéal constitutionnel conçu lui-même comme une transformation permanente a été tributaire d'une vision du politique où l'égalité doit primer et suivre une égale participation à l'économie, par un processus de reconnaissance, d'incorporation et de redistribution, sans changement en réalité des coordonnées politiques fondamentales de la société sud-africaine<sup>3209</sup>. Le discours constitutionnel devient alors un frein à la transformation sociale en ce qu'il empêche de nouvelles formes politiques d'éclorre et de créer leur propre temporalité. Un processus de différenciation continue entre l'occidentalisation ou l'enrichissement ouvert aux non-blancs et la racialisation, y compris par un discours paupériste et paternaliste, de la population non-blanche qui n'a pu accéder à l'idéal constitutionnel<sup>3210</sup>. De ce point de vue, la décolonisation n'est pas une transformation ou une justice sociale, laquelle a été portée, dès la lutte contre l'Apartheid, par un milieu blanc proche des vertus humanitaires et de la cause des droits<sup>3211</sup>. Mais c'est ce milieu qui dès les années 1980 a travaillé avec la partie modérée de l'ANC à la marginalisation des courants radicaux de la lutte contre l'Apartheid<sup>3212</sup>, une tendance que notait dès 1970 Steve Biko, l'un des leaders historiques de l'ANC<sup>3213</sup>.

En Afrique du Sud comme en Colombie, les idées de la « global justice » ont tout à fait été reçues par des milieux juridiques progressistes<sup>3214</sup>, basés dans les mégapoles les mieux intégrées aux échanges mondiaux. Le milieu juridique des deux pays est tout à fait connecté au monde anglo-américain très marqué par une certaine vision du rapport entre droit et politique, que ce soit l'Afrique du Sud *via* le Royaume-Uni ou la Colombie *via* les États-Unis. Aussi, le discours des droits sociaux offre un moyen de contester l'usage du droit qui est fait par les élites politiques, pour qui la globalisation a surtout été celle du droit des affaires, au profit de la propriété privée et des

---

<sup>3209</sup> *Ibid.*, p. 126-130, citant Karl Klare et Dikgang Moseneke.

<sup>3210</sup> *Ibid.*, p. 137 et 144-145.

<sup>3211</sup> *Ibid.* Voir également N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 260.

<sup>3212</sup> T. MADLINGOZI, « Social Justice in a Time of Neo-Apartheid Constitutionalism: Critiquing the Anti-Black Economy of Recognition, Incorporation and Distribution », *op. cit.* note 132, p. 139s.

<sup>3213</sup> S. BIKO, *Black souls in white skins?* (1970), Institute for a Democratic Alternative for South Africa, 1990.

<sup>3214</sup> Comme le note Duncan Kennedy, « *it would seem plausible that the supporters of judicial review may have included the long-established colonial or precolonial cosmopolitan elites, not fully displaced, or even strengthened by the social regimes, and the newly enriched groups, moving toward a more cosmopolitan social stance as well as into the global market, who managed to establish themselves within the social dispensation. For these groups, the Washington Consensus advocates, the liberalizing NGOs, the local military, cultural nationalists, and religious fundamentalists are all threats to be managed, accommodated but not allowed to ruin the good times and the promising future. The process of selection, as in all of these examples, is possible because, as with the first two, the third globalization diffuses a langue, and permits an infinite variety of parole by those who learn to speak proportionality, neoformalism, rights/identity, and judicial supremacy. As the langue diffused, it lost its distinctive Unitedstatesean quality. The U.S. solutions to the problems that local speakers address in their own national contexts come to seem just particular instances rather than paradigmatic utterances.* » (D. KENNEDY, « Three Globalizations », *op. cit.* note 126, p. 70).



investissements étrangers, et des politiques économiques néolibérales. Le hiatus illustré par les relations ambivalentes entre néolibéralisme et droits vient de ce que la globalisation a également porté celle des droits de l'homme, à travers notamment la pratique de l'intérêt public au sein des cabinets d'affaire américains, puis le discours des ONG mondiales, dont se sont saisis les élites juridiques du Sud qui voulaient se rapprocher du pouvoir<sup>3215</sup>. En Afrique du Sud, les élites politiques issues de l'ANC s'étaient déjà converties au langage des droits de l'homme lors de leur opposition au régime, qui trouvait de forts relais à l'international auprès des organisations internationales et humanitaires qui étaient, depuis les années 1970, la matrice du discours des droits<sup>3216</sup>.

Une deuxième évolution de la jurisprudence de la Cour sud-africaine donne à voir un récit national réinventé dans les années 2010, correspondant en partie à l'intégration de la critique précédente. En évoquant les plus démunis, la Cour avait produit un discours de la charité plus que de l'égalité ou de la nation<sup>3217</sup>. Exception notable, le style judiciaire particulier d'Albie Sachs illustre la recherche d'une « narration commune » indispensable à la réconciliation<sup>3218</sup>, quand bien même la sensibilité qu'il exprime vis-à-vis de la matière sociale reste enserré dans un discours de la dignité humaine qui n'est pas tout à fait celui d'une égalité substantielle. Or, un clivage apparaît dans les récits de la Cour, entre les juges blancs qui élaborent un discours de la dignité humaine, à l'instar d'Albie Sachs, de Kate O'Regan et d'Edwin Cameron, et les juges noirs qui évoquent plus aisément l'histoire, à l'instar de Pius Langa, Sandile Ngcobo, Dikgang Moseneke et Mogoeng Mogoeng. Moseneke, qui était comme avocat lié à la branche de l'ANC qui refusait d'admettre les blancs dans la lutte, a été qualifié d'africaniste par Albie Sachs qui se définissait lui-même comme africaniste<sup>3219</sup>. Comme Dikgang Moseneke l'admet en 2016, après avoir quitté à la Cour,

---

<sup>3215</sup> C'est ce que notaient pour l'Amérique latine Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique Latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Paris, Seuil, 2002, trad. L. Devillairs, S. Dezalay, p. 106-107 : « ces entrepreneurs moraux sont incités à une mobilité vers les réseaux internationaux du Nord, où les titres de notoriété qu'ils ont acquis au Sud sont d'autant plus appréciés qu'ils contribuent à légitimer les organisations internationales des droits de l'homme, surtout implantées en Amérique du Nord ». Les ONG nord-américaines sont alors au coeur du marché symbolique, elles sont des « banques symboliques, qui garantissent la valeur et le taux de change de ces nouvelles ressources » (107). Les auteurs s'appuient toutefois essentiellement sur le « moment » des droits de l'homme des années 1970, à partir de la rencontre au Chili des élites progressistes pro-Allende écartées du pouvoir par Pinochet, des élites américaines tout aussi progressistes qui ne se retrouvaient pas dans le soutien des néolibéraux aux militaires, et des ONG telle Amnesty International ou la International commission of jurists.

<sup>3216</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 2, §1.

<sup>3217</sup> Voir *supra*, chapitre 3, section 2.

<sup>3218</sup> A. SACHS, *The strange alchemy of life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 87 : « On an individual basis and between all communities we have a long way to go, but at the national level we now, for the first time, have a single narrative, a common history of the most painful moments of the recent past. You cannot have a country with different memories and expect a sense of common citizenship to grow. You cannot have a white history and a black history that have nothing to do with each other, except that they overlap in time and place. You have to have a single, broad, commonly accepted narrative of the country's history ».

<sup>3219</sup> A. SACHS, « A Tribute to Justice Dikgang Moseneke », *Acta Juridica*, 2017, p. 293-298, p. 393.

Il n'y avait pas d'accord (en 1993) sur la manière d'atteindre l'égalité et la justice sociale que la Constitution promettait. À la place, la Constitution a imposé des obligations de faciliter l'accès à des biens sociaux comme la santé, le logement, l'eau, l'éducation et les aides sociales. Mais ces biens socioéconomiques reposaient sur des transferts publics et sur le moment où ils seraient disponibles. À première vue, ces protections étaient louables et promettaient une réduction de la pauvreté par l'État, mais en pratique les droits socioéconomiques ne disaient pas comment restructurer l'économie de manière à la rendre à la fois plus productive et inclusive.<sup>3220</sup>

C'est surtout le juge et *Chief justice* Mogoeng Mogoeng qui dans ses opinions mêmes cible ses « compatriotes blancs » qui travaillent dans le secteur privé et concentrent les richesses ; il évoque alors non seulement le colonialisme c'est-à-dire l'arrivée des blancs et l'Apartheid, mais un néocolonialisme<sup>3221</sup>. Un clivage apparaît notamment dans les deux lectures de l'histoire qui donnent lieu à discussion dans la jurisprudence à partir de 2010, à l'occasion de décisions concernant les droits culturels et linguistiques. Mogoeng Mogoeng a ainsi écrit des opinions fortes sur la division ethnique du pays : celle-ci n'est plus envisagée comme la seule inégalité perçue dans les canons du discours constitutionnel des premières années de la Cour, mais comme un fait social déterminant. Dans la décision relative aux changements des noms de rue afin de mettre en afin des personnes noires, Mogoeng Mogoeng estime ainsi que

La quasi-totalité des noms de villes et de rues continuent de résonner de grands échos de vénération pour les architectes de l'Apartheid, les héros et les héroïnes de notre passé colonial oppressif et honteux. Pratiquement aucun changement progressiste ou potentiellement conciliant des noms de villes ou de rues n'échappe à la contestation.<sup>3222</sup>

La Cour en appelle alors à l'idéal constitutionnel en des termes particulièrement passionnés. Précisément, alors que les requérants invoquaient un « dommage émotionnel » dans l'effacement

---

<sup>3220</sup> D. MOSENEKE, *My Own Liberator: A Memoir*, Picador Africa, 2016, p. 252 : « *There was no pact on how to achieve the equality and social justice the Constitution promised. Instead, the Constitution imposed qualified duties on the state to facilitate access to social goods such as health, housing, water education and social grants. But these socio-economic entitlements were premised on and limited to state transfers as and when funds were available. On the face of it, the protections were praiseworthy and they promised a state-sponsored reduction of poverty, but in practice socio-economic rights did not speak to how to restructure the economy in a way that rendered it more productive and inclusive.* »

<sup>3221</sup> CCAS, 15 octobre 2021, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa (Pty) Ltd and Another* (Mogoeng Mogoeng), §4.

<sup>3222</sup> CCAS, 21 juillet 2016, *City of Tshwane Metropolitan Municipality v. Afriforum and Another* (Mogoeng Mogoeng), §4 : « *Almost all cities, towns and street names continue to reverberate with great sounds of veneration for the architects of apartheid, heroes and heroines of our oppressive and shameful colonial past. Virtually no progressive or potentially conciliatory change to city, town or street names goes unchallenged.* »

des noms des rues pour fonder leur opposition au jugement de première instance<sup>3223</sup>, Mogoeng Mogoeng déclare :

Sachant à quel point la méfiance, les divisions et les injustices étaient profondes et enracinées dans l'existence même de certains de nos concitoyens depuis l'époque de l'apartheid, nous avons pris l'engagement solennel de nous lancer dans un projet constitutionnel inclusif, visant à réaliser l'unité et la réconciliation nationales. Les injustices du passé ne doivent pas être choyées ou abordées avec beaucoup d'attention, de compréhension ou de sympathie.<sup>3224</sup>

Il s'agirait de reconnaître la valeur des « héros » de la « lutte pour la justice, la paix et la liberté » rassemblés dans un « nous » actuel et collectif<sup>3225</sup>, que la Cour ramène au « sentiment d'appartenance<sup>3226</sup> ». La dénonciation du néocolonialisme s'accompagne d'une dénonciation du rôle que jouent « nos compatriotes blancs » dans l'économie<sup>3227</sup>. Néanmoins, bien que plus conscient du contexte pourtant évoqué par la Cour depuis les années 2000, mais qui concernait surtout les litiges ou les politiques publiques contrôlées au sens strict, cette approche nouvelle n'a pas d'incidence concrète au sens où elle se déploie hors d'affaires concernant l'égalité ou les droits sociaux.

L'opinion dissidente de Johan Froneman et Edwin Cameron apporte un regard intéressant. Elle rejette en effet le recours de la ville en reconnaissant le droit légitime des requérants et en estimant qu'on ne peut refuser l'application d'un droit culturel à une population au titre du passé de

---

<sup>3223</sup> *Ibid.*, §57. Il s'agissait ici non d'une solution au fond mais de la contestation d'un *interim order* suspendant la politique municipale durant l'appel, ce qui n'est permis qu'à la reconnaissance d'un dommage particulier. L'enjeu juridique étant alors de savoir si un tel dommage était présent. La Cour répond par la négative.

<sup>3224</sup> *Ibid.*, §6 : « *Knowing just how deep and engrafted the distrust, divisions and injustices were in the very being of some of our people from the days of apartheid, we have made a solemn undertaking to embark on an all-inclusive constitutional project, geared at achieving national unity and reconciliation. The injustices of the past are not to be pampered or approached with great care or understanding or sympathy.* »

<sup>3225</sup> *Ibid.*, §7 : « *The normalised demonisation and stigmatisation of heroes and heroines of our struggle for justice, peace and freedom is now a thing of the past. We the people of South Africa promise to honour them, presumably the same way heroes and heroines have been venerated in this country and around the world. Just as important is the need to respect white and black South Africans who played a crucial role in building and developing South Africa into the modern country of note it now is. All of us must embrace and internalise the constitutional reality that this country belongs to all of us who live in it. Diversity thus ought to highlight the need for unity rather than reinforce the inclination to stand aloof and be separatist. An appreciation of the value addition or special contribution of diversity, as in other countries, should strengthen our collective resolve to unite and tap into the special skills and experiences of all diverse groups in this country, for the betterment of all.* »

<sup>3226</sup> *Ibid.*, §9 : « *Our shared values that underpin our constitutional vision cannot be achieved when one race almost always has its way or a near-absolute monopoly of respect and honour. That is a recipe for the illegitimate retention of exclusive privilege, undeserved domination of the past and future hostilities as opposed to inclusivity, reconciliation and the unity in diversity we have undertaken to pursue and achieve. No measure of sophistry, contortion, or strategy ought to be allowed to entrench any form of racial domination or exclusivity to privilege, honour and opportunities. For that is inconsistent with our foundational values and constitutional vision. South Africans of all races must unite to secure a brighter, peaceful, stable and prosperous tomorrow by allowing the previously excluded groups, to also be honoured in their own land. They too should at long last have a sense of belonging.* »

<sup>3227</sup> Voir CCAS, 15 octobre 2021, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa (Pty) Ltd and Another* (Mogoeng Mogoeng), §4.

l'Apartheid, l'inclusivité devant s'appliquer à tous<sup>3228</sup>. En revanche, l'opinion dissidente rejette avec virulence le moyen de l'association qui invoquait de « prétendues » injustices dans la persistance des noms Afrikaner des rues, les deux juges s'exclamant qu'il s'agit là « du genre d'insensibilité qui empoisonne notre société<sup>3229</sup> ». Il est alors intéressant que la dissidence, outre la reconnaissance du droit, évoque la charge « passionnée » de l'opinion majoritaire pour estimer néanmoins qu'il « faut » la contredire en appelant à « une analyse plus approfondie » de la question et en s'appuyant sur les règles formelles de l'appel<sup>3230</sup>. À l'inverse, le juge Mogoeng disait explicitement rejeter « la frustration d'une justice réelle et équitable par des moyens purement technique » et appeler à la « substance » par-delà la forme<sup>3231</sup>, afin notamment de rejeter l'usage des droits faits par les requérants blancs. La transformation sociale est alors évoquée d'une manière particulièrement sensible, qui fait penser à la révolte que l'on ne retrouve pas, après l'Apartheid, dans la jurisprudence des premières années de la Cour. Il n'est pas étonnant par exemple que Mogoeng Mogoeng invoque l'uBuntu comme philosophie nationale contre la seule lecture libérale des droits inspirée des États-Unis<sup>3232</sup>, de même qu'il insiste avec pathos sur la fierté nationale issue de l'idéal constitutionnel<sup>3233</sup>. Si ses positions sur le genre ont été nuancées par une jurisprudence plus ouverte qu'attendue lors de sa nomination, il ne fait aucun doute que le discours qu'il a produit a visé à promouvoir l'inclusion ethnique et culturelle. Les inégalités socioéconomiques sont considérées déterminantes dans une telle

---

<sup>3228</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman et Edwin Cameron, §131 et 158. Les dissidents s'accordent alors sur la description passionnée du contexte faite par Mogoeng Mogoeng mais non sur la prescription des moyens qui ressort de la valorisation par l'opinion majoritaire du changement des noms des rues, §136 : « *With much of this we agree. But from a perspective of constitutional rights and values, these assertions are highly problematic. The Constitution allows the Executive and Legislature at national, provincial and local levels to formulate policies, legislate them into law, and execute and administer them when so done. They may choose to do so by changing the names of cities, towns and streets to reflect our diversity. Or they may decide not to do so. The Constitution allows them to make their own choice; it does not prescribe what choice to make. And the Constitution certainly does not allow the Judiciary to prescribe those choices.* »

<sup>3229</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman et Edwin Cameron, §121 : « *So-called! This embodies the kind of insensitivity that poisons our society. There were historical injustices. Apartheid was all too real. And it was profoundly pernicious. These facts are not "so-called" figments of black people's imagination. Pretoria was created as the capital of an Afrikaner Republic that expressly subordinated black people.* »

<sup>3230</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman et Edwin Cameron, §79 et 81.

<sup>3231</sup> *Ibid.*, §18 : « *Our peculiarity as a nation impels us to remember always, that our Constitution and law could never have been meant to facilitate the frustration of real justice and equity through technicalities. The kind of justice that our constitutional dispensation holds out to all our people is substantive justice. This is the kind that does not ignore the overall constitutional vision, the challenges that cry out for a just and equitable solution in particular circumstances and the context within which the issues arose and are steeped. We cannot emphasise enough, that form should never be allowed to triumph over substance. Our Constitution was never meant to be a selectively recognised weapon, conveniently produced and used by some of us only when it could help advance illegitimate sectarian interests through legal stratagems. It was designed to facilitate justice and equity for all. That said, legitimate individual or sectarian rights and interests may always be vindicated and appropriately addressed within the prism of this constitutional dispensation.* »

<sup>3232</sup> CCAS, 8 avril 2011, *The Citizen 1978 (Pty) Ltd and Others v McBride* (Edwin Cameron), opinion dissidente de Mogoeng Mogoeng, §217-218.

<sup>3233</sup> Voir *supra*, section 1, §1, B., 2.

approche<sup>3234</sup>. Cette approche n'a pas porté sur les droits socioéconomiques du fait de leur absence dans la jurisprudence à cette échéance.

Les positions tranchées du président Mogoeng montrent aussi la diversité idéologique qui s'exprime par l'opinion et la dissidence dans la jurisprudence de la Cour dans les années 2010 et 2020, s'éloignant d'une pratique de l'unanimité et du consensualisme dans le discours de la juridiction jusque-là. La controverse entre Mogoeng Mogoeng et Johan Froneman apparaît dans une affaire d'une rare importance concernant les questions linguistiques. La Cour rejette la demande de la même organisation que celle qui contestait le changement des noms des rues, Afriforum, qui contestait cette fois-ci la politique d'une université de retirer des cours en Afrikaans en application d'une loi provinciale. L'article 29(2) de la Constitution évoque le choix linguistique en termes d'équité, de praticabilité, et de correction des pratiques discriminatoires historiques<sup>3235</sup>. Citant Dikgang Moseneke, l'opinion majoritaire de Mogoeng Mogoeng revient à nouveau longuement sur le « contexte » de manière éloquente et évoque notamment l'enjeu « sensible » et « émotif » du « langage lui-même » que l'on retrouve concernant la présence de l'Afrikaans dans le système éducatif, en voie d'extinction parce qu'il a été la langue de la « domination ou du pouvoir »<sup>3236</sup>. Il s'agit alors d'un « difficile enjeu transformateur qui exige une approche méticuleuse et détachée de la part des vrais défenseurs et ambassadeurs de notre vision constitutionnelle<sup>3237</sup> ». De manière frappante, l'Apartheid est décrit via l'imposition de la langue comme un système de « suprématisme

---

<sup>3234</sup> Voir CCAS, *Competition Commission of South Africa v Mediclinic Southern Africa*, *op. cit.*, §4, où Mogoeng rappelle les positions de pouvoir tenues dans le secteur privé par « nos compatriotes blancs ». Voir également M. MOGOENG, « Twenty Years of the South African Constitution: Origins, Aspirations and Delivery », *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 27, n° 1, 2015, p. 1-16, p. 14 : « Few women and black males have penetrated the higher echelons of the private sector. Only a handful of them are key players in the major economic sectors like mining, agriculture and manufacturing. So, some progress has been made but it is a far cry from what needs to be done. Looking from outside, it would appear that the executive and the legislative branches of government either do not as yet have an effective legislative framework or implementation strategy on the one hand, or there is resistance to change by the private sector on the other, or a combination of factors that an outsider like me is not privy to. »

<sup>3235</sup> Constitution d'Afrique du Sud, article 29(2) : « Everyone has the right to receive education in the official language or languages of their choice in public educational institutions where that education is reasonably practicable. In order to ensure the effective access to, and implementation of, this right, the state must consider all reasonable educational alternatives, including single medium institutions, taking into account— (a) equity; (b) practicability; and (c) the need to redress the results of past racially discriminatory laws and practices. »

<sup>3236</sup> CCAS, 29 décembre 2017, *AfriForum and Another v University of the Free State* (Mogoeng Mogoeng), §3 : « Issues around language policy are as emotive as the language itself. This would be especially so where plans are afoot to effect changes that would water down the role or usage of language, particularly Afrikaans. For, Afrikaans has for many years been associated with dominion or power. Those whose mother tongue it is once ruled this country. And everything official had to also be in Afrikaans. It was a compulsory subject for all African learners and all law students. In at least five of our universities, Afrikaans was the only medium of instruction for decades. To get to the point where Afrikaans now appears to be driven to virtual extinction, as a university medium of instruction, was always going to give rise to disaffection, controversy or a suspicion that a less than innocent agenda was being pursued. », et §4 : « Extremely difficult, sensitive and potentially divisive as the language issue in general, and Afrikaans in particular, was and is bound to be for many years to come, the historical role of Afrikaans inescapably has to be confronted whenever possibilities of its use or disuse as a language of instruction are explored. After all, we come from a racially divided past to which Afrikaans was inextricably linked. »

<sup>3237</sup> *Ibid.*, §4 : « difficult transformational issue that requires a meticulous and detached handling by all true defenders and ambassadors of our constitutional vision. »

blanc » en plus d'une « machine de maintien de l'ordre »<sup>3238</sup>. « Notre nation » est décrite comme « en transition » d'une période inégalitaire qui persiste dans le système éducatif<sup>3239</sup>.

L'opinion insiste particulièrement sur l'émotion du juge lui-même. Aussi,

Les magistrats doivent être attentifs à ne pas se laisser emporter sentimentalement par les questions examinées. Aucune sympathie ou émotion, qu'elle soit manifeste ou subtile, ne doit s'immiscer, furtivement ou inconsciemment, dans leur approche des affaires devant eux, quand bien même les parties peuvent chercher à faire appel à leurs émotions.<sup>3240</sup>

On pourra aisément objecter que la présentation même de l'enjeu linguistique était émotionnelle en soi. Mogoeng Mogoeng donne alors une définition de l'interprétation qui ajoute le contexte au texte lorsque celui-ci n'est pas clair à l'issue de méthodes littérales et téléologiques ; le contexte est alors compris ainsi :

Pour répondre correctement à la question, nous devons utiliser les canons de l'interprétation constitutionnelle. Certains de ces outils d'interprétation, devenus aujourd'hui banals, sont le sens textuel ou grammatical ordinaire des mots, le contexte, la finalité, et la cohérence avec la Constitution. Le contexte intervient lorsque le sens grammatical ordinaire n'est pas particulièrement utile ou concluant. L'interprétation contextuelle exige que l'on tienne compte de l'inscription du mot ou de la disposition à interpréter avec une attention particulière à tous les mots, phrases ou expressions qui entourent le mot ou les mots à interpréter. Cet exercice peut même nécessiter la prise en compte d'autres sous-sections, sections ou du chapitre dans lequel se trouve le mot, la disposition ou l'expression à interpréter. De même, lorsqu'il est nécessaire de recourir à une interprétation téléologique, il se peut que l'objectif d'une disposition ne ressorte pas toujours clairement des mots ou expressions à comprendre. Dans ce cas, c'est à partir de l'ensemble des mots, des expressions, des articles, le cas échéant du chapitre ou de bien d'autres éléments qu'il convient parfois de rechercher ou d'établir l'objet de la disposition. Les valeurs ou les normes qui fondent notre démocratie constitutionnelle doivent parfois être prises en compte dans l'interprétation d'une disposition. En effet, aucune signification incompatible avec la Constitution

---

<sup>3238</sup> *Ibid.*, §6 : « *Multitudes of virtually unarmed students were detained, maimed and killed by the State law enforcement machinery. Then, it was a government led by predominantly Afrikaans-speaking people who sought to thrust their mother tongue upon others in the furtherance of sectional and self-serving white supremacist policies.* »

<sup>3239</sup> *Ibid.*, §49 : « *Our nation is still transitioning from an era of unrivalled racism and inequity that entailed the deliberate standardisation of the quality of education for black people, to non-racialism, equity and high quality education for all. Educational institutions are also grappling with challenges of access to opportunities to study or enrol for high cost disciplines like medical sciences and engineering where space is very limited.* »

<sup>3240</sup> CCAS, 8 novembre 2016, *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration* (Mogoeng Mogoeng), §13 : « *Judicial officers must be very careful not to get sentimentally connected to any of the issues being reviewed. No overt or subtle sympathetic or emotional alignments are to stealthily or unconsciously find their way into their approach to the issues, however much the parties might seek to appeal to their emotions* », cité par CCAS, 29 décembre 2017, *AfriForum*, *op. cit.*, §8.

ne doit prévaloir. Ce qui précède ne signifie pas que le processus d'interprétation est un exercice compartimenté. Dans la pratique, ces éléments se mettent en œuvre sans effort en raison de leur interconnexion.<sup>3241</sup>

L'émotion est donc tempérée par le recours à une vision particulièrement formelle de l'interprétation, quand bien même elle fait appel à une lecture systémique de l'énoncé. Le contexte apparaît comme un supplément aidant à l'interprétation – et non l'interprétation elle-même – conformément à l'approche interprétative générale de la Cour. Le jugement se préoccupe ensuite des mots de l'article 29(2) sur les politiques raisonnables à mettre en œuvre concernant le droit à recevoir une éducation dans la langue officielle de son choix, dont l'Afrikaans fait partie. L'opinion de Mogoeng Mogoeng conclut néanmoins, en faisant appel au contexte historique rappelé avec cette veine sensible et éloquente qui lui est propre, que l'organisation requérante ne pouvait faire appel de la décision rejetant sa demande au motif que la politique menée ne visait pas à prohiber l'usage de la langue Afrikaans mais simplement à ne pas le privilégier particulièrement au vu des ressources et des langues pratiquées par les étudiants, notamment l'Anglais. Par comparaison, le jugement rendu par Edwin Cameron sur un même enjeu est nettement plus mesuré dans le ton<sup>3242</sup>. L'université de Stellenbosch avait décidé d'abandonner les cours entièrement donnés en Afrikaans, tout en préservant la langue dans certains cours, à la suite d'une étude montrant que les étudiants Afrikaners parlaient l'anglais, tandis que les étudiants noirs qui ne parlaient pas Afrikaners se sentaient discriminés. La Cour estime une telle décision raisonnable et rejette la requête de l'organisation qui défendait la langue Afrikaans. L'opinion majoritaire reste mesurée, sauf lors d'une brève mention finale à la difficulté posée par « l'envahissement » par la langue anglaise et que la requérante était fondée à se soucier selon la Cour<sup>3243</sup>. Mogoeng Mogoeng rédige d'ailleurs une

---

<sup>3241</sup> *Ibid.*, §42, 43 et 44 : « To answer this question correctly requires that we employ canons of constitutional interpretation. Some of those key interpretive aides that have by now become trite are the textual or ordinary grammatical meaning, context, purpose and consistency with the Constitution. Context comes into operation where the ordinary grammatical meaning is not particularly helpful or conclusive. And contextual interpretation requires that regard be had to the setting of the word or provision to be interpreted with particular reference to all the words, phrases or expressions around the word or words sought to be interpreted. This exercise might even require that consideration be given to other subsections, sections or the chapter in which the key word, provision or expression to be interpreted is located. The meanings and themes emerging from that reflection would then reveal the overall thrust that cannot justifiably be veered away from. Similarly, where it is necessary to resort to a purposive interpretation, the purpose of a provision might not always be readily apparent from the words or expressions sought to be understood. When that is so, it is from the totality of the words, expressions, sections, if necessary the Chapter or much more that the purpose does at times have to be sought or made out. The values or norms foundational to our constitutional democracy may at times have to be taken into account in construing any provision. For, no meaning inconsistent with the Constitution ought to prevail. None of the above should be understood to mean that the process of interpretation is a regimented or compartmentalised exercise. In practice, they tend to kick into operation effortlessly because of their interconnectedness. »

<sup>3242</sup> CCAS, 10 octobre 2019, *Gelyke Kanse and Others v Chairperson of the Senate of the University of Stellenbosch and Others* (Edwin Cameron).

<sup>3243</sup> *Ibid.*, §48 : « Afrikaans has been recognised in this Court as “one of the cultural treasures of South African national life”. The flood-tide of English risks jeopardising the precious value of our entire indigenous linguistic heritage. Gelyke Kanse is entitled to invoke that risk. This is because the march of history both in South Africa and globally seems relentlessly hostile to minority languages, including Afrikaans, which is the mother tongue of some seven million on a planet inhabited by seven billion people. »

opinion concurrente dont le principal objet est de citer son opinion majoritaire antérieure sur le sujet<sup>3244</sup>.

On retrouve donc, malgré la précaution explicite, un usage émotionnel de l'idéal constitutionnel, objectivé dans le recours au contexte et à une théorie formelle de l'interprétation. Il est frappant que les jugements de Mogoeng Mogoeng soient si éloquents à la fois dans la présentation de la norme et dans son lien avec la réalité sociale, tout en associant les deux dans un « nous » qui renvoie à l'unité nationale. Sans considérer, comme le faisait Edwin Cameron, qu'il s'agit toujours d'une vision subjective. L'opinion dissidente rédigée par Johan Froneman estime que la Cour avait tort de rejeter l'appel sans examiner le fond pour une question de « légitimité » de la décision<sup>3245</sup>. Surtout, le juge assume à la première personne avoir été lui-même éduqué en Afrikans et parler de son point de vue<sup>3246</sup>. Johan Froneman renvoie à « l'ironie » d'une langue Anglaise enseignée sans paraître marquée par l'oppression alors qu'elle est un import colonial<sup>3247</sup> et poursuit un argument développé déjà en 2016 en dissidence du jugement de Mogoeng Mogoeng sur les noms des rues, en estimant qu'on ne peut considérer que l'usage d'un droit ne peut constituer en soi une discrimination au sens de la Constitution<sup>3248</sup>. S'il ne diffère pas de la conclusion relative à la politique mise en place, le juge estime qu'il fallait permettre l'examen au fond de la question de savoir si le droit subjectif concerné avait été violé. Il ajoute que la disparition de l'Afrikaans est documentée et devrait donc permettre un examen de la violation des droits culturels<sup>3249</sup>, lesquels ont précisément été inscrits dans la Constitution afin de préserver la population blanche Afrikaner, qu'il faut selon l'opinion dissidente envisager comme une « minorité<sup>3250</sup> ». La Cour serait alors un lieu de débat « rationnel et objectif » d'une question « émotionnelle » de la société sud-africaine<sup>3251</sup>.

L'opinion dissidente présente enfin un propos bilingue en deux colonnes qui vise à présenter les effets de la décision pour les Afrikaners : Johan Froneman demande avec pathos si « tout est perdu ? » et renvoie « à la jeune génération », en citant la Cour lorsqu'elle évoque la langue Afrikaans

---

<sup>3244</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Mogoeng Mogoeng, §52-63.

<sup>3245</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, rejoint par Cameron et Pretorius, §82.

<sup>3246</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §84 : « *This is a dissenting judgment that concerns language. It is best to acknowledge and take responsibility for "one's own ideological positioning within the disciplinary constraints and commitments of one's craft". My home language is Afrikaans and I went to a parallel medium of instruction school in Bloemfontein. That inevitably colours my perspective – as their own different backgrounds do for that of my colleagues – but the hope is that rational and critical self-reflection keeps our individual subjectivity at bay in pursuit of detached legal reasoning.* », citant CCAS, 11 décembre 2017, *Salem Party Club and Others v Salem Community and Others* (Edwin Cameron), §68.

<sup>3247</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §93.

<sup>3248</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §112-117.

<sup>3249</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §121.

<sup>3250</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §124.

<sup>3251</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §125 : « *A public hearing in this Court, where important and emotive issues are debated rationally and objectively, would have allayed any unjustified fears that people may harbour. The merits of the appeal should have been considered in a manner that took into account the wider context and the interests of those others to whom I have referred. This has not been done, to my deep regret.* »



comme un patrimoine ou un trésor à préserver<sup>3252</sup>. Cet exercice rare apparaît comme une démonstration d'un discours judiciaire inclusif. Ce sont alors deux discours qui s'expriment avec une clarté rare sinon inédite parmi les décisions de la Cour. D'un côté, l'opinion majoritaire rédigée par un juge noir particulièrement engagé sur les questions d'égalité (hors de la sphère économique) renvoie à un esprit du texte constitutionnel et à un contexte affectif et social de l'idéal sud-africain pour rejeter une demande visant à examiner la violation des droits d'une population associée à l'Apartheid. D'un autre côté, un juge revendique une appartenance à la communauté Afrikaner pour appeler la Cour à l'inclusivité vis-à-vis d'une minorité qu'il s'agit alors de dissocier du passé, en l'absence, en l'espèce, de toute qualification de discrimination particulière, que le juge Froneman ne vise bien sûr pas à nier.

Johan Froneman apporte un autre argument dans une opinion concordante ultérieure, dans une décision concernant les cours donnés en anglais plutôt qu'en afrikaans à l'université de Stellenbosch cette fois-ci. S'il admet la force du précédent et n'est donc plus en dissidence vis-à-vis du dispositif<sup>3253</sup>, le juge dit vouloir produire un « récit sceptique » vis-à-vis de la dominance de l'anglais, que l'opinion majoritaire ne reconnaît qu'avec « candeur »<sup>3254</sup> : le juge Froneman estime que la difficulté d'un tel glissement linguistique vers l'Anglais a pour effet paradoxal de valoriser les élites anglophones et donc d'avoir un effet négatif sur les inégalités socioéconomiques, notamment parce que la langue de la classe populaire de la province du Cap est l'Afrikaans. Dès lors, les personnes noires marginalisées par la pauvreté doivent apprendre l'anglais rapidement si elles souhaitent réussir<sup>3255</sup>. Sur une question linguistique, l'échange des opinions au sein de la Cour ramène ainsi un récit socioéconomique contextuel dans le récit national, ici pour pointer le paradoxe de la lutte contre les discriminations historiques portées par la langue de l'Apartheid. Steve Majiedt a par exemple rendu un tel jugement bilingue en deux colonnes<sup>3256</sup>. L'association Afriforum contestait cette fois-ci une politique provinciale et la Cour lui donne raison en se fondant sur l'article 29(2) en s'appuyant sur un contre-récit du type de celui déjà produit par Johan Froneman, largement cité d'ailleurs : la Cour établit que l'Afrikaans est principalement parlée par des personnes noires et pauvres, et donc qu'elle ne peut être décrite comme la « langue de l'opresseur » ainsi que le faisait

---

<sup>3252</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §129-135.

<sup>3253</sup> CCAS, *Gehyke Kanse and Others v Chairperson of the Senate of the University of Stellenbosch and Others*, *op. cit.*, opinion concordante de Johan Froneman, §64-98. Aussi, « *This binding precedent is buttressed by recognising that, substantively, South Africa's history and current inequality entail that the white Afrikaans-speaking minority, because of its historically and currently privileged position, cannot exact the same treatment as historically disadvantaged minorities.* » (§64).

<sup>3254</sup> Le juge Froneman souhaite produire une opinion concurrente « *because, looking to the future, I believe a cautionary tale is needed* » (§65) et plus largement, *Ibid.*, §76-77.

<sup>3255</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Johan Froneman, §78 : « *The grim message that seems to be sent to this segment of extremely marginalised brown people, is that, if they are be accommodated, they need to grow out of poverty and learn English fast.* »

<sup>3256</sup> CCAS, 22 septembre 2021, *Chairperson of the Council of UNISA v AfriForum NPC* (Steve Majiedt).

le gouvernement provincial<sup>3257</sup>. L’Afrikaans est au contraire une langue « arc-en-ciel » issue d’un « merveilleux paradoxe de la créativité humaine »<sup>3258</sup>. La Cour produit alors une histoire de la langue et des peuples sud-africains<sup>3259</sup> qui s’apparente à une leçon donnée au pouvoir politique à partir de l’état de la société lui-même informé par de nombreuses références issue de la recherche.

Une opinion concordante de Johan Froneman explique mieux encore les tensions qui ont lieu au sein de la Cour dans les années 2010. Alors que la Cour proclame l’effet horizontal direct des obligations positives des droits vis-à-vis d’un propriétaire qui n’avait pas voulu que son occupante, qui travaillait dans son exploitation, rénove son logement, le juge Froneman dit avoir lu l’opinion majoritaire « avec un sentiment de honte » et « le sentiment d’être contraint de rédiger son opinion », qu’il associe aux mots d’un écrivain anglophone qui observait l’adhésion des Afrikaners à l’Apartheid<sup>3260</sup>. La Constitution impose en effet selon lui de construire une société qui résolve les injustices du passé, mais aussi de les admettre<sup>3261</sup>. Or,

Quiconque parcourt notre belle campagne ne peut s’empêcher de constater que les conditions de vie des travailleurs qui vivent dans les exploitations agricoles ne répondent pas toujours à des normes conformes à la dignité humaine. Il est certain que les choses se sont améliorées, mais malheureusement pas de manière uniforme. [...] Rappelons qu’il s’agit ici de niveler des sols, d’établir un système d’eau courante avec un lavabo dans la maison, d’ajouter une fenêtre supplémentaire et de poser un pavement à l’extérieur. Des choses ordinaires, basiques. Beaucoup d’entre nous, qui considérons ces commodités quotidiennes comme allant de soi, ne semblent pas considérer comme un problème le fait que d’autres en soient privés. Une explication partielle pourrait être qu’il s’agit simplement d’une discrimination de race ou de classe. Dans la mesure où il est expressément reconnu que la discrimination en est la cause, la réponse courte est que la Constitution l’interdit.

---

<sup>3257</sup> *Ibid.*, §19 : « It bears emphasis that, to simplistically style Afrikaans as having a one-dimensional history and existence as “the language of the whites”, and as “the language of the oppressor”, is entirely misconceived and flies in the face of the true history of its origins and development sketched above. »

<sup>3258</sup> *Ibid.*, §21 : « While Afrikaans originated out of oppression and continued to be a tool of oppression, its subsequent development into a heterogeneous, “rainbow” language, spoken today by more black people than white people, is a marvellous paradox of human ingenuity and creativity. Recognising the major role played by lowly indigenous peoples and enslaved people in its history and development is crucial ». Citant notamment la contribution auprès de la Cour de l’écrivain Breyten Breytenbach : « Afrikaans is the living and changing and change-making outcome of diverging and at times conflicting histories. These diverse origins characterised by adaptation, conquest, subjugation, oppression, survival, resistance, transformation – descended from European dialects, Malay, Portuguese, seafarer language, Khoi languages, Arabic Afrikaans, the Qur’an and the Bible, the courts and churches and kitchens and hospitals and vineyards and factories of our country – have made Afrikaans a unique hybridisation that finds unity as a Creole language which is the verbalisation of the complex world in which we move »

<sup>3259</sup> *Ibid.*, §11-19.

<sup>3260</sup> CCAS, 11 mai 2017, *Daniels v. Scribante and Another* (Mbuyiseli Madlanga), opinion dissidente de Johan Froneman, §109-110.

<sup>3261</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §110 : « The Constitution affords us all the opportunity to attempt to develop a society where the injustice of the past can be addressed without the denial of the dignity, freedom and equal treatment of all the inhabitants of this country. It is an opportunity that we dare not ignore. However, the preamble to the Constitution asks more of us before we can seize the opportunity it grants, and that is that the injustices of the past be acknowledged. »

Mais souvent, notre réaction semble être la surprise et le déni lorsque nous sommes étiquetés comme racistes ou autrement discriminatoires lorsque nous acceptons cette existence indigne des autres, mais que nous ne l'acceptons pas pour nous-mêmes. Ce sont les raisons sous-jacentes de ce déni ou de cet évitement d'un état de fait clairement inacceptable et injuste que je tente d'aborder.<sup>3262</sup>

Johan Froneman détaille alors une « reconnaissance honnête et approfondie des injustices passées », une analyse de la propriété et l'acceptation, plutôt que « l'évitement », des conséquences du changement constitutionnel<sup>3263</sup>. Il raconte alors comment, « pour nous qui avons grandi dans des fermes », en renvoyant donc à sa propre expérience, la différence avec ceux qui y travaillaient était naturelle : « nous et eux étions différents »<sup>3264</sup>. Le juge cite de nombreux ouvrages historiques pour raconter la mise en place de l'Apartheid par un processus d'exclusion des non-blancs au profit des Afrikaners blancs pauvres qui vivaient dans les zones rurales. C'est principalement dans le droit de propriété, continue-t-il, que s'est inscrit le privilège des blancs, en primant notamment sur les autres droits<sup>3265</sup>. Si l'oubli de l'histoire permet d'éviter d'interroger le rôle actuel de la propriété dans l'inégalité des richesses et des situations en Afrique du Sud, un tel déni est également produit aujourd'hui, y compris dans « la justification des règles juridique », par l'économie de marché et la capacité des discours économiques à cacher leurs présupposés politiques, tandis que le droit constitutionnel à la dignité « ne s'adapte pas bien au marché », notamment dans l'affaire en cause,

---

<sup>3262</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §111-114 : « *Anyone who travels through our beautiful countryside cannot help but notice that the living conditions of workers who live on farms do not always meet a standard that accords with human dignity. There is little doubt that things have improved, but unfortunately not uniformly so. (...) Remember, what is at stake here is the levelling of floors, the establishing of a system of running water with a washbasin in the house, the addition of another window and the laying of paving outside. Ordinary, basic, things. Many of us who take these basic everyday conveniences for granted, appear not to view it as a problem that others are denied them. Why not? A partial explanation may be that it lies in simply race or class discrimination. To the extent that there is express recognition that discrimination is the reason, the short answer is that the Constitution prohibits that. But often our reaction appears to be one of surprise and denial when we are labelled as racist or otherwise discriminatory when we accept this undignified existence of others, but do not accept it for ourselves. It is the underlying reasons for this denial or avoidance of a clearly unacceptable and unjust state of affairs that I attempt to address.* »

<sup>3263</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §115 : « *We and they were different.* »

<sup>3264</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §116.

<sup>3265</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §134 : « *First, this conception rests on the content given to the nature of ownership and property in a particular period in the history of Europe, namely the struggle between the modern civil law and feudal law, as well as the socio-political struggle against feudal oppression. It was important for the struggle to attain individual political and economic freedom to ground the idea of an all-encompassing right of ownership in one person in order to prevent or lessen feudal burdens on it. This conception of property creates a hierarchy of rights with ownership at the top, and lesser real and personal rights that may in circumscribed circumstances subtract from it. That this conception of property and ownership played an important role in the establishment of individual freedom in the development of western capitalism does not, however, mean that its continued existence in this form must be accepted as a given under the Constitution.* »

où l'occupante était soumise au bon vouloir de son propriétaire, libre d'exercer son droit<sup>3266</sup>. Le juge donne alors une vision de l'économie comme simple calcul vers la parfaite compétition<sup>3267</sup>.

La controverse porte alors sur le rôle même du juge et des opinions judiciaires jusqu'à atteindre un degré de transparence qui n'avait jamais été vu dans la jurisprudence de la Cour. Edwin Cameron rédige une opinion concordante qui répond à l'opinion majoritaire et à l'opinion concordante du juge Froneman, avec une sincérité égale à ce dernier :

La première opinion ne se contente pas de résoudre le litige. Elle donne également une voix à l'histoire : un récit douloureux et, pour moi, honteux, de la dépossession des terres des Noirs par les Blancs - avec le chagrin, la douleur, la destruction et la privation matérielle choquantes qui en ont résulté. Cela sert, pour reprendre les termes choisis dans la première opinion, de toile de fond interprétative pour le jugement de l'affaire. Je souscris, délibérément, à cet exposé. De même, je souscris à l'opinion émouvante et exceptionnellement émotive rendue en afrikaans par Froneman [...]. Dans les deux cas, je le fais après avoir hésité. Pourquoi ? Parce que ni l'un ni l'autre des récits historiques de mes collègues ne peut être considéré - et ne peut s'attendre à être considéré - comme autre chose que des reflets partiels et incomplets du passé fracturé de notre pays. Ils ne sont ni impartiaux ni complets. De fait, l'histoire de notre pays est omniprésente lorsque l'on applique la Constitution et la législation réparatrice qui en découle. Cette histoire n'est pas toujours directement utile à la détermination de l'affaire. Pourtant, elle réclame souvent de trouver une voix. Et pourtant, dans le même temps, j'hésite, parce qu'il n'est pas de la compétence des juges d'écrire l'histoire. Les récits présentés par les opinions de mes collègues n'ont pas été expressément évoqués lors des plaidoiries devant nous. Aucune des parties n'y a fait référence. Nous n'avons pas eu le bénéfice des approches contradictoires des parties ni de leurs observations à ce sujet. Et les parties ne nous

---

<sup>3266</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §138s, notamment §140 : « *Economic efficiency may be one important justification for legal rules. But economic growth can often blind us to the limits of market-based exchanges and the distributional assumptions that underlie them. Ms Daniels's plight is a good illustration of the inadequacy of mere economic efficiency as a legal justification in an open and democratic society based on human dignity, equality, and freedom. Were we to follow the common law absolutism and vest in the Scribantes the sole right to make improvements to an occupier's property, what price would they demand in exchange for this and with what funds would the impoverished Ms Daniels finance her dignity? The right to dignity does not easily fit into the subject of a market exchange.* »

<sup>3267</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Johan Froneman, §141 : « *To get to this economically efficient outcome, one must assume an intellectual construct of perfect competition: large numbers of buyers and sellers motivated by self interest to maximise their utilities and profits, without control over market prices; prices serve as indicators of scarcity; products are standardised or homogenous; there are no entry or exit barriers; buyers and sellers are fully informed on the terms of market transactions; resources are held in private property with rights fully defined and assigned; and these rights and prevailing laws are fully enforced through the State.* ». Dès lors, *ibid.*, §142 : « *It is a brave economist who argues today that our society is still in a better shape, in an economically efficient sense, on the basis of the historical allocation of property rights to white people only. There is little reason to assume that a different "initial distribution" of property rights, not based on race and class exclusion, would not also have been economically efficient. The most basic assumptions for these status quo economic efficiency arguments are lacking.* »

ont présenté aucune des sources historiques auxquelles mes collègues se réfèrent et qu'ils citent. Cela signifie que nous nous situons sur un terrain instable. Et nous pourrions perdre pied.<sup>3268</sup>

Le principal risque pour le juge est que des questions surviennent devant la Cour qui font appel à « au récit historique collectif de notre pays » dans un temps de « rhétorique colérique et d'attitudes intransigeantes »<sup>3269</sup>. Aussi,

Les première et deuxième opinions nous rappellent à tous - et rappellent aux Blancs en particulier, aux personnes comme moi, aux avocats qui ont grandi avec les avantages, à la fois accumulés et immédiats, de leur couleur de peau dans une société qui a délibérément décidé de les privilégier, aux Blancs qui sont encore la majorité dans notre profession et probablement encore la majorité des lecteurs de nos jugements - que le passé n'en a pas fini avec nous ; qu'il n'est pas passé ; qu'il ne nous laissera pas en paix tant que nous n'aurons pas pris en compte ses revendications en matière de justice. Lorsque des choses importantes sont dites, lorsque des vérités insuffisamment entendues sont exprimées, il n'est pas bon de se cacher derrière les indéterminations de l'histoire et l'inévitable incomplétude et partialité de son récit.<sup>3270</sup>

D'une manière extrêmement rare dans l'histoire de la Cour, non seulement s'expose une divergence de vues, mais aussi une divergence vis-à-vis du rôle de la Cour dans l'espace public et contesté des récits nationaux. Johan Froneman, en liant sa sensibilité personnelle à une présentation de l'histoire sud-africaine, poursuit la voie tracée par Albie Sachs, mais l'éloquence parfois lyrique de ce dernier laisse place à une radicalité assumée, et même l'expression de regrets. La réponse d'Edwin Cameron, sorti de sa retenue usuelle – ce qui est un effet du style déployé par Johan Froneman – illustre très bien de son côté l'économie du discours de la Cour. On trouve plus difficilement qu'en Colombie

---

<sup>3268</sup> *Ibid.*, opinion dissidente d'Edwin Cameron, §146-149 : « *The first judgment does more than despatch the dispute. It also gives voice to history: an aching and, for me, shaming, account of dispossession from land of black people by white people – with the grief and pain and dislocation and shocking material deprivation this led to. This serves, in the word the first judgment chooses, as interpretative background to the case's adjudication. With deliberateness, I concur in that exposition. Equally, I concur in the moving and unusually feelingful Afrikaans-language judgment of Froneman (...). In both, I do so after hesitating. Why? Because neither of my colleagues' historical accounts may be taken – could expect to be taken – as other than partial and incomplete reflections of our country's fractured past. They are neither impartial nor complete. Yet our country's history is omnipresent when one applies the Constitution and the reparative legislation that flowed from it. That history is not always directly functional to the determination of the case. Yet it often cries out for voice. And yet I feel hesitation, too, because it is not within the primary competence of judges to write history. The histories in my colleagues' judgments were not expressly in issue during argument before us. Neither side referred to them. We did not have the benefit of the parties' contesting approaches to or submissions on them. And the parties placed before us none of the historical sources my colleagues refer to and quote from. This means we are on spongy ground. And we could lose our step. Especially where accounts are incomplete and where they are not directly functional to the determination of the dispute.* »

<sup>3269</sup> *Ibid.*, opinion dissidente d'Edwin Cameron, §152-153.

<sup>3270</sup> *Ibid.*, opinion dissidente d'Edwin Cameron, §154-155 : « *The first and second judgments remind us all – and remind white people in particular, people like me, lawyers who grew up with the benefits, both accumulated and immediate, of their skin colour in a society that deliberately set out to privilege them, white people who are still the majority in the profession and probably still the majority readers of these reports – that the past is not done with us; that it is not past; that it will not leave us in peace until we have reckoned with its claims to justice. When important things are being said, when insufficiently heard truths are being spoken, it is bad to hide behind the indeterminacies of history and the inevitable incompleteness and partiality of its telling.* »

des juges qui admettent une position militante, même objectivée ; l'humilité de la Cour se comprend aussi comme une manière de s'effacer. Cameron a été plus clair encore en opposant à Johan Froneman un rappel à l'humilité face aux écritures et réécritures de l'histoire par le discours judiciaire<sup>3271</sup>. Dans une décision reconnaissant les droits d'une communauté sur l'usage de terres dont elle n'est pas propriétaire, Edwin Cameron renvoie à l'histoire et ses lectures à l'aune des valeurs d'aujourd'hui. Il admet dans un rare exercice de transparence judiciaire que le jugement de la Cour repose sur des un positionnement idéologique :

Il n'existe pas de point d'Archimède à partir duquel l'histoire peut être comprise, interprétée ou écrite, en dehors de sa propre époque, de ses circonstances matérielles ou de ses appartenances sociales. Il en va de même pour tous les jugements. Cela ne signifie pas que l'histoire, ou d'autres jugements normatifs, y compris les déterminations judiciaires, deviennent une foire d'empoigne d'interprétations subjectives. Il s'agit simplement d'exiger un soin scrupuleux dans la reconnaissance et la responsabilité de son propre positionnement idéologique dans le cadre des contraintes disciplinaires et des engagements de son métier. Cette Cour a explicitement reconnu que cela était vrai pour ses propres jugements. Le système de valeurs normatives auquel nos tribunaux sont tenus d'adhérer et d'exposer est celui qui est inscrit dans la Constitution. L'interprétation et l'application de ce système de valeurs exigent également que l'on prenne soin d'admettre ses propres prédispositions et idées préconçues.<sup>3272</sup>

Ce positionnement n'en demeure pas moins objectivité dans l'opinion du juge, paradoxalement, lorsqu'il renvoie au système de valeur de la Constitution et le ramène vers des « contraintes<sup>3273</sup> ». Il est le signe d'un recours consensuel aux principes qui était plus présent dans les années 2010 et qui semble céder le pas dans la jurisprudence depuis une dizaine d'années. Edwin Cameron semblait donner une explication en 2016 en évoquant la virulence des récits publics. Il renvoie même dans son opinion à une requête, rejetée par la Cour, dans laquelle des communautés de la région du Cap antérieures à l'arrivée des noirs africains comme des blancs réclamaient le statut de Première nation contre les « identités fabriquées » par les gouvernements<sup>3274</sup>.

---

<sup>3271</sup> Voir *infra*, chapitre 8, section 2, §1, B., 3.

<sup>3272</sup> CCAS, 11 décembre 2017, *Salem Party Club and Others v Salem Community and Others* (Edwin Cameron), §68 : « *There is no Archimedean point from which history can be understood, interpreted or written, outside one's own time, material circumstances or social allegiances. That is true of all judgements. This does not mean that history, or other normative judgements, including judicial determinations, become a free-for-all of subjective interpretation. It merely serves to enjoin scrupulous care in acknowledging and taking responsibility for one's own ideological positioning within the disciplinary constraints and commitments of one's craft. This Court has explicitly acknowledged that this is true of its own judgments. The normative value system our courts are required to adhere to and expound is that embedded in the Constitution. Interpreting and applying this value system, too, requires care in owning up to one's own predispositions and preconceptions.* »

<sup>3273</sup> *Ibid.*, §69 : « *So understanding history, like adjudication, is a necessarily value-laden task. This does not free us from the constraints of the evidence in seeking the truth or truths the materials and sources yield.* »

<sup>3274</sup> *Ibid.*, opinion concordante d'Edwin Cameron, §149.

## §2. La Cour constitutionnelle de Colombie, acteur politique par elle-même

Selon un chemin similaire à celui de l’Afrique du Sud, la Colombie a connu un constitutionnalisme qui s’est confronté au pouvoir politique (A) tout en intégrant un récit national (B). Sauf que la Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré une position militante en rationalisant une vision non-représentative de la démocratie par les droits face à des élites politiques jugées défaillantes.

### A. La Cour comme pouvoir

La Cour constitutionnelle de Colombie s’est opposée au pouvoir politique à de nombreuses reprises (1) alors même qu’un récit politique dominant dans le pays n’est pas favorable aux droits (2).

#### 1. La Cour face au pouvoir politique

En Colombie, les juges bénéficient historiquement d’une certaine indépendance. C’est paradoxalement durant la brève dictature militaire entre 1953 et 1957 que se met en place la procédure de cooptation au sein de la Cour suprême et du Conseil d’État qui garantissent leur indépendance, et celle des juges qu’ils nomment, au prix d’un corporatisme qui va susciter une critique constante envers le système judiciaire colombien, tout en constituant sa force face au pouvoir politique. Sous le *Frente nacional*, les libéraux et les conservateurs s’intéressent peu aux juges et ces derniers sont rarement un obstacle<sup>3275</sup>. En revanche, des conflits naissent entre la Cour suprême et le pouvoir politique à partir des années 1970, lorsque notamment la Cour suprême bloque plusieurs réformes progressistes et les projets de révision constitutionnelle, tandis que les états d’urgence, eux, deviennent la norme, si bien que la création de la Cour constitutionnelle répond à la fois au désir de composer une juridiction suprême d’une manière que le pouvoir politique peut mieux contrôler et à une volonté réelle de contrôler les pouvoirs de l’exécutif, ce qui fonctionne, puisque les états d’urgence sont pour beaucoup annulés par la Cour à partir de 1991<sup>3276</sup>. La Cour constitutionnelle de Colombie a été créée dans un contexte politique particulier où un président libéral a mené une réforme constituante qui répondait à l’épuisement du *Frente nacional*, contesté par la rue et les mouvements sociaux, alors que la violence politique atteignait un point rare<sup>3277</sup>. Un

---

<sup>3275</sup> Voir R. UPRIMNY YEPES, « Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia », in B. de S. SANTOS, M. GARCIA VILLEGAS (dir.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, Santafé de Bogotá, Colombie, Colciencias : Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas : Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra : Instituto Colombiano de Antropología e Historia : Universidad Nacional de Colombia : Siglo del Hombre Editores, 2001.

<sup>3276</sup> Sur la déférence réelle ou supposée de la Corte suprema de justicia, voir *supra*, Chapitre 1, section 1, §2.

<sup>3277</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

paradoxe est que l'Assemblée constituante nouvellement créée a vu élire en son sein un tiers de représentants qui ne ressortaient pas du parti libéral ou du parti conservateur qui se partageaient exclusivement le pouvoir depuis les années 1950, mais incluait une milice démobilisée, des mouvements autochtones et des mouvements sociaux, le parti libéral du président est resté au pouvoir et a été ensuite remplacé par le parti conservateur. Au fil des recompositions de ce dernier, les dirigeants conservateurs ont ainsi mené une politique similaire à celle qui avait vu le régime contesté en 1991<sup>3278</sup>. La Cour constitutionnelle s'est alors trouvée dans une situation où elle avait à garantir une constitution née dans un moment d'ambition politique sociale qui ne s'est pas retrouvée dans les politiques publiques.

Dès 1992, la Cour constitutionnelle de Colombie a développé une approche de la démocratie qui pouvait être dissociée de la représentation. La justice constitutionnelle est située par la Cour elle-même dans un dépassement de l'État, de la bureaucratie, et du parlementarisme. Dans sa célèbre décision de 1992 qui rationalise le rôle de la juridiction et une théorie des droits fondamentaux, la Cour affirme que l'affaiblissement du législatif, la place croissante de l'exécutif et la complexité de l'État social appellent à un « renforcement du pouvoir judiciaire »<sup>3279</sup>. Si l'on ne comprend pas bien pourquoi « l'État libéral » dans cette lecture serait invariablement « interventionniste »<sup>3280</sup>, et mènerait si logiquement à l'essor des droits fondamentaux à l'encontre de la loi, on retrouve ici une lecture évolutionniste courante des systèmes juridiques contemporain qui voit dans la garantie des droits par un juge la contrepartie logique à l'accroissement progressif de la quantité de législation et de la bureaucratie<sup>3281</sup>. L'essor progressif des droits sociaux viendrait du fait que l'État social aurait créé de nouveaux acquits, lesquels se trouveraient garantis par la même occasion que les libertés face au « gigantisme » de l'État en général<sup>3282</sup>.

---

<sup>3278</sup> Voir supra, chapitre 3, section 1.

<sup>3279</sup> CCC, T-406/92 (Ciro Angarita Baron), §8-15, notamment §9 : « *el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo. (...) La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social.* »

<sup>3280</sup> *Ibid.* et voir supra, chapitre 5, section 2, §1, A., 2.

<sup>3281</sup> M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Economica, 1990, trad. L. Favoreu, p. 23-57.

<sup>3282</sup> *Ibid.*, p. 44 et 52. Dès lors, pour Mauro Cappelletti, la création des cours constitutionnelles répond à la même logique que celle des agences et organismes régulation pour démembrer un État social trop important. Il est à noter que l'ouvrage de Mauro Cappelletti est cité (sans référence précise) par Giro Angarita Barón dans la décision T-406/92, *op. cit.*, §6.



La Cour n'a pourtant pas tant été créée pour mettre en œuvre les droits sociaux – dont elle a fait le cœur de sa jurisprudence et de sa légitimité – que pour répondre à un sentiment plus vaste à l'égard de l'« hégémonie partagée » des partis libéraux et conservateurs du *Frente nacional*, dont la fermeture démocratique est associée à la rigueur des états d'urgence et de la réponse militaire au conflit armé<sup>3283</sup>. Il est alors attendu de la Cour qu'elle résolve une crise de nature démocratique et partisane en garantissant le processus électoral<sup>3284</sup> et la procédure législative<sup>3285</sup>. La jurisprudence de la Cour a fait obstacle aux recours à l'état d'urgence, dont le nombre a considérablement réduit<sup>3286</sup>. La Constitution de 1991 en prévoit trois types avec diverses conditions et un contrôle sur les décrets pris par l'exécutif dans ce cadre ; la Cour a toutefois estimé qu'elle devait également exercer un contrôle des conditions du déclenchement du régime<sup>3287</sup>. La Cour a notamment fondé son contrôle, qui n'était prévu par aucun texte, par « la primauté de la Constitution » et sa « mission d'en préserver l'intégrité et la suprématie » tandis qu'à l'inverse, l'absence de contrôle substantiel aboutirait à

---

<sup>3283</sup> Il est mis fin à « *the doctrine of the shared hegemony, the parity between liberalism and conservatism, and the total negation of the electoral and political rights of those who were not affiliated to the official parties* », A. GARCÍA, « Colombia : Medio siglo de historia contemporánea », in P. GONZÁLEZ CASANOVA (dir.), *América Latina. Historia de medio siglo*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1977, p. 178-230, p. 210, cité et traduit par R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University press, 2013, p. 123. Sur une reprise du concept d'hégémonie à partir d'Antonio Gramsci, et le rôle contre-hégémonique du juge, voir S.D. RUIZ DIAZ ARCE, L.M. VARGAS VARGAS, C.M. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo: los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *Revista de direito*, vol. 11, n° 2, 2019, p. 165-215, spec. p. 177, pour quoi « *es en el contexto del Frente Nacional que surge la guerra de guerrillas con la idea de toma del poder por la vía armada ante la imposibilidad de hacerlo por vías electorales* ». Pour une discussion du concept d'hégémonie dans ce contexte, voir *infra* chapitre 7.

<sup>3284</sup> Par exemple, exigeant de l'État qu'il mette en œuvre les mesures visant à permettre aux autochtones de se présenter aux élections au-delà des seuls districts qui leur sont dédiés en vertu de l'article 176 de la Constitution, au motif des principes constitutionnels de pluralisme et du multiculturalisme, CCC, T-778/05 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>3285</sup> Voir CCC, C-754/04 (Alvaro Tafur Galvis) (condamnant la fermeture immédiate de la session). CCC, 760/01 (Marco Gerardo Monroy Cabra et Manuel José Cepeda Espinosa) (censurant une loi du fait que l'ensemble des débats n'ont pas été publiés). CCC, C-801/03 (Jaime Córdoba Triviño) (censurant des amendements du fait qu'une commission ne les a pas discutés en vue de les faire adopter plus aisément en séance plénière). De manière significative, la Cour censure la loi de 2003 qui augmentait la TVA sur les produits de première nécessité, outre au motif des droits à la vie et à la subsistance, en se fondant notamment sur le manque de délibération au Congrès, CCC, C-776/03 (Manuel José Cepeda Espinosa), §VIII 4.5.0.

<sup>3286</sup> L'urgence a duré 17% du temps de 1991 à 2002, contre 80% de 1970 à 1991, R. UPRIMNY YEPES, « The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Measures in Colombia », *Democratization*, vol. 10, n° 4, 2010, p. 46-69.

<sup>3287</sup> Là où la Cour suprême s'était jugée incompétente, avant 1991, pour juger du fond des déclarations d'état d'urgence, la Cour constitutionnelle, sur le fondement du nouveau texte constitutionnel (article 213) les a tous jugés : elle en a déclaré quatre inconstitutionnels (CCC, C-004/92 (Eduardo Cifuentes Munoz). CCC, C-300/94 (Eduardo Cifuentes Munoz). CCC, C-466/95 (Carlos Gaviria Diaz). CCC, C-071/09 (Humberto Sierra Porto), CCC, C-252/2010), trois partiellement inconstitutionnels (CCC, C-027/96 (Eduardo Cifuentes Munoz). CCC, C-802/02 (Jaime Córdoba Triviño)), et en a validé trois (CCC, C-556/92. CCC, C-031/93, CCC, C-064/03). La Cour a empêché le Congrès d'élargir ses prérogatives en la matière dans CCC, C-179/94 (Carlos Gaviria Diaz). Pour une opinion dissidente refusant à la Cour le pouvoir de contrôler les conditions de déclenchement des états d'urgence, voir CCC, C-300/94, *op. cit.*, opinion dissidente de Hernando Herrera, Vladimiro Naranjo et Fabio Moron.

confier au Président des pouvoirs « supra-constitutionnels »<sup>3288</sup>. La jurisprudence insiste en particulier sur la nature de la crise justifiant le déclenchement de l'état d'urgence, qui doit être momentanée et non structurelle ou chronique laquelle, dans le second cas, doit être réglée par des moyens ordinaires<sup>3289</sup>.

Aussi, les réactions les plus vives à l'égard de la Cour sont venues du contrôle exercé sur les états d'exception. Le président Gaviria respecte la Cour, qu'il a voulue et dont il a présenté un tiers des membres, mais son successeur, le Président libéral Ernesto Samper, s'oppose plus violemment à la Cour lorsqu'elle refuse l'état d'exception à trois reprises en 1995 et 1996 concernant la violence et le narcotrafic<sup>3290</sup> puis, en matière économique, en 1997. Le président estime que la Cour a mal interprété la Constitution en s'arrogeant un contrôle des états d'exception et celui des *tutelas* rendues par la justice ordinaire, et envisage une révision constitutionnelle en 1996<sup>3291</sup>. Les soupçons de financement de la campagne du président Samper par le cartel de Cali puis les oppositions frontales des députés et sénateurs de son propre camp en défense de la Cour empêchent la révision d'aboutir<sup>3292</sup>. Cet événement illustre le caractère « sacré » de la *tutela* présentée par les élus eux-mêmes comme un instrument de protection des droits<sup>3293</sup>. Le président du Conseil d'État critique alors la Cour constitutionnelle, qu'il juge « démagogique », et regrette que le Congrès n'ait pu s'entendre sur une révision<sup>3294</sup>.

Le président Pastrana, conservateur, entretient des relations plus tempérées avec les juges, quand bien même la Cour invalide une loi importante destinée à aider la lutte contre les FARC<sup>3295</sup>,

---

<sup>3288</sup> CCC, C-004/92, *op. cit.*, §4 : « *el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su "supremacía e integridad" por el constituyente en el artículo 215 superior. (...) Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales* ».

<sup>3289</sup> *Ibid.*, §18 : « *El régimen de excepción debe, por tanto, interpretarse también en el sentido de instrumento legítimo, para proteger a la comunidad, a la democracia y a sus instituciones y al medio ambiente cuando resulten gravemente comprometidos en su integridad y funcionamiento como consecuencia de situaciones o eventos no susceptibles de ser tratados con el repertorio de medios ordinarios.* ». Voir CCC, C-300/94, §VII-6, CCC, C-027/96, *op. cit.*, §VII.

<sup>3290</sup> Voir CCC, C-466/95, *op. cit.* et CCC, C-027/96, *op. cit.*

<sup>3291</sup> Voir Anonyme, « El Presidente y La Corte Constitucional », *El Tiempo*, 26 mars 1997, en ligne <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-553046>. (consulté le 20 avril 2023). Le contrôle des *tutelas* a lui-même suscité un débat au sein de la Cour, voir supra, chapitre 6, section 2, §1.

<sup>3292</sup> Voir notamment les interventions des députés discutant de la jurisprudence de la Cour, Gaceta del Congreso, año V, n°421, 4 octobre 1996, et pour le Sénat, Gaceta del Congreso, año V, n°549, 2 décembre 1996. Une nouvelle proposition de limitation de la *tutela* rencontre une opposition similaire l'année suivante, voir Gaceta del Congreso, año VI, n°194, 10 juin 1997. Pour une analyse, voir D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, thèse dactylographiée, Université de Harvard, 2015, p. 295s.

<sup>3293</sup> *Ibid.*, p. 298. L'auteur note également la mobilisation des universités bogotaines dans la défense de la Cour auprès des commissions parlementaires.

<sup>3294</sup> J. GUTIERREZ, « Congreso no día la talla en reforma de tutela », *El Tiempo*, 29 novembre 1997, en ligne <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-680262> (consulté le 20 avril 2023)

<sup>3295</sup> La Cour censure la loi 684 de 2001 qui visait à confier la lutte contre le conflit armé à un Conseil national de sécurité, CCC, C-251/02 (Eduardo Montealegre Lynett et Clara Inés Vargas Hernández).

puis censure l'état de crise économique et le système de financement UPAC : le gouvernement se contente de déplorer l'interventionnisme économique de la Cour<sup>3296</sup>. Mais Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Cordoba Triviño et Eduardo Montealegre Lynett tous trois nommés en 2000 à la Cour, expriment lors des auditions au Sénat leur souci d'éloigner la Cour des politiques économiques<sup>3297</sup>. Les deux premiers rendent le jugement qui revient sur la première décision de la Cour en la matière<sup>3298</sup>.

L'arrivée au pouvoir d'Álvaro Uribe en 2002 bouscule le clivage traditionnel entre libéraux et conservateurs, au profit d'un nouveau clivage qui distingue une Colombie orientée vers le progrès économique contre la violence des mouvements guérilleros à laquelle est associée la gauche, elle-même divisée entre le soutien à la guérilla et une voie démocratique interne aux institutions<sup>3299</sup>. Dès lors, « pour les électeurs aisés et diplômés, la corruption constitue le principal problème du pays, tandis que les classes populaires, plus proches des candidats uribistes, se sont davantage préoccupées du conflit armé<sup>3300</sup> ». Les partis écologistes et de gauche n'obtiennent plus le pouvoir et bénéficient essentiellement du soutien des élites et des jeunes urbains<sup>3301</sup>. Le terme de « sécurité démocratique » avancé par Uribe conjugue un régime sécuritaire qui promet une meilleure considération des plus pauvres et surtout des classes moyennes, en accentuant donc le clientélisme qui nourrit l'inefficacité de l'État face à la violence<sup>3302</sup>. Le président Uribe a eu durant son long mandat (2002-2010) de nombreux accrochages – tous perdus – avec les juges. Dès 1999, alors qu'il se préparait déjà à la présidentielle, Alvaro Uribe réagissait à la décision de la Cour relativement au gel du salaire des fonctionnaires en appelant à supprimer la Cour et à transférer ses pouvoirs à la Cour suprême<sup>3303</sup>. En 2002, le président Uribe lance une politique de sécurité qui repose sur l'état d'exception, lequel est censuré par la Cour<sup>3304</sup>. Le ministre de l'intérieur Fernando Londoño, en

---

<sup>3296</sup> S. RUBIANO GALVIS, « La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política », in M. GARCIA VILLEGAS, J. REVELO (dir.), *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, DeJusticia, 2009, p. 84-145, p. 106.

<sup>3297</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 271-272.

<sup>3298</sup> CCC, C-1064/01 (Manuel Jose Cepeda Espinosa et Jaime Cordoba Triviño).

<sup>3299</sup> M. GARCIA VILLEGAS, « Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008) », in M. GARCIA VILLEGAS, J. REVELO (dir.), *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, DeJusticia, 2009, p. 16-83, p. 69.

<sup>3300</sup> O. BARRERA et al., « Inégalités sociales, identités et structures des clivages politiques en Argentine, au Chili, au Costa Rica, en Colombie, au Mexique et au Pérou, 1952-2019 », in A. GETHIN, C. MARTINEZ-TOLEDANO, T. PIKETTY (dir.), *Clivages politiques et inégalités sociales. Une étude de 50 démocraties (1948-2020)*, EHESS / Gallimard / Seuil, 2021, p. 439-472, spec. p. 440.

<sup>3301</sup> *Ibid.*

<sup>3302</sup> M. GARCIA VILLEGAS, « Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008) », *op. cit.* note 390, p. 64.

<sup>3303</sup> REDACCION, « La Corte está en el ojo del huracán », *El Tiempo*, 17 octobre 2000, en ligne <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1272897> (consulté le 20 avril 2023)

<sup>3304</sup> CCC, C-802/02 (Jaime Córdoba Triviño).

particulier, critique violemment la Cour dans l'espace public<sup>3305</sup>. L'exécutif propose alors en la personne de Londoño une réforme constitutionnelle visant à réduire le contrôle des états d'urgence de la Cour, à imposer une règle de majorité renforcée en son sein pour les déclarations d'inconstitutionnalité et à retirer les droits sociaux et les droits collectifs de la *tutela*<sup>3306</sup>. Ce projet et un autre, introduit en 2003, sont abandonnés face à la polémique suscitée y compris au sein de la majorité<sup>3307</sup> et ce avec la mobilisation d'anciens juges et universitaires<sup>3308</sup>. La célèbre décision de la Cour concernant les populations déplacées vise les politiques sécuritaires du gouvernement sous la présidence Uribe, avec une exécution tout au long de ses mandats<sup>3309</sup>. De même, la Cour a partiellement réduit l'ampleur de la loi adoptée pour permettre de réduire les peines des membres des milices démobilisées, même si elle en a admis le principe<sup>3310</sup>. En 2010, la Cour refuse la déclaration de l'état d'urgence économique et social qui visait explicitement à compenser les effets budgétaires de la décision T-760/08 de la Cour<sup>3311</sup>. La Cour censure en 2009 un état d'exception visant à lutter contre la criminalité pendant une grève des juges<sup>3312</sup>.

Le conflit entre le président Uribe et la Cour constitutionnelle culmine à l'occasion de plusieurs référendums face auxquels la Cour élabore un contrôle des lois de révisions constitutionnelles : elle rejette ainsi un référendum portant au niveau constitutionnel la politique du président Uribe en 2003<sup>3313</sup>. Si elle valide la révision qui lui permet d'être réélu à un second mandat<sup>3314</sup>, la Cour censure la loi de convocation d'un référendum constituant qui aurait été nécessaire à une seconde réélection en 2010<sup>3315</sup>. Le président sortant accepte la décision, marquant peut-être une victoire judiciaire sur ses tentatives d'appel au peuple.

Le successeur d'Uribe, Juan Manuel Santos, s'unit avec le centre dans le *Centro Democrático* créé en 2013, qui porte également au pouvoir Iván Duque en 2018. Le président Santos, élu et réélu (2010-2018) après Uribe, a fait adopter une révision qui empêche la simple réélection, comme le prévoyait initialement le texte de 1991. Pour autant, les tensions avec l'exécutif subsistent. Un an

---

<sup>3305</sup> S. RUBIANO GALVIS, «La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política», *op. cit.* note 387. D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 189s. R. PARDO, «Londoño vs. la Corte», *El Tiempo*, 26 février 2003, en ligne <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-999153> (consulté le 20 avril 2023)

<sup>3306</sup> Gaceta del Congreso, n°484, 12 novembre 2002, respectivement articles 15, 16 et 3.

<sup>3307</sup> REDACCION, «Reforma agita Congreso», *El Tiempo*, 1 août 2003, en ligne <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1034549> (consulté le 20 avril 2023)

<sup>3308</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 305.

<sup>3309</sup> Voir *infra*, chapitre 8.

<sup>3310</sup> CCC, C-370/06.

<sup>3311</sup> CCC, C-252/10, *op. cit.*, voir notamment la justification du gouvernement, §II, et voir *infra*, chapitre 8, section 1, §2, B, 2.

<sup>3312</sup> CCC, C-071/09, *op. cit.*

<sup>3313</sup> Voir *infra*.

<sup>3314</sup> CCC, C-1040/05.

<sup>3315</sup> Voir *infra*.

après son élection, le Président Santos fait adopter l'Acto legislativo 211, qui modifie l'article 334 de la Constitution pour y inscrire un principe de soutenabilité fiscale, qui doit être pris en compte par les juges dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles – la jurisprudence sur les droits sociaux est particulièrement visée. Les discussions au Congrès s'appuient sur cette jurisprudence et font référence à la règle d'optimisation de Robert Alexy pour défendre la révision<sup>3316</sup> tandis que l'opposition y voit une attaque contre les juges<sup>3317</sup>. La Cour estime néanmoins qu'il ne s'agit pas d'une substitution de la Constitution en estimant que la disposition peut être interprétée strictement et ne pas faire peser une obligation quelconque sur le juge<sup>3318</sup>. Un amendement du parti libéral, adopté, avait modifié la loi constitutionnelle en limitant le principe à une procédure par laquelle les autorités pouvaient demander à une juridiction de revoir sa décision mais ne pouvaient porter atteinte aux droits constitutionnels<sup>3319</sup>.

Si l'existence de la Cour constitutionnelle n'est jamais sérieusement remise en question, les nominations de ses membres suscitent un intérêt tel qu'il est devenu commun, en Colombie, de discuter l'affiliation politique libérale ou conservatrice de chacun de ses membres et la couleur de chaque mandature ; il s'agit en outre des premières questions posées par les sénateurs lors des auditions de confirmation des candidats<sup>3320</sup>. Si ce processus de sélection est également critiqué pour son opacité, qui se joue beaucoup dans les réseaux d'influence et les rencontres informelles, reprenant par-là le corporatisme qui gouverne toujours les nominations à la Cour suprême et au Conseil d'État – qui proposent chacun un tiers des candidats à la Cour constitutionnelle<sup>3321</sup>, c'est surtout la perméabilité du processus aux intérêts de la majorité sénatoriale et du Président – qui propose un tiers des noms – qui étonne. Dès lors en 2009, à la fin de son deuxième mandat, le Président Uribe et sa majorité nomment trois juges associés au parti conservateur. Les deux candidats libéraux (sur trois) proposés par le Conseil d'État, notamment Rodrigo Uprimny, font l'objet d'une intense campagne de la majorité contre eux, qui voit ressurgir les positions critiques

---

<sup>3316</sup> Gaceta del Congreso, n°284/11, 19 mai 2011, cité par D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 310s.

<sup>3317</sup> Gaceta del Congreso, n°723/10, 30 septembre 2010 et n°779/10, 15 octobre 2010 et, en deuxième lecture, n°189/11, 15 avril 2011

<sup>3318</sup> CCC, C-288/12.

<sup>3319</sup> Gaceta del Congreso, n°360/11, 2 juin 2011. L'article 334 de la Constitution est ainsi rédigé : « *La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.* »

<sup>3320</sup> S. RUBIANO GALVIS, « La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política », *op. cit.* note 387, p. 91-93.

<sup>3321</sup> *Ibid.*, p. 91.

qu'ils ont pu avoir par rapport au gouvernement<sup>3322</sup>. Des juges conservateurs sont également nommés sous la présidence Santos en 2015 puis en 2017.

La question de l'indépendance de la justice en Colombie touche l'ensemble du système judiciaire. Le paradoxe de la justice colombienne (très stable, grande confiance, et aussi très décriée, corrompue), vient d'une distinction entre une justice « haute », avec la Cour, qui a su créer un grand accès pour les citoyens, avec notamment la *tutela*, et une justice ordinaire, difficile d'accès, obstruée, qui laisse une grande part d'impunité aux criminels<sup>3323</sup>. La justice ordinaire cède souvent aux acteurs du conflit armé, notamment les paramilitaires. Le système d'aide juridictionnelle est jugé défaillant et le taux d'accusation très fort lorsqu'il est activé, tandis que les entreprises figurent parmi les requérants privilégiés en matière privée<sup>3324</sup>. La *Fiscalía de la nación* créée en 1991 en parallèle des parquets pour mener les enquêtes, inspirée du Département de la justice étatsuniens, suscite des doutes sur son impartialité et ses équipes sont réputées débordées. Le *Consejo superior de la judicatura* qui nomme les magistrats et gère les carrières est souvent critiquée pour ne pas rendre de comptes et pour constituer une élite peu légitime, peu accessible et isolée des besoins sociaux<sup>3325</sup>. En 2002, et dans les années suivantes, le gouvernement d'Uribe évoque plusieurs projets de suppression du *Consejo superior de la judicatura* et de sa chambre administrative, suscitant à chaque fois l'opposition des trois cours supérieures, qui y voient un désir de mettre la main sur la justice et l'influence des paramilitaires, menant à l'abandon des projets<sup>3326</sup>. En 2015, l'*Acto legislativo 02* qui créait un *Consejo de Gobierno judicial* est jugé inconstitutionnel par la Cour constitutionnel du fait qu'il porte atteinte à l'autonomie du pouvoir judiciaire en débordant les pouvoirs de révision du texte de 1991<sup>3327</sup>. Sous la présidence Duque, les menaces pour la justice portent essentiellement sur les instances au niveau local, dénoncées par l'organisation d'une *Campaña por la Independencia de la Justicia* en 2020 rassemblant

---

<sup>3322</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>3323</sup> R. UPRIMNY YEPES, « Justicia rutinaria y protagónica : una caracterización de la justicia colombiana », in M. GARCÍA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA (dir.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, Centro des Estudios de Derecho, Dejusticia, 2016, p. 181-193

<sup>3324</sup> M. GARCIA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA (dir.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, Centro des Estudios de Derecho, Dejusticia, 2016 p. 382 sur l'accès à la justice, p. 542s sur la justice pénale et p. 756s sur la justice civile.

<sup>3325</sup> J. REVELO REBOLLEDO, « El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación », in J. REVELO REBOLLEDO, M. GARCIA VILLEGAS (dir.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Dejusticia, 2009, p. 107-160

La Sala administrativa est composée de trois conseillers d'État, deux membres de la Cour suprême, un membre de la Cour constitutionnelle. Les 23 membres de la Cour suprême et les 27 conseillers d'États sont eux-mêmes désignés par cooptation au sein de chaque juridiction à partir de listes présentées par la Sala administrativa du Consejo superior de la judicatura tandis que les juges judiciaires et administratifs supérieurs sont nommés par le CE et la CS sur des listes là encore du Consejo. Enfin, les juges de première instance sont nommés par les tribunaux supérieurs et les Consejos seccionales du Consejo à partir des résultats d'un concours.

À l'inverse, la Sala disciplinaria est parfois jugée trop peu indépendante et très proche du pouvoir politique, avec sept membres nommés par le Président et élus par le congrès, pour éviter précisément le corporatisme.

<sup>3326</sup> *Ibid.*

<sup>3327</sup> CCC, C-285/16, *op. cit.*, voir notamment §4.3 sur la notion d'autonomie dans ce contexte.

deux-cent douze ONG. Le constat de la société civile est que les juges présents dans les territoires du conflit armé sont délaissés, alors qu'ils subissent pressions et violences de toutes part<sup>3328</sup>. Sous la présidence Duque, les attaques visent bien plutôt la Juridiction spéciale pour la paix créée en 2018 à la suite des accords pour la paix de 2016, mettant fin au conflit armé, et présidée par un ancien membre de la Cour constitutionnelle, Eduardo Cifuentes Muñoz : à partir de 2019, en réaction à ses décisions d'amnistie ou de réduction de peines à l'égard d'ancien guérilleros, dont les liens avec les narco-trafiquants sont souvent invoqués par les politiciens dans l'espace public, la Juridiction spéciale est remise en cause et son budget est réduit à plusieurs reprises<sup>3329</sup>.

Si la Cour constitutionnelle de Colombie a acquis son indépendance après des luttes difficiles face au pouvoir du Président Uribe jusqu'aux années 2010 sa position dans l'opinion a décliné, avec celle des autres cours suprêmes du pays, à mesure qu'elles se confrontaient au pouvoir et que des affaires de corruptions commençaient à toucher leurs membres, jusqu'à ce que ces juridictions suscitent la méfiance des juges et avocats défenseurs des droits de l'homme eux-mêmes<sup>3330</sup>. En 2015, Mauricio González, membre de la Cour constitutionnelle, dépose une plainte contre son président Jorge Pretelt qu'il soupçonne d'avoir demandé 500 millions de dollars à Victor Pacheco, avocat de Fidupetrol, afin de décider favorablement d'une *tutela* contre la société<sup>3331</sup>. Si elle n'a pas eu de suites, l'affaire a suscité les doutes dans l'opinion publique. Aussi l'indépendance historique des juges colombiens, malgré une corruption épisodique au sein des cours suprêmes ou plus répandue en première instance, mais qui ne s'accompagnait pas sous le *Frente nacional* d'un

---

<sup>3328</sup> CAMPAÑA POR LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA, *La independencia judicial en Colombia, en riesgo por un régimen autoritario*, Ediciones Ántropos, 2021. Le rapport chiffre les meurtres, attentats, agressions et sanctions disciplinaires à l'égard des juges ordinaires. Plusieurs affaires de corruption à la Cour suprême et au Conseil d'État ont lieu dans les années 2020. Dans l'affaire dite Odebrech, en 2019, le fiscal general Nestor Humberto Martínez Neira démissionne, accusé d'avoir favorisé la société brésilienne dans des enquêtes sur ses contrats d'infrastructures, avec plusieurs sénateurs impliqués. De même, l'affaire du Cartel de la toga a mené à la condamnation à 19 ans de prison de l'ancien président de la Cour suprême, Francisco Ricaurte Gomez (*Ibid.*, p. 70). Un ancien membre de la Cour suprême, José Luis Barceló Camacho, est suspecté d'avoir influé favorablement sur une procédure visant le sénateur Alvaro Uribe quand il n'était pas encore président pour le premier (*Ibid.*, p. 26s). En 2020 également, un juge ordinaire, Andrés Fernando Rodríguez Caez, quitte le pays après avoir refusé de recevoir un pot-de-vin d'un sénateur.

<sup>3329</sup> *Ibid.*, p. 38s

<sup>3330</sup> cf rapport des associations pro-droits La independencia judicial en Colombia, en riesgo por un régimen autoritario, 2021, p. 72. Voir aussi les chiffres cités. Voir les entretiens réalisés par David Landau avec notamment l'ancien président de la Cour Humberto Sierra Porto qui s'inquiète de ce que la Cour soit plus sollicitée par le public et les contestations populaires que le Congrès, D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 139. Voir également F. BARBOSA, « Los cinco estragos que deja el escándalo de la Corte Constitucional », *El Tiempo*, 1 mars 2015, en ligne <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15321875> (consulté le 14 avril 2023)

<sup>3331</sup> M. GARCIA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA (dir.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, *op. cit.* note 415, p. 31-33.

contrôle politique, s'est retrouvée en difficulté lorsque les juges ont commencé à assumer un rôle plus fort dans l'espace public après 1991<sup>3332</sup>.

## 2. *La dialectique de la violence face à l'ordre constitutionnel*

Au premier regard, le principal problème de la vie politico-constitutionnelle colombienne semble résider dans un phénomène d'entraînement indépassable : le présidentielisme colombien concentre les pouvoirs à la tête de l'exécutif, élu au suffrage universel direct, avec un Congrès « formellement fort » mais une légitimité très faible des représentants et des deux seuls partis de gouvernement, associés au clientélisme et à la corruption, et un fait majoritaire qui l'efface<sup>3333</sup>. À l'idéal décentralisateur de 1991 a répondu la persistance d'une centralisation aux mains du Président. Selon Roberto Gargarella, la greffe des droits sociaux n'aurait pas tout à fait pris en Amérique latine, selon une métaphore qui n'est pas sans rappeler les *legal transplants* d'Alan Watson. L'auteur se sert en effet de l'image chirurgicale pour présenter un jeu d'effets des influences étrangères, qu'il estime trop peu pensées par la doctrine contemporaine du continent, ayant délaissé la théorie constitutionnelle au profit de l'approche technique : elle n'aurait alors pas vu les tensions internes qui affectaient les différents éléments et traditions ou modèles importés dans les textes constitutionnels<sup>3334</sup>. L'ajout de droits aurait un double effet, d'abord interne au sein des déclarations des droits, dont beaucoup restent liés à la protection de l'individu face à l'État et à la propriété, et ensuite un impact « croisé » entre les déclarations des droits et les sections des textes dédiées à l'organisation des pouvoirs, encore marquée par une centralisation présidentieliste hostile à toute participation populaire et à toute égalité matérielle, ce que l'auteur qualifie d'une « *engine room of the constitution* » trop souvent délaissée<sup>3335</sup>. L'auteur a ainsi observé une contradiction entre la proclamation des droits sociaux et le renforcement des pouvoirs de l'exécutif présidentiel, en Amérique latine, souvent lors des mêmes révisions constitutionnelles<sup>3336</sup>.

---

<sup>3332</sup> Voir M. GARCIA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA, « Derecho, justicia y sociedad en Colombia », in M. GARCIA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA (dir.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, Centro des Estudios de Derecho, Dejusticia, 2016, p. 15-46, p. 26s.

<sup>3333</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, n° 4, 2004, p. 529-700, p. 680-681.

<sup>3334</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, op. cit. note 374, p. 157 : « Perhaps Latin Americans chose to design their institutions in the way they did because they did not think that in that way they were going to favor the emergence of conflicts of any kind. In other words, they did not imagine that they would be creating constitutional tensions because they assumed the existence of two completely separated spheres—one related to the organization of power and one related to the organization of rights. According to this view, constitutional thinkers would have acted as if the different sections of the Constitution were autonomous. The idea would be that each section of the Constitution has its own rules and its own internal logic, which are independent from the others. »

<sup>3335</sup> *Ibid.*

<sup>3336</sup> Voir R. GARGARELLA (dir.), *Por una justicia dialógica : el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo veintiuno editores, 2014. R. GARGARELLA, « “We the People” Outside of the Constitution : The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances », *Current Legal Problems*, vol. 67, n° 1, 2014, p. 1-47.



La Colombie est réputée ne jamais avoir connu d'identité nationale forte et de courant politique nationaliste, du fait de nombreux « antagonismes et incompréhensions sociaux, culturels, politiques et régionaux », si bien qu'elle forme, selon l'historien David Bushnell, « une nation malgré elle<sup>3337</sup> ». La diversité de ses espaces naturels a affecté son développement : la population, issue des civilisations précolombiennes, de la colonisation et de l'esclavage africains, s'est principalement développée dans une zone andine au Sud du pays, où trois cordillères dont les sommets culminent à cinq mille mètres délimitent des vallées orientées du Nord au Sud. L'essentiel de la population réside dans les zones urbaines de Bogotá, Medellín, Cali et Barranquilla, situées depuis la colonisation dans ces cordillères et difficilement connectées entre elles. Le reste du territoire, immense et peu peuplé, est fait de vastes plaines et forêts au Nord jusqu'à l'océan Pacifique et la mer des Antilles (*La costa*) ou de savane désertique et de forêt tropicales à l'Est (*Los llanos*). Le pays a connu un développement inégal du fait notamment des difficultés de communication entre ces espaces, les villes atteignant un haut niveau de développement tandis que les vastes zones peu habitées sont laissées aux mouvements révolutionnaires et aux trafiquants. La construction nationale est alors faite par un État qui ne dispose d'une autorité certaine que sur une partie du territoire, et encore le fait-il entre les mains d'élites politiques qui, à l'image du *Frente nacional*, sont autant la marque de la stabilité et du centrisme historiques du pays, uniques dans la région, que d'une déconnexion d'avec d'éventuelles passions populaires. À l'exception de rares moments d'effervescence politique, lors de *la Violencia* de 1948 qui provoque l'embryon de dictature (mais plébiscitaire et sans coup d'État) du général Pinilla et lors de la crise de 1989-1990 qui mène à la constituante.

Le concept d'hégémonie a ainsi pu être utilisé pour qualifier le bipartisme du *Frente nacional* en le liant à son sens, plus large, d'un mécanisme de domination culturelle qui renverrait à l'hégémonie, externe celle-ci, des États-Unis sur la région et le pays<sup>3338</sup>. On trouve aussi des propositions présentant la Colombie comme le « pays qui se vante d'avoir la démocratie la plus ancienne et la plus solide du continent<sup>3339</sup> » ou comme « la république constitutionnelle la plus ancienne et stable dans le monde autoritaire et militariste des régimes politiques latinoaméricains<sup>3340</sup> ». La transition de 1991 a pu être vue comme une marque d'indépendance où le

---

<sup>3337</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia : A Nation in Spite of Itself*, University of California Press, 1993, p. viii.

<sup>3338</sup> S.D. RUIZ DÍAZ ARCE, L.M. VARGAS VARGAS, C.M. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo: los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *op. cit.* note 374, p. 200. Voir J. ZULUAGA NIETO, « Colombia: laboratorio del intervencionismo de los Estados Unidos en América Latina », in aïro ESTRADA ÁLVAREZ, JIMENEZ MARTIN (dir.), *Geopolítica imperial: intervenciones estadounidenses en Nuestra América en el siglo XXI*, CLACSO, 2020, p. 235-248

<sup>3339</sup> S. RUIZ DIAZ ARCE, L. VARGAS, C. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo : los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *Revista de derecho*, Vol. 11, n°2, 2019, p. 165-215, p. 183 : « el país que goza de ostentar la democracia más antigua y sólida del continente ».

<sup>3340</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 44, p. 29 : « la más antigua y estable república constitucional en el universo autoritario y militarista de los regímenes políticos latinoamericanos ».

changement est venu d'un mouvement social populaire et de la synergie entre des forces jusqu'ici exclues. Les valeurs pluralistes ou les cosmologies alternatives portées par les près de 300 articles du texte 1991 seraient l'aboutissement de « notre riche tradition constitutionnelle<sup>3341</sup> ». Un phénomène similaire à l'Afrique du Sud se joue alors en Colombie, où l'on perçoit aisément le récit mythologique d'une lecture progressiste de l'histoire constitutionnelle, par ruptures démocratiques quasi-révolutionnaires, alors que la réalité montre plutôt une grande stabilité du fait des passages de pouvoir entre différentes élites, par l'instrument du droit plutôt que de la révolution politique.

À rebours de la question sociale, le fait générateur de la vie politique et constitutionnelle colombien est bien plutôt la violence. L'objectif du constituant de 1991, du point de vue du gouvernement comme des milices qui se rangeaient à la vie civile, était double : « premièrement, imposer le schéma néolibéral d'internationalisation de l'économie ; et deuxièmement, consolider un processus de réconciliation nationale sans les acteurs politiques du conflit<sup>3342</sup> ». Conformément au pacte conclu en 1991, selon l'historien David Bushnell qui écrivait en 1993 mais n'a pas été démenti depuis,

Le régime constitutionnel colombien a perduré, du moins en partie, parce qu'il convenait aux intérêts des riches et des puissants. C'est un système politique auquel ils peuvent facilement participer eux-mêmes et qu'ils peuvent, par le biais des partis et d'autres dispositifs, contrôler, tandis que toute sorte d'autocratie risque de devenir incontrôlable. Heureusement, les oligarques colombiens n'ont pas eu besoin de faire appel à de grossiers dictateurs militaires pour les sauver de la révolution sociale, à l'exception peut-être de Rojas Pinilla en 1953 ; et, selon eux, l'expérience n'a fait que souligner la supériorité globale du régime constitutionnel et civil.<sup>3343</sup>

La lecture évolutionniste qui voit dans l'histoire colombienne une dialectique entre des violences incessantes et des institutions stables, jusqu'à la culmination des deux logiques en 1991, a ainsi pu être vue comme un récit révisionniste favorable aux élites politiques qui n'ont jamais cessé d'être au

---

<sup>3341</sup> R. UPRIMNY YEPES, « La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿ Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil ? », in S. JOST (dir.), *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Fundación Konrad Adenauer - KAS Colombia, 2011, p. 39-54, p. 42 : « nuestra rica tradición constitucional ».

<sup>3342</sup> O. MEJIA QUINTANA, « Elites, etnicidades y constitución: cultura política y poder constituyente en Colombia », in G. HOYOS VASQUEZ (dir.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, CLACSO, 2007, p. 235-256, spec. p. 216 : « primero, imponer el esquema neoliberal de internacionalización de la economía ; y segundo, afianzar un proceso de reconciliación nacional sin los actores políticos del conflicto. »

<sup>3343</sup> D. BUSHNELL, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, op. cit. note 428, p. 285 : « Constitutional government in Colombia has endured at least partly because it has suited the interests of the wealthy and powerful. It is a political system that they can easily participate in themselves and, through the parties and other devices, ultimately control, whereas any sort of autocracy is in danger of sometimes getting out of hand. Happily, Colombian oligarchs did not need to call on crude military dictators to save them from social revolution, except perhaps for Rojas Pinilla in 1953; and, in their view, his performance served only to underscore the all-round superiority of civilian constitutional rule. »

pouvoir<sup>3344</sup>. La violence, au contraire, était la raison d'être du pacte libéral-conservateur et du *Frente nacional*, dont la finalité était d'empêcher le renversement du système socio-politique. Elle vient ensuite nourrir une dialectique symbolique entre la lutte contre les guérilleros et les cartels dans les zones rurales d'un côté, et un pouvoir économique et juridique centralisé d'un autre, c'est-à-dire la stabilité historique du régime colombien : la violence est alors considérée comme un fait politique générateur de légitimité pour l'ordre social qui la maintient, et qui doit la naturaliser sous la forme d'une criminalité anormale, quitte à générer une véritable violence d'État comme modalité de gestion de la population<sup>3345</sup>. De fait, l'état de violence permanent en Colombie sépare le capital accumulé dans les grandes villes des zones rurales pauvres, puisque le conflit armé justifie la lutte gouvernementale contre ces zones et en fait une priorité qui rend la redistribution secondaire<sup>3346</sup>. Après 1991 en effet, les mouvements qui s'inscrivaient dans la contestation du bipartisme issu du *Frente nacional*, c'est-à-dire les guérilleros du M-19 qui avaient déposé les armes après les négociations avec le pouvoir afin d'assurer la paix sociale et une plus grande diversité, et dans une moindre mesure les autochtones, n'ont jamais obtenu la présidence ou un important nombre de sièges à l'Assemblée – ils n'ont pas reproduit l'exploit des élections à la constituante qui s'étaient faites, fait unique dans l'histoire du pays, à la proportionnelle à circonscription nationale unique, et à un moment de division exceptionnelle des libéraux comme des conservateurs.

Il y a une relation d'inversion proportionnelle entre le nombre et la fréquence des Constitutions et des révisions adoptées et la qualité et la profondeur des transformations qui surviennent effectivement dans l'économie, la vie politique et la culture du pays et de ses habitants. Aucun autre pays d'Amérique latine n'a changé de système normatif aussi souvent que la Colombie,

---

<sup>3344</sup> R. VEGA CANTOR, « La burocracia intelectual de la guerra y la creación de una nueva historia oficial sobre la violencia », *Rebelión*, 26 juillet 2011, en ligne <https://rebelion.org/la-burocracia-intelectual-de-la-guerra-y-la-creacion-de-una-nueva-historia-oficial-sobre-la-violencia-2/> (consulté le 14 juillet 2021). Sur le rôle de la violence dans la société politique colombienne et la réponse qu'y apporte le discours constitutionnaliste, voir *infra*, chapitre 7.

<sup>3345</sup> J. HRISTOV, *Paramilitarism and Neoliberalism: Violent Systems of Capital Accumulation in Colombia and Beyond*, Pluto Press, 2014, p. 30-33 et 85-106. Il est ainsi souvent avancé que la gouvernementalité néolibérale appuie sa légitimité sur une violence qu'elle participe à créer elle-même, en deux temps, d'abord en organisant la compétition entre les acteurs privés en réduisant l'importance de l'État, voire en créant un chaos social, ensuite en confiant à ces États un rôle exclusivement régaliens sous la forme d'une lutte, par les états d'urgence, pour redresser la situation et contre les contestations, quitte à les exacerber, afin de refouler les questions relatives à l'ordre socio-économique, N. KLEIN, *The shock doctrine : the rise of disaster capitalism*, Knopf Canada, 2007. G. CHAMAYOU, *La société ingouvernable. Une généalogie du libéralisme autoritaire*, La Fabrique, 2018. P. DARDOT et al., *Le choix de la guerre civile. Une autre histoire du néolibéralisme*, Montréal, Lux, 2021 (qui s'appuient presque exclusivement sur une lecture de Hayek, y compris pour parler de constitutionnalisme, p. 98s, et sur l'exemple chilien). Sur l'adaptation aux crises que la doctrine néolibérale viendrait corriger jusque dans la pensée et la conception du sujet individuel, voir B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019.

C'est une critique adressée à l'usage de la force dans le capitalisme en général, voir R. MILIBAND, *The State in Capitalist Society*, Basic Books, 1969, p. 51-53.

<sup>3346</sup> F. URREA-GIRALDO, D. JAMES HAWKINS, J. RENDON ACEVEDO, « Colombia : Desigualdad y violencia anti-sindical en un contexto de desarrollo neoliberal », in J. CESAR NEFFA, E. DE LA GARZA TOLEDO (dir.), *Trabajo y crisis de los modelos productivos en América Latina*, CLACSO, 2020, p. 19-76, p. 20. De même, le syndicalisme a chuté du fait non seulement du déclin de l'emploi salarié mais aussi de la grande violence dont il était l'objet, *Ibid.*, p. 51-76.

et aucun autre pays d'Amérique latine n'a connu si peu de changements institutionnels que la Colombie<sup>3347</sup>. De manière cyclique, face aux blocages suscités par la fermeture du pouvoir politique sur lui-même, les espoirs se tournent vers une réforme constitutionnelle qui n'ouvre pas à un changement dans la distribution des rôles mais vient, au contraire, légitimer le pouvoir en place, en témoigne le fait qu'en dépit de sa composition plurielle, l'Assemblée constituante a adopté un texte très proche de celui proposé par le gouvernement libéral. L'enlisement de la lutte contre les narcotrafiquants et les guérilleros, et 300 000 morts et 5 millions de déplacés entre 1980 et 2010, qui sont venus constituer des poches de pauvreté dans les villes, laissent penser, pour les critiques colombiennes du néolibéralisme des droits, que le texte de 1991 est une proclamation pieuse qui cherche son effectivité<sup>3348</sup>. Plus encore, il a pu être avancé que le constitutionnalisme colombien s'était révélé un moyen, volontaire ou non, pour les élites politiques colombiennes de préserver la stabilité du pouvoir<sup>3349</sup>. Le concept de « révolution passive » de Gramsci a été utilisé pour qualifier cette situation dans laquelle l'hégémonie change sans affecter les intérêts dominants, ainsi les changements politiques survenus dans les années 1990 ont répondu au

[b]esoin de liquider les dernier vestiges d'un modèle d'importation, déjà largement abandonné dans les années 1980, et la réorganisation de l'économie colombienne au sein de l'économie de marché globalisée [...]. [L]a révolution passive qui a eu lieu depuis les années 1980 a transformé de manière significative l'économie politique nationale sans résoudre le problème des inégalités. La négociation des accords de paix avec les FARC peut être vue à l'aune de ce processus en cours, en offrant d'immenses possibilités pour approfondir un modèle de développement néolibéral tout en présentant un grand risque pour les mouvements populaires.<sup>3350</sup>

À l'époque contemporaine, l'usage des forces paramilitaires (hors de l'armée officielle) par le gouvernement contre les guérilleros, mais aussi par les sociétés minières contre les contestations locales et par le secteur privé pour assurer sa sécurité, crée un régime de violence qui entretient de

---

<sup>3347</sup> H. VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano (1987)*, *op. cit.* note 44, p. 224.

<sup>3348</sup> S.D. RUIZ DIAZ ARCE, L.M. VARGAS VARGAS, C.M. GUTIERREZ GONGORA, « Hegemonía y Constitucionalismo: los caminos trazados para la transición hacia la democracia », *op. cit.* note 374, p. 183-184.

<sup>3349</sup> O. MEJIA QUINTANA, « Elites, etnicidades y constitución: cultura política y poder constituyente en Colombia », *op. cit.* note 433.

<sup>3350</sup> N. MORGAN, « The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia », in P. WADE, J. SCORER, I. AGUILÓ (dir.), *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*, University of London Press, Institute of Latin American Studies, 2019, p. 25-47, spec. p. 29-30 : un « [...] need to dismantle the last vestiges of the import substitution model, already largely abandoned in the 80s, and reposition the Colombian economy within corporate globalisation. [...] [T]he passive revolution under way since the late 80s has effected a significant transformation of the local political economy without confronting the problem of inequality. The current negotiated surrender of the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) can be thought of as a part of this ongoing process, offering as it does enormous opportunities for a deepening of a neoliberal development model while posing real perils for popular movements ». En effet pour Gramsci, « L'ordre politique bourgeois n'est jamais tant assuré de son avenir que lorsque ses ressources matérielles et sa force d'attraction culturelle et morale lui permettent de s'assimiler un grand nombre d'éléments sociaux disparates pour en faire des auxiliaires », G. HOARE, N. SPERBER, *Introduction à Antonio Gramsci*, *op. cit.* note 48, p. 109.

fait des conflits sporadiques et non-maîtrisés, où se mêlent intérêts publics et privés, sécurité et économie<sup>3351</sup>. Il s'agit aussi, prosaïquement, de déplacer les violations des droits humains hors des forces officielles en créant, comme il existe des conflits qui ne finissent jamais, une « démocratie de basse intensité<sup>3352</sup> », éternellement suspendue dans les zones en conflits, comme durant les états d'urgence incessants des années 1970 et 1980. Sous les présidences Uribe, Santos et Duque, le discours des droits a été utilisé pour laver l'image du pays malgré la lutte particulièrement intense contre le narcotrafic et les groupes révolutionnaires, avec l'aide américaine et sous les regards de la communauté politique et économique mondiale<sup>3353</sup> : il s'agissait d'assurer la confiance des investisseurs et du Congrès américain de la bonne vie démocratique de l'un des pays les plus dangereux du monde lors de la négociation de l'accord de libre-échange entre les deux pays de 2006 à 2012, initiée par les présidents Uribe et Bush qui se sont également distingués par leur alliance, après le 11 Septembre 2001, dans la lutte contre le terrorisme<sup>3354</sup>. Les débats structurés au sein des *democratization studies* aux États-Unis sont vifs après la chute du mur de Berlin mais décroissent à partir du milieu des années 2000 face à des constats mitigés, du fait notamment des pratiques autoritaires que la démocratisation peut accompagner selon les contextes<sup>3355</sup>.

Comment expliquer la position de la Cour vis-à-vis des majorités au-delà de la seule consolidation de son pouvoir propre ? De fait, l'activisme judiciaire peut être vu comme un moyen d'imposer les droits qui répond à la violence politique et fournit des alternatives aux acteurs associatifs et citoyens<sup>3356</sup>. En outre, le symptôme du paradoxe formé du décalage entre le constituant et les forces au pouvoir en Colombie est l'évacuation de la question de la transformation sociale du débat public. Ce discours a été incarné par la Cour. Que la Cour se soit positionnée elle-même au plus haut de l'ordre de la légitimité politique et institutionnelle du pays, et pas seulement de l'ordre judiciaire, pourrait se retourner contre elle. Comme l'estime Rodrigo Uprimny,

---

<sup>3351</sup> J. HRISTOV, *Paramilitarism and Neoliberalism*, *op. cit.* note 436.

<sup>3352</sup> W. AVILES, « Paramilitarism and Colombia's low-intensity democracy », *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, n° 2, 2006, p. 379-408.

<sup>3353</sup> *Ibid.*, spec. p. 138-140.

<sup>3354</sup> *Ibid.* Pour un usage similaire, voir R. EHRENREICH BROOKS, « The new imperialism : violence, norms and the 'rule of law' », *Michigan Law Review*, n° 101, 2003, p. 2275-2338. À partir du cas du Kosovo dans la perspective étatsunienne, l'auteur critique l'impérialisme de l'application d'un modèle de *rule of law* et de justice transitionnelle de la part des multiples cercles internationaux (ONU, Banque Mondiale, FMI, UE, OSCE, Otan, Fondation Ford, Rockefeller, ONG, diplomatie US, etc) qui reste indéfini et formel, dans un pays qui n'y est pas ouvert culturellement, et alors que les acteurs et pays émetteur ne se conforment pas toujours à l'idéal prodigué voire participent à la violence du pays destinataire comme les pays émetteurs, en maintenant notamment la distinction entre formalisme juridique et fait, à l'exemple du légalisme nazi (p. 2310) et de la torture pratiquée par les États-Unis après le 11 Septembre (p. 2317s).

<sup>3355</sup> F. GUENARD, « La promotion de la démocratie : une impasse théorique ? », *La vie des idées*, 2007

<sup>3356</sup> M.J. CEPEDA ESPINOSA, « Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court », *op. cit.* note 424, p. 667.

Au cours de toutes ces années, la Cour s'est petit à petit présentée comme l'exécutrice des valeurs de liberté et de justice sociale inscrites dans la Constitution, ce qui lui a permis d'acquérir une importante légitimité dans certains milieux sociaux. Mais elle a toujours évolué sur le fil du rasoir, car ce progressisme explique aussi les vives critiques d'autres secteurs, généralement liés à des groupes d'entreprises ou au gouvernement, qui attaquent la jurisprudence de la Cour, qu'ils considèrent comme populiste et naïve. Ces acteurs ne se sont pas limités à des critiques ; ils ont également tenté, sans succès jusqu'ici, de faire passer de nombreuses réformes visant à supprimer la Cour ou au moins à sérieusement limiter son autorité<sup>3357</sup>.

L'auteur écrivait en 2007. Depuis, la Cour a subi d'autres attaques encore, mais résisté toujours. Le bipartisme présidentieliste colombien doit être compris dans la perspective de la violence politique et criminelle, dans le contexte d'une économie fragile, face à laquelle le moment constituant a été une solution pacifique et a nourri espoir qui visait à refonder la légitimité des représentants, en nouant un accord avec les milices démobilisées et en intégrant certaines de leurs demandes. Trente ans plus tard, il semble que la Colombie soit toujours prise dans la recherche de stabilité – au détriment d'une démocratie véritablement plurielle, horizontale et délibérative – qu'avait marqué le *Frente nacional* au détriment de forces contestataires<sup>3358</sup>. La violence endémique est un fait structurel de la société Colombienne, mais la complexité est que les pouvoirs publics l'utilisent depuis des années pour renforcer une autorité centralisée et l'évacuation de toutes les questions.

En retour, c'est un rapport ambigu à la légalité qui demeure, comme les analyses de Mauricio García Villegas le montrent bien. Selon lui, c'est historiquement une « hyperpolitisation » qui a touché le pays avec un débat public abstrait à propos d'entités non négociables comme Dieu ou le peuple, excluant tout débat social et laissant à l'État la définition des enjeux symboliques<sup>3359</sup>. À côté de cette discussion entre élites, l'État fait face à une inefficacité de fait face aux guérilleros puis au narcotrafic<sup>3360</sup>, expliquant le phénomène endémique et structurel autant de la violence que d'une stabilité des institutions obtenue par la réduction de la participation, le clientélisme et un

---

<sup>3357</sup> R. UPRIMNY YEPES, « Judicialization of politics in Colombia », *op. cit.* note 135, p. 60 : « *Over the years, therefore, the Court gradually came to present itself as the executor of the values of freedom and social justice enshrined in the Constitution, allowing it to acquire a significant legitimacy in certain social sectors. But it always walked the knife's edge, since its progressiveness also triggered fierce criticism from other sectors, in particular from business circles and the government, which attacked the jurisprudence of the Court, accusing it of being populist and naïve. These players have not limited themselves to making criticisms; they have also attempted, so far without success, to pass numerous reforms to shut down the Court, or at least to seriously limit its authority.* »

<sup>3358</sup> R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, *op. cit.* note 374, p. 107 : « *(W)here members of the dominant political elite decided to get together after years of extreme violence to try to find a way out of a political crisis that included extreme violence. Usually, they tried to ensure political stability by distributing political resources and positions among the members of the elite and also by fostering peaceful economic development through a new social compact from which leftist and rebellious political forces were excluded.* »

<sup>3359</sup> M. GARCÍA VILLEGAS, « Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008) », *op. cit.* note 390, p. 27-29.

<sup>3360</sup> *Ibid.*, p. 29-31.

conservatisme sécuritaire : c'est donc un même ordre mafieux qui se nourrit de la faillite de l'État<sup>3361</sup>. Le discours public est alors travaillé par des positions extrêmes irréconciliables par nature<sup>3362</sup>. Pour le sociologue, les analyses de la vie politique colombienne doivent être ramenées vers la légalité afin, notamment, de résoudre le paradoxe d'institutions stables mais inefficaces ou impuissantes<sup>3363</sup>. Il est alors aisé de se prévaloir d'un besoin de plus de stabilité face à la violence ou à l'inverse d'une meilleure efficacité au détriment des institutions formelles. L'État n'est alors pas la concentration d'une autorité sur un territoire et une population comme dans la théorie classique européenne, mais un acteur d'une lutte armée pour le pouvoir politique dans une logique féodale ou pré-étatique au sens de la théorie de l'État<sup>3364</sup>.

Or, le projet de transformation sociale de la Constitution était porté à la Constituante pour plus de moitié par les guérilleros et les autochtones des zones en proie à la violence : dès lors, la Cour s'est trouvée dans la position d'être la principale interlocutrice des mouvements sociaux<sup>3365</sup>. En particulier, la Cour constitutionnelle de Colombie a pu s'appuyer sur un milieu intellectuel et académique qui lui était favorable dans les rapports de force avec l'exécutif<sup>3366</sup> tandis qu'à l'inverse, le parti conservateur et les gouvernements successifs ont préféré attaquer la Cour plutôt qu'élaborer une doctrine alternative<sup>3367</sup>. Pour David Landau plus généralement, la pérennité de l'activisme de la Cour constitutionnelle de Colombie s'explique par l'influence des universitaires dans la Cour et le soutien des universitaires doctrinaux, le soutien de la société civile et le soutien des classes moyennes qui ont bénéficié de la jurisprudence à partir de la crise économique de 1998<sup>3368</sup>. De ce point de vue, c'est parce que la Cour a rendu des décisions sur la santé et les prêts au logement qu'elle a pu statuer

---

<sup>3361</sup> *Ibid.*, p. 47-50.

<sup>3362</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>3363</sup> *Ibid.*, p. 19 et 50, et p. 51 : « se produce una dualidad muy marcada entre, de un lado, las instituciones formalmente previstas en la Constitución y las leyes y, de otro lado, las instituciones que existen en la práctica. O, como dicen algunos, entre institucionalidad formal e institucionalidad informal. Si bien formalmente Colombia es un país que parece dotado de una extraordinaria estabilidad institucional, sus instituciones han sido de cierta manera moldeadas en la práctica por el déficit de eficacia del Estado y de legitimidad del sistema político. »

<sup>3364</sup> « Estado, territorio y ciudadanía », in M. GARCIA VILLEGAS (dir.), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Derecho y ciudadanía, Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 19-48.

<sup>3365</sup> M. GARCIA VILLEGAS, « Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008) », *op. cit.* note 390, p. 70 : « La anomalía colombiana consiste en que tiene una Constitución muy progresista pero que carece de los apoyos políticos que se requieren para aplicarla plenamente. Sin apoyo social en los sectores populares, ni institucional por parte del Ejecutivo, la suerte de la Constitución ha quedado en manos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. »

<sup>3366</sup> D. LANDAU, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, *op. cit.* note 383, p. 128 et 183s.

<sup>3367</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>3368</sup> *Ibid.*, p. 128-282. Pour l'analyse de ces aspects, voir *supra*, section 1, §1, et chapitre 6, section 2, §2.

sur les déplacés et, en matière de santé, étendre son intervention aux plus démunis, tout en faisant face aux attaques des administrations Uribe et Santos<sup>3369</sup>.

En outre, la proximité de la Cour avec l'université, dont ses plus éminents membres sont issus<sup>3370</sup>, explique le rôle occupé par la juridiction dans l'espace public. D'une part, la nomination de nombreux juges universitaires participe à la rationalité particulière produite par la Cour, là où la nomination des membres des cours suprêmes relevait auparavant dans le pays d'un corporatisme judiciaire qui n'encourageait pas particulièrement un activisme de cette nature<sup>3371</sup>. Les juges nommés peuvent alors vouloir faire de la politique mais d'une manière qui leur est propre et qu'ils associent à la Cour. D'autre part, outre une tradition juridique ancienne, le glissement de certains espaces de lutte politique vers le droit constitutionnel peut alors expliquer le soutien dont bénéficie la Cour. Comme le note César Rodríguez Garavito, les élites technocratiques néolibérales au sein de l'appareil d'État et les élites juridiques qui croient en un néoconstitutionnalisme se construisent en même temps, en lien avec les universités américaines et institutions internationales, mais elles ne se confondent pas, et il apparaît à la fin des années 1990 une rupture, lorsque les secondes deviennent sceptiques des politiques menées et soutiennent l'activisme de la Cour constitutionnelle, tant pour la transformation sociale qui n'a pas eu lieu depuis 1990, à partir des présidences de Gaviria et Samper, que pour les atteintes aux droits, en particulière à partir du tournant sécuritaire colombien, sous Alvaro Uribe puis ses soutiens dans le paysage politique colombien<sup>3372</sup>.

## B. La démocratie militante de la Cour colombienne

La Cour a élaboré une approche de la démocratie qui s'oppose aux autres corps constitués (1) et passe par un discours des droits dont elle est le principal narrateur (2).

### 1. *Le pluralisme et la démocratie par le haut*

Si la jurisprudence de la Cour a dès 1992 fondé sa légitimité sur les droits sociaux, la Cour a également rempli l'objectif qui lui était assigné par le constituant qui était de contrôler le pouvoir politique et notamment de mettre fin aux pouvoirs présidentiels en matière d'urgence<sup>3373</sup>. Mais la Cour a étendu son pouvoir en s'attribuant un pouvoir de contrôle des révisions constitutionnelles.

---

<sup>3369</sup> D. LANDAU, R. DIXON, « Constitutional non-transformation ? », *op. cit.* note 146, p. 128 : « In all three cases, the Court and its allies employed the same basic approach – to frame the efforts as attacks on the tutela or even as efforts to kill the instrument off, which would undermine the ability of ordinary people to receive justice. (...) More broadly, the Court's approach appears to have contributed to an atmosphere in which socioeconomic rights are taken seriously in the broader political discourse. In other words, the Court's actions have fed back on the broader political process. »

<sup>3370</sup> Voir *supra*, chapitre 6, section 2, §1.

<sup>3371</sup> Voir *supra*, chapitre 1, section 1.

<sup>3372</sup> C.R. GARAVITO, *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de Los Andes, 2009, p. 62-70.

<sup>3373</sup> Voir *supra*.



La Cour annule d'abord la loi de convocation d'un référendum qui visait, entre autres, à contrer plusieurs décisions de la Cour quant aux pensions des fonctionnaires et à la possession de drogues<sup>3374</sup>. Elle a pour ce faire élaboré une doctrine de la substitution, selon laquelle une révision devient inconstitutionnelle lorsqu'elle remplace la Constitution par une nouvelle tant elle est substantielle. La Cour a également pu annuler une révision qui étendait les pouvoirs de l'exécutif dans les régions du pays marquées par la violence au motif que la discussion au Congrès avait été perturbée<sup>3375</sup>. La Cour affirme alors une vision particulière de la démocratie en liant, au sein de ce qu'elle estime devoir être la démocratie constitutionnelle, le principe majoritaire à la délibération publique et au pluralisme, pour que celui-ci ne devienne pas une « tyrannie de la majorité »<sup>3376</sup>.

Ainsi la théorie de la démocratie élaborée par la Cour, si elle n'est pas tout à fait représentative, n'est pas non plus populaire pour autant. La Cour décide en 2010 qu'une seconde réélection du président est inconstitutionnelle<sup>3377</sup>, alors même qu'elle avait décidé en 2005 que la réélection permise par une révision ne modifiait pas l'ordre constitutionnel<sup>3378</sup>. Alvaro Uribe jouissait en effet d'une grande popularité, mais il s'incline sans critique envers la Cour, ce qui a pu être perçu comme la clôture d'une période d'hostilité et le gain, pour la juridiction, d'une légitimité qui ne sera plus remise en cause frontalement. Pour justifier que la réélection constitue une substitution de la Constitution contrairement à ce qu'elle avait décidé en 2005, la Cour s'appuie sur une distinction factuelle entre les dix années de mandat actuelles et les douze années qui seraient possibles du fait de la révision, en s'appuyant notamment sur les effets vis-à-vis des droits des minorités qui surviendraient si le pouvoir politique pouvait rester le même si longtemps.

Cela apparaît notamment dans la décision de 2010 qui annule la loi de convocation d'un référendum constituant devant permettre la réélection du président Uribe au-delà du nombre de termes initialement prévu. Pour la Cour, le peuple s'autolimité dans la démocratie constitutionnelle et notamment en suivant les voix d'expression de la pluralité des vues<sup>3379</sup>. La juridiction distingue un pouvoir constituant originel d'un pouvoir dérivé (celui du référendum) qui ne pourrait modifier

---

<sup>3374</sup> CCC, C-551/03 (Eduardo Montealegre Lynett). Voir CCC, C-572/04. CCC, C-816/04. CCC, C-970/04. CCC, C-971/04. CCC, C-988/04. CCC, C-1040/05. CCC, C-588/09. Pour l'annulation d'un referendum constituant, voir également CCC, C-397/10 (Mauricio González Cuervo).

<sup>3375</sup> CCC, C-816/04 (Jaime Cordoba Trinivo et Rodrigo Uprimny Yepes). En particulier, le président de séance avait suspendu le vote le temps que la majorité discute avec ses membres puis a clos la séance en reportant le vote.

<sup>3376</sup> *Ibid.*, §137 : « Y es que en una democracia constitucional como la colombiana, que es esencialmente pluralista, la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía y que, además, las minorías hayan podido participar en dichos debates y sus derechos hayan sido respetados. Por consiguiente, para esta concepción, la democracia no es la tiranía de las mayorías, pues los derechos de las minorías deben ser respetados y protegidos. »

<sup>3377</sup> CCC, C-141/10 (Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>3378</sup> CCC, C-1040/05, *op. cit.*

<sup>3379</sup> Voir *infra*.

hors du contrôle du juge le texte adopté par le premier<sup>3380</sup>, poursuivant alors la jurisprudence qu'elle a élaborée pour justifier sa doctrine de la substitution. La Cour distinguait alors la révision constitutionnelle, permise par référendum à l'article 374 de la Constitution 1991, de la substitution de la Constitution que même la voie de la révision et même une loi constitutionnelle référendaire formellement conforme ne pourrait modifier. L'argument renvoie à une légitimité politique qu'il n'est pas aisée de fonder juridiquement. Pour la Cour, il ne fait pas de doute que

Dans le monde contemporain, avec le développement des principes démocratiques et de la souveraineté populaire, le pouvoir constituant appartient au peuple, qui a et conserve le pouvoir de se doter d'une constitution. Ce pouvoir constituant originaire n'est donc pas soumis à des limites légales et implique, avant tout, le plein exercice du pouvoir politique des associés.<sup>3381</sup>

Pour autant, la Cour a estimé que le pouvoir constituant de 1991 était d'une nature propre, qu'elle distingue juridiquement du pouvoir dérivé en s'appuyant en réalité sur la fonction politique et sociale du constituant de 1991. En effet,

L'acte de rédaction et de promulgation de la nouvelle Charte politique de 1991 est le résultat de la combinaison harmonieuse d'éléments différents et de divers processus politiques et juridiques qui, même s'ils constituent un épisode sui generis dans l'histoire constitutionnelle colombienne et sans altérer la normalité sociale et économique de la nation, ont permis l'expression originale du pouvoir souverain du peuple, a permis l'expression originale du pouvoir constituant, dans des canaux institutionnels spécifiquement conçus, dans le but de surmonter la crise du modèle d'organisation de l'État face aux assauts de la criminalité organisée et à la délégitimation croissante des règles et des événements de la démocratie représentative en vigueur. Ce processus d'expression du pouvoir constituant primaire, selon la Cour, est une émanation particulière de l'attribut incontestable des communautés politiques démocratiques qui, dans l'État contemporain, peuvent recourir à l'exercice de leurs pouvoirs originels de manière éventuelle et transitoire pour s'autoformer, ou pour réviser et modifier les décisions politiques fondamentales et pour donner à leurs institutions juridiques de nouvelles formes et de nouveaux contenus afin de réorganiser le cadre de la réglementation de base avec une nouvelle orientation pluraliste.<sup>3382</sup>

---

<sup>3380</sup> CCC, C-141/10, *op. cit.*, §2.8.

<sup>3381</sup> CCC, C-551/03, *op. cit.*, §29 : « *En el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados.* »

<sup>3382</sup> CCC, C-544/92, *op. cit.*, §11 : « *El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio sui generis en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de*

Cet acte fondateur détermine alors selon la Cour les révisions ultérieures, puisque

[...] le pouvoir de révision, ou pouvoir constituant dérivé, se réfère à la capacité de certains organes de l'État, parfois en consultation avec les citoyens, de modifier une Constitution existante, mais dans les limites déterminées par la Constitution elle-même. Cela implique qu'il s'agit d'un pouvoir institué par la Constitution et exercé dans les conditions fixées par la Constitution elle-même. Ces conditions comprennent les questions de compétence, de procédures, etc. Il s'agit donc d'un pouvoir de réforme de la Constitution elle-même, et en ce sens il est constituant ; mais il est institué par la Constitution existante, et il est donc dérivé et limité.<sup>3383</sup>

La Cour admet bien que la Constitution ne prévoit aucune limite explicite à la révision autre que la procédure de révision elle-même, mais distingue de telles limites la substitution de la Constitution qui elle ne pourrait avoir lieu<sup>3384</sup>. La Cour s'appuie étonnamment sur une « interprétation littérale » : puisque l'article 374 établit que « la Constitution peut être révisée », elle ne pourrait être changée par ce que la Cour nomme une substitution, puisqu'elle indique elle-même qu'elle peut être révisée et non que l'on puisse sortir de la Constitution « actuelle »<sup>3385</sup>. Si l'interprétation est littérale, elle est aussi *a contrario* :

[...] le pouvoir de révision constitutionnelle, même si un mécanisme référendaire est utilisé, n'est pas l'œuvre du pouvoir constituant originaire ou du peuple souverain, mais l'expression d'une compétence juridiquement organisée par la Constitution elle-même, et est donc nécessairement limité par l'impossibilité de remplacer la Charte, puisque cela impliquerait que le pouvoir de réforme soit érigé en pouvoir constituant originaire.<sup>3386</sup>

---

*la democracia representativa vigente. Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista. »*

<sup>3383</sup> CCC, C-551/03, *op. cit.*, §30 : « Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado. »

<sup>3384</sup> *Ibid.*, §33.

<sup>3385</sup> *Ibid.*, §34. Aussi, « Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la “reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario. ». La Cour cite a contrario des Constitutions qui auraient prévu leur changement complet, comme celle de 1848 en France ou la Constitution suisse, ou la Constitution argentine de 1853, ou la Constitution vénézuélienne, qui prévoient la convocation d'une constituante.

<sup>3386</sup> *Ibid.*, §40 : « Así, el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario. »

Plus encore, l'interprétation donnée de la Constitution est ici *a fortiori* puisque la Cour ajoute l'élément de définition d'une substance à partir de la modification de laquelle on changerait de Constitution. La supraconstitutionnalité opposée au constituant est ici une substance qui ne se rattache à aucun article particulier et la Constitution elle-même n'est pas seulement « une adoption verbale ou écrite » d'un texte mais des principes plus vastes d'organisation de la société<sup>3387</sup>. Cette substance dépend en réalité des contours que la Cour a elle-même donné à l'esprit du texte de 1991.

On pourrait dire que la substance du changement constitutionnel dépend également d'une valeur attribuée à l'Assemblée constituante, à laquelle il est fait mention lorsque ses membres ont pu exprimer un scepticisme envers le référendum dans sa dimension plébiscitaire<sup>3388</sup>. La Constitution de 1991 n'a pas été adoptée par référendum mais par une Assemblée constituante elle-même convoquée par un référendum, sans vote au suffrage universel après l'élaboration du texte par les délégués et avec de surcroît une participation très faible, autour de 24%. Les représentants de 1991 ont alors formé pour la Cour une forme de pluralisme démocratique qui incarnait la souveraineté populaire et détient une supériorité juridique sur le vote ultérieur, même populaire. Elle adhère donc à une idée du peuple distincte de celle des votants, comme dans la démocratie libérale, avec le scepticisme envers la population qui l'accompagne. La Cour procède en 2003 à un examen détaillé des conditions du référendum en cause, qui visait entre autres nombreuses questions à interdire des fonctions publiques et électives aux personnes condamnées en justice, à réduire les fonctions des procureurs locaux, à limiter le montant maximum des retraites, à instituer des peines aggravées pour les consommateurs de stupéfiants, ou encore à limiter les dépenses publiques. La Cour estime que le référendum avait un objet plébiscitaire<sup>3389</sup>. Or, la Constitution et le constituant, selon elle, ajoutent la démocratie directe à la démocratie participative et à la démocratie représentative sans instituer de préséance<sup>3390</sup>.

Ainsi plus largement la Cour élabore une approche de la démocratie – normative mais également contentieuse et très concrète – qui s'appuie sur une méfiance envers la majorité qu'elle soit parlementaire ou populaire. Dans sa décision de 2010, la Cour estime que

L'idée de peuple souverain est un concept constitutionnel-limite, étroitement lié aux idées de souveraineté, de démocratie libérale et de démocratie constitutionnelle. La vision historique et

---

<sup>3387</sup> *Ibid.*, §37 : « *Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera "adopción" verbal o escrita de la Constitución pues, a partir de tal manifestación –sea compleja o sencilla-, se define la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado* ». La Cour cite également « par exemple » un changement pour un État totalitaire.

<sup>3388</sup> *Ibid.*, §43.

<sup>3389</sup> *Ibid.*, §117-199.

<sup>3390</sup> *Ibid.*, §44.

conceptuelle typique de l'État de droit libéral qui a prévalu depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle prônait une notion de souveraineté encadrée par le concept de nation en tant qu'unité homogène. Depuis la Seconde Guerre mondiale, cette conception du XIX<sup>e</sup> siècle a évolué vers une vision pluraliste, selon laquelle tant la position de la majorité que les voix des minorités doivent être garanties, et il n'est plus possible qu'un seul groupe de citoyens, aussi important et respectable soit-il, puisse prétendre être la voix du peuple souverain.<sup>3391</sup>

Dès lors,

[...] la notion de peuple qui accompagne la conception de la démocratie libérale constitutionnelle ne peut être étrangère à la notion de pluralisme et implique la coexistence d'idées, de races, de sexes, d'origines, de religions, d'institutions ou de groupes sociaux différents. Un peuple de composition aussi hétérogène, en choisissant un modèle de démocratie constitutionnelle, accepte que tout pouvoir ait des limites et, par conséquent, en tant que peuple souverain, accepte de se constituer et de s'autolimiter conformément à ce modèle démocratique et institue des canaux par lesquels il peut s'exprimer dans toute sa diversité.<sup>3392</sup>

La pluralité vient alors justifier une conception de la démocratie qui fait primer les droits et la Constitution sur la volonté des représentants comme du peuple réuni en référendum. De même lorsqu'elle annule une loi constitutionnelle qui visait à créer un nouveau mode de nomination des juges ordinaires, la Cour rappelle que son pouvoir de contrôle des révisions constitutionnelles repose sur une défense des droits qui s'oppose

---

<sup>3391</sup> *Ibid.*, §1.5 : « La idea de pueblo soberano es un concepto constitucional límite estrechamente relacionado con las ideas de soberanía, democracia liberal y democracia constitucional. La visión histórica y conceptual típica del Estado liberal de derecho que predominó desde el siglo XVIII propugnó una noción de soberanía enmarcada dentro del concepto de nación como unidad homogénea. A partir de la Segunda Guerra Mundial esa noción decimonónica ha evolucionado hacia una visión pluralista, de acuerdo con la cual es menester garantizar tanto la posición de la mayoría como las voces de las minorías y ya no es posible que un único grupo de ciudadanos, por numeroso y respetable que sea, se atribuya la voz del pueblo soberano. »

<sup>3392</sup> *Ibid.*, §1.5 : « En este orden de ideas, la noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. »

[...] au modèle plébiscitaire de la démocratie, qui revient à réduire radicalement la légitimité du système politique et économique, de manière exclusive, à la volonté de la majorité, indépendamment du contenu de cette volonté<sup>3393</sup>.

C'est donc une démocratie des droits que défend la Cour dans l'espace politique, tout en considérant qu'elle porte elle-même la garantie et le discours de ces droits.

Une autre manière pour la Cour de défendre une démocratie non-majoritaire a été de favoriser les processus internes au système politique. La Cour a pu estimer que la limite d'âge placée à 25 ans qui entraînait l'annulation d'une candidate de gauche au conseil municipal de Bogota, alors âgée de 23 ans, allait à l'encontre de son droit à l'identité culturelle<sup>3394</sup>. Bien qu'elle ne se présentait pas sur une liste en tant qu'autochtone, l'appartenance communautaire de la candidate, et le fait que le peuple Arhuaco considère majeure et capable de s'exprimer toute femme pubère, permet d'écarter la limite d'âge avec un effet concret applicable uniquement au litige. Plus largement, la jurisprudence a été particulièrement protectrice du droit à la consultation des peuples autochtones dans les décisions les concernant et en particulier concernant l'exploitation économique des terres<sup>3395</sup>. Dans une décision de 2021, la Cour estime que « l'opposition est la première à réaliser l'idéal du gouvernement constitutionnel<sup>3396</sup> ». La Cour propose alors une longue analyse historique du rôle des partis dans les régimes démocratiques, citant de nombreuses références philosophiques et de science politique : les partis remplissent selon elle une fonction historique qui dépasse l'exercice du pouvoir mais incarnent le pluralisme idéologique, en complément des mouvements sociaux qui exercent eux une fonction de « protestation conflictuelle »<sup>3397</sup> qui pacifie la société en intégrant le conflit social<sup>3398</sup>. La Cour insiste alors particulièrement sur cette seconde fonction. En particulier, pour elle, dans les « régimes présidentiels d'Amérique latine », l'opposition joue un rôle plus

---

<sup>3393</sup> C'est une approche qu'elle oppose notamment à la défense de la loi présentée par la Procuraduría, CCC, C-285/16 (Luis Guillermo Guerrero Pérez), §3.3 : « *la tesis de la Procuraduría General de la Nación sobre la inexistencia de barreras o límites al poder de reforma de la Constitución, se opone a los principios básicos sobre los cuales se funda el Estado Constitucional de Derecho. Este modelo de Estado supuso la superación del modelo plebiscitario de la democracia, que hacía radicar la legitimidad del sistema político y económico, de manera exclusiva, en la voluntad de la mayoría, independientemente del contenido de esta voluntad. Dentro del nuevo modelo de democracia, en cambio, la voluntad de la mayoría debe contar con algunas cualificaciones elementales para servir como criterio jurídico de validación de las decisiones en el escenario político, económico y social, y en particular, para que el contenido de dicha voluntad sea compatible con los límites al poder y con la garantía de los derechos humanos* ».

<sup>3394</sup> CCC, T-778/05 (Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>3395</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2. Voir Voir CCC, C-030/08 (Rodrigo Escobar Gil). CCC, C-175/09 (Luis Ernesto Vargas Silva). CCC, C-702/10 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), CCC, C-366/11 (Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>3396</sup> CCC, SU-073/21 (Alberto Rojas Ríos), §2.3.1 : « *la oposición es la primera llamada a realizar el ideal del gobierno constitucional* ». Le vice-président du Sénat avait interrompu une séance convoquée par l'opposition afin d'entendre le ministre de l'Intérieur et le procureur national dans une affaire d'appel d'offre en travaux publics, avec une suspicion de corruption. La Cour estime que la suspension était une atteinte injustifiée aux droits de l'opposition contenus dans l'article 112 de la Constitution et garantis par une loi de 2018. Elle enjoint le président du Sénat de convoquer les membres de l'opposition afin de les informer qu'ils ont le droit de convoquer et mener un débat.

<sup>3397</sup> *Ibid.*, §2.1.

<sup>3398</sup> *Ibid.*, §2.3.2.

important encore qu'en Europe, puisqu'il s'agit de compenser et contrôler le pouvoir de l'exécutif<sup>3399</sup>. Il s'agit par l'action collective et l'agrégat des intérêts, d'éviter la personnalisation du pouvoir et le « caudillisme » qui mènent à l'autoritarisme<sup>3400</sup>. Il s'agit également, dans le contexte colombien, d'éviter la « proximité idéologique » que présentaient les partis du *Frente nacional*<sup>3401</sup>. Aussi, pour la Cour, l'inclusion des différents intérêts sociaux dans la structure politique que réalisent les partis est une condition nécessaire de la légitimité politique de l'ordre constitutionnel<sup>3402</sup>. Un parti unique – même s'il bénéficiait d'un soutien populaire incontestable – serait au contraire une dévitalisation du régime constitutionnel, dont le trait dominant est un pluralisme compris comme une grande diversité idéologique<sup>3403</sup>. Ce n'est alors pas une démocratie procédurale ou représentative que défend la Cour, mais une démocratie radicale où s'affrontent des points de vue variés. Dès lors, au-delà de la seule protection des droits de l'opposition dont il était question en l'espèce,

La Cour rappelle que l'une des expressions de la démocratie est la confrontation non violente entre le gouvernement et l'opposition dans le cadre des règles constitutionnelles. Pour que cela se réalise, il est nécessaire que la société débattenne, fasse circuler des idées et des propositions, qui ne doivent pas être désidéologisées ou dépolitisées, car elles montrent la vitalité et la dynamique sociale. Dès lors, chaque gouvernement et parti d'opposition doit être identifiable idéologiquement et par des programmes, afin que les citoyens comprennent que ce n'est pas la même chose de choisir l'un ou l'autre.<sup>3404</sup>

De tels propos surviennent alors que le gouvernement et sa majorité sont fragilisés par des contestations sociales et, plus largement, un essoufflement des mouvements politiques qui se sont succédés dans le sillage de l'uribisme mais partageaient tous de nombreuses personnalités et ministres. En 2020 et 2021, des soulèvements ont eu lieu dans tout le pays comme il n'y en avait pas eu depuis la fin des années 1980 et les grandes manifestations qui avaient menés à la

---

<sup>3399</sup> *Ibid.*, §2.3.3.

<sup>3400</sup> *Ibid.*, §2.1.

<sup>3401</sup> *Ibid.*, §2.2

<sup>3402</sup> *Ibid.* La Cour cite alors les auteurs du contrat social autant que Maurice Duverger, Robert Dahl ou Nobberto Bobbio, voir notes 37 à 57.

<sup>3403</sup> *Ibid.*, §2.3.1, par exemple : « *Se ha comprendido que las sociedades políticamente muy homogéneas, se acercan a regímenes autoritarios o dictatoriales, y en esa medida, la diversidad y el pluralismo político son la mayor garantía para el control del poder del gobierno.* ». Dès lors, « *la importancia de los partidos y movimientos políticos de oposición no se agota en su concurrencia a los eventos electorales. Resultan ser más importantes en el periodo entre elecciones, es decir durante el periodo constitucional en el que se ejerce el gobierno. Esto en atención a que, su función constitucional es realizar críticas y fiscalización al gobierno y ofrecer alternativas a las soluciones a los problemas sociales.* »

<sup>3404</sup> *Ibid.*, §2.3.2 : « *La Corte recuerda que una de las expresiones de la democracia es la confrontación no violenta del gobierno y la oposición dentro de reglas constitucionales. Para que ello se cumpla, se requiere que en la sociedad se debata, circulen las ideas y propuestas, las cuales no deben ser desideologizadas ni despolitizadas, dado que evidencia la vitalidad y dinámica social. Por tanto, se requiere que cada partido en gobierno y oposición sea identificable ideológica y programáticamente, para que la ciudadanía comprenda que no es igual elegir a uno o a otro. En efecto, la existencia de la oposición, en sí mismo, permite que se identifique con mayor claridad quienes ejercen el gobierno y quienes son la alternativa al mismo.* »

constituante. L'incapacité du gouvernement d'y répondre autrement que par le maintien de l'ordre a été ciblé par l'opposition, de même que sa gestion des conséquences sociales de la pandémie de Covid-19 et la mise en œuvre gelée des accords de paix de 2016<sup>3405</sup>. En 2022, le Pacto historico, qui réunissait plusieurs partis de gauche et mouvements sociaux, remportait la majorité au Congrès puis la présidence avec Gustavo Petro, soit une alternance aux partis libéral et conservateur inédite dans l'histoire colombienne.

La Cour a imposé une démocratie par le haut, élaboré par elle-même au fil de ses opinions les plus explicites, avec une conception particulière des droits où ceux-ci non seulement protègent, mais intègrent la minorité au sein même de l'idéal constitutionnel. Lorsque la Cour élabore un principe de pluralisme idéologique à partir des dispositions évoquant une Colombie « démocratique, participative et pluraliste » et les libertés d'expression, d'opinion, de religion, et relatives aux groupes ethniques, la juridiction se fonde sur « l'expression normative d'une réalité sociologique » et la coexistence des opinions, mais aussi le rôle « des groupes sociaux et des institutions en tant que communautés intermédiaires entre l'individu et l'État »<sup>3406</sup>. La Cour insiste également sur une définition non-majoritaire de la démocratie dans sa décision de 2016 qui étendait le mariage aux personnes de même sexe après que la Cour avait appelé quatre ans auparavant le législateur à remédier au déficit de protection de l'union de fait dans une jurisprudence antérieure<sup>3407</sup>. L'opinion majoritaire débute par une exposition de la notion de tyrannie majoritaire en citant Tocqueville, puis de l'égalité de statuts permis par les droits en citant Dworkin : l'État social de droit correspond selon la Cour à un dépassement de la majorité électorale par une garantie des droits de la minorité<sup>3408</sup>. Dans le cas concerné, la Cour dit alors concilier le principe majoritaire incarné par le Congrès et la protection des droits incarnée par sa propre jurisprudence<sup>3409</sup>.

---

<sup>3405</sup> D. PECAUT, « La Colombie, une nation fragmentée », *Esprit*, n° 480, 2021, p. 119-130.

<sup>3406</sup> CCC, T-527/92 (Fabio Morón Díaz), b. : « *La Nueva Carta ha dado expresión normativa a una realidad sociológica latente en el mundo contemporáneo, realidad que, en punto a precisar el sentido del pluralismo, se desdobra en dos dimensiones; una de ellas muestra la insospechada variedad de opiniones que coexisten en el seno de la sociedad. Ante la imposibilidad e inconveniencia de imponer una sola orientación, que, sin discusiones de ninguna índole deba ser acogida por todos los asociados, el Estado democrático permite y favorece la expresión y difusión de esa diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones o concepciones del mundo. Dentro de la segunda dimensión, se observa la atribución del ejercicio de los poderes públicos a diversas organizaciones estatales, que guardan entre sí la debida correspondencia y armonía, y a la vez permiten el acercamiento del Estado a los diferentes grupos en que el hombre desarrolla su actividad cotidiana y a los cuales pertenece, ya en razón de vínculos naturales, ora porque se ha afiliado a ellos. De ahí surge el reconocimiento de los grupos e instituciones sociales que se erigen en comunidades intermedias entre el individuo y el Estado.* »

<sup>3407</sup> CCC, SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos).

<sup>3408</sup> *Ibid.*, §1, intitulé « *La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional* ».

<sup>3409</sup> *Ibid.*, §1.



## 2. *Le pluralisme mis en scène : les conflits idéologiques à la Cour*

Une approche de la démocratie par le haut se trouve notamment dans la diffusion volontaire d'un discours des droits au sein de la société. Le juriste et juge Carlos Gaviria Diaz estime typiquement que la Colombie est passée d'un État démocratique libéral à un État constitutionnel où les droits et les minorités fondent l'action du juge plus que la seule démocratie, que l'on comprend alors dans son sens électoral. Mais il admet les tensions qui viennent de « larges couches de la population très attachées à des préjugés traditionnels<sup>3410</sup> » face à ces droits et « qui trouvent des relais dans des organismes représentatifs, lesquels deviennent un obstacle insurmontable pour la matérialisation des droits<sup>3411</sup> ». Pour le juge, il ne faudrait pas regarder cette action avec le regard de la démocratie libérale, qui vise à conserver une matérialité existante, mais bien dans le contexte d'une société démocratique à construire<sup>3412</sup>. Or, le paradoxe est que cette démocratie à construire s'oppose à la démocratie prise dans un autre sens... et que le juge se retrouve à arbitrer entre ces différents sens pour faire valoir le premier sur le second. Au-delà ou en-deçà des justifications théoriques, il faut comprendre l'inscription institutionnelle de la Cour constitutionnelle de Colombie, qui lui confère un rôle particulier. Le pays est marqué par un « *Apartheid institutionnel* » qui fait que les juges sont moins, ou peu présents dans une grande partie du territoire, où ils cohabitent avec les acteurs du conflit armé, dans un univers qui mêle le légal et l'illégal, le formel et l'informel<sup>3413</sup>. C'est là qu'il faut distinguer la justice ordinaire, dans ces zones, des grandes cours à Bogota et de leurs relations avec l'exécutif et le législatif. Les secondes sont en prises avec des conflits politiques et symboliques autour de l'État, quand bien même celui-ci n'a pas de sens dans une grande partie du territoire colombien ; sans être absent il est un acteur du conflit armé comme un autre, voire considéré comme la branche armée d'un parti politique<sup>3414</sup>. Dès lors, la Cour constitutionnelle de Colombie élabore son discours non seulement dans l'espace délimité par la dialectique de la violence, en l'élargissant constamment vers l'idéal constitutionnel inclusif, mais également par une tendance à l'abstraction au cœur des conflits symboliques sur la définition même de la puissance publique et de la souveraineté. Mais du fait de son incapacité à pouvoir elle-même rendre l'État plus efficace, à l'exception notable des tentatives de réaliser une exécution structurelle complexe<sup>3415</sup>, la Cour se retrouve à produire un discours théorique justifiant sa conception – ou la

---

<sup>3410</sup> C. GAVIRIA DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Editions Kimé, Collection Nomos & normes, 2015, p. 19-28, p. 27.

<sup>3411</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>3412</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>3413</sup> M. GARCIA VILLEGAS, M.A. CEBALLOS BEDOYA, « Derecho, justicia y sociedad en Colombia », *op. cit.* note 423.

<sup>3414</sup> *Ibid.*

<sup>3415</sup> Voir *supra*, chapitre 7, section 2.

conception de son milieu proche de l'idéal constitutionnel et relativement éloigné du milieu partisan – de la chose publique.

C'est une conception différente de l'efficacité et de la transformation sociale en tant qu'elles seraient discursives : la Cour agirait sur la réalité en produisant une jurisprudence importante au niveau des présupposés politiques les plus admis, juridicisés par le constituant et elle-même. La critique du rôle de la Cour, lorsqu'elle ne repose pas sur une moindre légitimité mais son manque d'efficacité structurelle, tient alors à une vision étroite de l'activité judiciaire qui se concentre sur les litiges résolus et non la participation à l'élaboration d'une vision de la Constitution et de la norme<sup>3416</sup>. Un débat récurrent vise ainsi la futilité supposée de certaines décisions rendues en matière d'autonomie personnelle, qui ont pu exiger le remboursement d'opérations esthétiques mammaires ou d'opérations visant à réduire l'impuissance sexuelle masculine, condamnant les lycées obligeant les garçons à avoir le cheveu court, le droit d'une femme à porter du maquillage dans une école catholique, ou encore le refus de laisser les filles jouer dans un club de foot au motif que cela reproduisait les stéréotypes de genre<sup>3417</sup>. Le contexte intégré à la construction normative de la Cour est celui des sciences notamment critiques produites sur la société. On peut lire que la jurisprudence relative aux droits de la nature serait purement poétique ou symbolique<sup>3418</sup> mais il s'agit précisément, du point de vue de la Cour, de l'objectif visé puisque la production d'énoncés chargés en valeurs et symboles constituent le droit constitutionnel pour le juge. La Cour estime qu'il s'agit de changer les représentations au plus près du réel, ce qui est une inversion du raisonnement inductif mené à partir des faits, puisque la production de la norme, cette fois-ci, vient changer le réel. La chose est d'autant plus importante que le droit n'a pas seulement été associé à un formalisme mais à la répression ou aux états d'exception ; le discours de la Cour incarne alors une alternative à la forme juridique qui accompagnait une forme de politique que celle qu'elle produit.

Plus récemment, des voix conservatrices se sont exprimées à la Cour : celles d'Alejandro Linares Cantillo (2015-...), diplômé de l'université Los Andes, qui a occupé différents postes de

---

<sup>3416</sup> J. GONZÁLEZ JÁCOME, « The Promise and Peril of “Transformative Constitutionalism” – A Reply to Justice Carlos Bernal », *International journal of constitutional law blog*, 27 décembre 2018, en ligne <http://www.iconnectblog.com/2018/12/the-promise-and-peril-of-transformative-constitutionalism-a-reply-to-justice-carlos-bernal/> (consulté le 28 septembre 2020). L'auteur avance néanmoins à l'encontre de la critique de Carlos Bernal, *supra*, un argument de nature plus politique, lequel répond également à un argument de nature politique chez Carlos Bernal, qui tient à la légitimité des organes constitutionnels : l'auteur dit souhaiter que la Cour défende les plus pauvres et estime qu'elle est l'organe le mieux placé pour le faire, tandis que Carlos Bernal, outre qu'il doute de l'efficacité de cette action, la juge illégitime vis-à-vis de la représentation politique. Voir *infra*, chapitre 7.

<sup>3417</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 1, §2, A., 1.

<sup>3418</sup> M. DELCAS, « En Colombie, les droits bafoués du fleuve Atrato », *Le Monde*, 20 novembre 2022. J. BETAÏLLE, « Des droits pour la nature, un nouveau mirage juridique », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *L'arbre, l'homme & le(s) droit(s)*, Editions L'Épître, Série Revue Méditerranéenne de Droit Public, vol. X, 2019, p. 77-87. Voir également les propos de Julien Bétaïlle rapportés dans C. LEGROS, « Accorder des droits à la nature, une révolution juridique qui bouscule notre vision du monde », *Le Monde*, 21 octobre 2022.

juriste dans l'administration et a été vice-ministre, ainsi que de Cristina Pardo Shlesinger (2022-...), qui a été formée à l'université Rosario, ancienne avocate et conseillère juridique du président Santos. C'est également le cas de Carlos Bernal Pulido (2017-2021), universitaire, docteur de l'université Salamanque en Espagne, professeur à l'université Externado, auteur de nombreuses publications et d'un ouvrage reconnu sur le principe de proportionnalité en s'inspirant des doctrines espagnoles et allemandes<sup>3419</sup>. Il a élaboré un discours critique vis-à-vis du constitutionnalisme transformateur, ses prétentions et son aspect politique<sup>3420</sup>. À l'opposé se trouve Diana Fajardo Rivera, qui a occupé différents postes dans l'administration, a rendu des décisions nombreuses relativement aux discriminations et violences de genre<sup>3421</sup>, aux droits de l'enfance<sup>3422</sup>, à la protection des personnes souffrant de pathologies mentales au travail<sup>3423</sup>, à la sécurité sociale et au minimum vital vis-à-vis notamment des obligations pesant sur les entreprises de santé et les employeurs<sup>3424</sup>, et à l'éducation<sup>3425</sup>, aux populations afrocolombiennes<sup>3426</sup>. Une autre personnalité incarne un parcours typique proche de la Cour : Natalia Angel-Cabo, nommée en 2022, a été professeure à l'université Los Andes après des études dans la même université et à Harvard et la Osgoode Law School à Toronto, ainsi qu'auxiliaire, à la Cour, des juges Eduardo Cifuentes Muñoz et Carlos Gaviria Díaz. Elle a pu écrire sur le constitutionnalisme transformateur en notant la tension entre la participation citoyenne qu'elle juge démocratique et des juges fort, même s'ils ne font selon elle que répondre aux plaintes individuelles face à un pouvoir politique défaillant<sup>3427</sup>. Elle plaide alors pour un effet

---

<sup>3419</sup> C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2014. Voir également C. BERNAL PULIDO, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, L'Harmattan, Droit comparé, 2015, trad. A. Martin. C. BERNAL PULIDO, *Le droit des droits. De l'application des droits fondamentaux au prisme du droit comparé*, traduit par Arnaud Martin, L'Harmattan, 2015. C. BERNAL PULIDO, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 20, 2018.

<sup>3420</sup> Voir C. BERNAL PULIDO, « The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court », *International journal of constitutional law blog*, 31 octobre 2018, en ligne <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/> (consulté le 28 septembre 2020). C. BERNAL PULIDO, « Les stratégies judiciaires du constitutionnalisme transformateur pour réduire la pauvreté et les inégalités », *Sorbonne student law review - Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, vol. 2, n° 2, 2019, p. 33-65.

<sup>3421</sup> Voir CCC, T-368/20 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3422</sup> CCC, T-468/18 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3423</sup> Voir CCC, T-494/18 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-434/20 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-424/22 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3424</sup> Voir CCC, T-491/18 (Diana Fajardo Rivera). CCC, SU-226/19 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-003/20 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-385/20 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-530/20 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-111/21 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-121/21 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-024/22 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-227/22. CCC, T-443/22 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-104/22 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3425</sup> Voir CCC, T-106/19 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-122/18 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-390/22 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3426</sup> Voir CCC, C-295/19 (Diana Fajardo Rivera). CCC, T-276/22 (Diana Fajardo Rivera). Sur les populations déplacées, voir CCC, T-450/19 (Diana Fajardo Rivera).

<sup>3427</sup> N. ANGEL-CABO, D. LOVERA PARMO, « Latin America Social Constitutionalism: Courts and Popular Participation », *Social and economic rights in theory and practice. Critical inquiries*, Routledge, 2015, p. 85-104.

dialogique des juridictions comme amorceurs (*dialogue igniters*)<sup>3428</sup>. On pense bien entendu au rôle de catalyseur souhaité par Katharine Young en matière de droit sociaux<sup>3429</sup>.

Des conflits idéologiques sont alors apparus au sein même de la jurisprudence de la Cour à partir des années 2010. Des juges conservateurs échangent alors ouvertement avec des juges progressistes. Le juge Pulido a motivé le rejet d'une demande en matière de minimum vital à l'issue d'une lecture serrée de la jurisprudence quant aux critères de « pauvreté extrême » et « d'indigence »<sup>3430</sup>. Il insiste notamment sur le fait que la vulnérabilité devait être prouvée dans chaque cas concret<sup>3431</sup>, de même le caractère « grave et direct » de l'atteinte à la dignité qui donne droit à la protection judiciaire du minimum vital<sup>3432</sup>. Le magistrat a également pu rédiger une opinion dissidente dans laquelle il refuse de considérer le « droit à l'hygiène menstruelle » consacré par la Cour<sup>3433</sup>. Un autre exemple voit le juge Carlos Bernal Pulido rédiger une opinion dissidente en estimant qu'une requête dirigée contre une tutela n'était pas une question constitutionnelle mais devait être traitée par un juge ordinaire d'appel ou de cassation vis-à-vis du code de procédure civile : contre une tendance qui remonte aux premières décisions de la Cour, le juge pose des critères stricts à la sélection des *tutelas* de manière à ce que celles-ci ne reviennent pas à traiter de questions de légalité ou à être opposées aux décisions des juges ordinaires<sup>3434</sup>. Cette reconstruction rare et détaillée de la jurisprudence est une manière à la fois de la rationaliser et d'en présenter une lecture limitative.

Une décision rendue par Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera et Luis Guillermo Guerrero Pérez donne partiellement droit à la demande d'une étudiante muette qui contestait les mesures d'adaptation prises par son université, estimant que les griefs n'entraient pas dans le contenu minimal du droit à l'égalité et à l'éducation des personnes handicapées et n'appelaient donc pas une condamnation, tout en enjoignant l'université à prendre des mesures plus adaptées que celles qui avaient été prises<sup>3435</sup>. Diana Fajardo rend alors une opinion concordante qui regrette que la décision n'aille pas plus loin en garantissant une égalité « réelle et effective »<sup>3436</sup> en donnant droit aux demandes de mettre à disposition des interprètes en langue des signes mieux formés ou encore

---

<sup>3428</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>3429</sup> Voir *supra*, chapitre 7, section 1.

<sup>3430</sup> CCC, T-716/17 (Carlos Bernal Pulido), signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Alejandro Linares Cantillo.

<sup>3431</sup> *Ibid.*, §62.

<sup>3432</sup> *Ibid.*, §69-77. Voir également CCC, T-497/17 (Carlos Bernal Pulido), signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Alejandro Linares Cantillo. Pour le droit à l'éducation, voir CCC, T-715/17 (Carlos Bernal Pulido), signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Alejandro Linares Cantillo.

<sup>3433</sup> CCC, T-398/19 (Alberto Rojas Ríos).

<sup>3434</sup> CCC, T-272/18 (José Fernando Reyes Cuartas), opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido.

<sup>3435</sup> CCC, T-027/18 (Carlos Bernal Pulido).

<sup>3436</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera.

des matériels adaptés dans tous les espaces. La juge reproche à l'opinion majoritaire son usage étroit du concept de proportionnalité et de caractère raisonnable à fins de réduire les obligations positives pesant sur les pouvoirs publics<sup>3437</sup>. Elle reproche alors à la décision « ses répercussions tangibles sur la conception du droit constitutionnel et la suprématie de la Constitution<sup>3438</sup> ». Évoquant explicitement « des questions difficiles qui ont suscité des discussions profondes à l'intérieur même de la juridiction », Diana Fajardo estime que l'opinion majoritaire « réduit la force normative de la Constitution » et « affaiblit le nouveau constitutionnalisme dont la Cour constitutionnelle de Colombie a été l'une des représentantes à l'échelle globale »<sup>3439</sup>. Citant à la fois la doctrine (notamment Manuel José Cepeda Espinosa et David Landau) et la jurisprudence de la Cour (notamment les décisions de Ciro Angarita Barón, Jorge Iván Palacio Palacio, Alejandro Martínez Caballero, Jorge Iván Palacio et Eduardo Cifuentes), la magistrate associe cette force normative à une reconnaissance large des droits<sup>3440</sup>.

En particulier, Diana Fajardo estime dans cette dissidence de 2018 que l'opinion majoritaire affaiblit les droits parce qu'elle fait du contrôle de proportionnalité et du contrôle du caractère raisonnable non un moyen de contrôle des pouvoirs publics, mais un « formalisme » qui « ajoute des structures analytiques complexes » en réduisant l'ampleur des droits demandés<sup>3441</sup>. Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est réalisé et professé par Carlos Bernal Pulido est alors associé au néoformalisme souvent reproché aux théories du droit principielles<sup>3442</sup> tandis que l'approche mise en avant par la juge Fajardo semble mettre en avant une définition substantielle des droits avant tout raisonnement analytique. Évoquant une décision d'Eduardo Cifuentes de 1992 accordant une demande tendant à un soin médical pour un vieil homme indigent, et la dimension à la fois « factuelle » et « iusfondamentale » de la décision d'alors, Diana Fajardo exprime clairement sa vision d'un raisonnement qui ne serait pas formel :

C'est l'essence protectrice, active et informelle du recours en *amparo* que je suis convaincue qu'il incombe à cette Cour de défendre. La recherche d'une méthodologie judiciaire pour résoudre les

---

<sup>3437</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §6s.

<sup>3438</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §5.

<sup>3439</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §6 : « *La Sentencia parte de una preocupación que puede resultar válida al derecho constitucional, producto de la naturaleza misma, amplia e indeterminada, de las disposiciones constitucionales: ¿cuál es el contenido específico de los derechos fundamentales?, ¿cómo resolver los choques entre derechos?, ¿qué es lo razonable y cómo se determina? Estas son preguntas difíciles que han ameritado deliberaciones profundas al interior de esta Corporación. Sin embargo, la providencia de la que me aparto reformula conceptos claves del constitucionalismo de manera tal que, (i) reducen la fuerza normativa de la Carta Política y (ii) dejan de ser medios de control sobre las decisiones de las autoridades, para convertirse en barreras de acceso para el ciudadano que acude al amparo. Esta postura constituye una amenaza seria al nuevo constitucionalismo, dentro del cual la Corte Constitucional Colombiana ha representado un exponente global.* »

<sup>3440</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §6-11.

<sup>3441</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §17, citant notamment le rejet du formalisme dans le nouveau constitutionnalisme colombien, §15.

<sup>3442</sup> Voir *supra*, chapitre 5, section 1, §2.

affaires complexes dont la Cour est saisie est un exercice non seulement valable, mais souhaitable ; mais les catégories analytiques ne peuvent servir d'excuse pour atténuer la force normative de la Déclaration des droits et imposer des barrières d'accès aux personnes qui considèrent la *tutela* comme le seul outil de protection à leur portée.<sup>3443</sup>

L'opinion concordante démontre ensuite que la langue des signes participe de la communication et donc de la diversité culturelle colombienne autant que de l'effectivité du principe d'égalité<sup>3444</sup>. De fait, dans l'opinion majoritaire rédigée par Carlos Bernal Pulido, le contrôle de proportionnalité et du caractère raisonnable est appliqué de manière stricte en refusant des demandes en *tutelas* dans le champ des droits sociaux au motif que les requérants n'ont pas démontré en quoi l'atteinte à leurs droits était disproportionnée<sup>3445</sup>.

La controverse sur le principe de proportionnalité face à la substance des droits se reproduit dans plusieurs décisions ultérieures, Diana Fajardo venant apporter dans des opinions concordantes

---

<sup>3443</sup> CCC, T-027/18, *op. cit.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §18 : « En 1992 un señor en condición de indigencia acudió ante un Juez de la República y, oralmente, solicitó una operación de ojos que le permitiera volver a trabajar, sin especificar contra quien dirigía la tutela, quién era el obligado, cuál era el derecho fundamental menoscabado ni los hechos que la motivaban. En sede de revisión, esta Corte completó el escenario fáctico y fue capaz de entender la naturaleza infundamental detrás su petición, para así conceder un amparo acorde con las particularidades del caso. Esta es la esencia protectora, activa e informal de la acción de amparo que estoy convencida le corresponde a esta Corte defender. La búsqueda por una metodología judicial para resolver los complejos casos que llegan a la Corte es un ejercicio no solo válido, sino deseable; pero las categorías analíticas no pueden servir de excusa para atenuar la fuerza normativa de la Carta Política e imponer barreras de acceso a las personas que ven en la tutela, la única herramienta de protección a su alcance. »

<sup>3444</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §19-37.

<sup>3445</sup> À l'inverse, Carlos Bernal Pulido reproche aux décisions dans lesquelles il est minoritaire de ne pas s'être fondées sur des critères suffisamment rationnels et précis, par exemple pour un droit à pension, CCC, T-531/17 (Alberto Rojas Ríos), signée par Alberto Rojas Ríos, Diana Fajardo Rivera et Carlos Bernal Pulido, avec une opinion dissidente de ce dernier. Voir également CCC, T-503/17 (Alberto Rojas Ríos). De même pour le droit à l'éducation, CCC, T-453/18 (Diana Fajardo Rivera), signée par Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Carlos Bernal Pulido, avec une opinion dissidente de ce dernier, qui était initialement *ponente* mais s'est vu retirer l'affaire au profit de Diana Fajardo Rivera du fait qu'il était minoritaire.

ou dissidentes aux jugements rédigés par Carlos Bernal Pulido<sup>3446</sup>. Ce dernier a plus largement exprimé une vision restrictive des droits<sup>3447</sup>. Hors du contrôle de proportionnalité, un bon exemple des positions des différents juges de cette composition de la Cour est une décision à l'issue de laquelle la majorité décide que la non-reconduction du contrat d'une personne handicapée et donc sujette à une protection constitutionnelle spéciale dans la jurisprudence de la Cour ne porte pas atteinte à ses droits à la dignité, à la santé, au travail, à l'égalité et au minimum de subsistance à partir du moment où elle avait été recrutée dans le cadre d'un programme dédié de la ville de Bogota qui

---

<sup>3446</sup> Voir CCC, T-028/18 (Carlos Bernal Pulido), pour les victimes déplacées, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière réitère sa critique du contrôle de proportionnalité exprimée dans la décision T-027/18 même si elle s'accorde à la décision rendue sur le fond.

Voir CCC, T-091/18 (Carlos Bernal Pulido) pour le droit à l'éducation en milieu rural, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière rend une opinion partiellement concordante, qui rejette l'usage du caractère raisonnable issu du contrôle de proportionnalité consistant à l'appliquer à la demande, c'est-à-dire comme un mode de raisonnement restrictif, alors qu'il devrait s'agir, plutôt, d'un seul mode de contrôle des décisions déferées tandis que l'interprétation menée par la Cour devrait être la plus large possible en matière de droits.

Voir CCC, T-288/18 (Carlos Bernal Pulido), accordant une *tutela* à une personne incarcérée qui invoquait des discriminations du fait de son expression de genre sur le fondement du droit à l'égalité, à l'autonomie personnelle et à l'intimité, mais refusant sa demande qu'une fresque soit réalisée dans la prison pour rappeler la condition des personnes LGBT, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière rend une opinion dissidente dans laquelle elle estime qu'il revenait à la Cour, au nom d'une interprétation large de la protection spéciale accordée par la Constitution et de la dimension « symbolique » des droits, d'examiner des mesures visant à lutter contre les discriminations, y compris alternative à la demande d'une fresque, *ibid.*, opinion partiellement concordante de Diana Fajardo Rivera, §26.

Voir CCC, T-208/19 (Carlos Bernal Pulido) pour la compétence de la juridiction spéciale autochtone, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière estime dans une opinion concordante que l'opinion majoritaire ne donne pas les bonnes raisons, notamment relativement à l'autonomie des autochtones.

Voir CCC, T-124/20 (Carlos Bernal Pulido) pour le droit à l'éducation des personnes handicapées, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière rend une opinion partiellement concordante dans laquelle elle insiste sur une motivation substantielle en matière de droits et pas seulement une analyse des politiques publiques.

Voir CCC, T-102/20 (Carlos Bernal Pulido) sur la protection au travail des personnes souffrant de troubles mentaux, signée par Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez et Diana Fajardo Rivera. Cette dernière rend une opinion partiellement concordante qui ajoute des raisons substantielles à la décision.

<sup>3447</sup> Voir par exemple, dans la décision de la Cour qui enjoint à l'administration de fournir une protection hygiénique à toutes les femmes vivant dans la rue, l'opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido qui invoque l'autonomie et la liberté des femmes concernées à prendre soin d'elles-mêmes, au lieu d'une solution qu'il juge paternaliste, CCC, T-398/19 (Alberto Rojas Ríos), signée par Alberto Rojas Ríos, Diana Fajardo Rivera et Carlos Bernal Pulido, opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido, §3.

Voir également, dans la décision de la Cour estimant qu'un club de foot qui empêchait les filles de jouer avec les garçons violait l'article 13 portant le principe d'égalité, au motif qu'une telle décision reproduisait les stéréotypes de genre, l'opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido qui estime que le principe de non-discrimination n'implique pas une activité sportive mixte, CCC, T-366/19 (Alberto Rojas Ríos), signée par Alberto Rojas Ríos, Diana Fajardo Rivera et Carlos Bernal Pulido, opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido.

Voir également, insistant sur le caractère collectif du droit à la sécurité et refusant son application dans une *tutela* en lien avec le droit à la subsistance et à une vie digne des habitants d'un quartier défavorisé, CCC, T-726/17 (Alberto Rojas Ríos), signée par Alberto Rojas Ríos, Diana Fajardo Rivera et Carlos Bernal Pulido, opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido.

Voir également, sur un droit à pension, CCC, T-225/18 (Alberto Rojas Ríos), signée par Alberto Rojas Ríos, Diana Fajardo Rivera et Carlos Bernal Pulido, opinion dissidente de Carlos Bernal Pulido. Voir également, insistant sur le caractère inadapté de la *tutela* dans une affaire de droit du travail, dans laquelle la majorité a présumé à tort que la liberté syndicale était atteinte, CCC, T-367/17 (José Antonio Cepeda Amarís).

a pris fin<sup>3448</sup>. Carlos Bernal Pulido estime dans une opinion dissidente laconique qu'il n'y avait pas lieu de reconnaître à la requérante un contrat de travail en examinant les critères posés par la jurisprudence antérieure. Diana Fajardo soutient à l'inverse dans sa propre opinion dissidente que la protection constitutionnelle devait se comprendre dans un ensemble d'obligations plus vastes. Elle fait appel à la démocratie pour attendre des élus qu'ils donnent suite à leur promesse au-delà des bornes de la politique publique concernée, tandis que la Cour aurait dû, selon Diana Fajardo, retenir une violation des droits de la requérante au nom du principe de non-régression<sup>3449</sup>. Cette tentative de rationalisation restrictive de la jurisprudence en matière de droits sociaux n'a pas donné lieu à des décisions majeures, ne serait-ce que du fait du court mandat exercé par Carlos Bernal Pulido à la Cour avant sa démission en 2020. C'est l'année de la nomination de Diana Fajardo comme présidente de la Cour. Les opinions de la magistrate illustrent, à l'inverse, le récit normatif construit depuis 1992 à partir des décisions de la Cour favorables aux droits sociaux, quitte à enrichir ce récit des décisions avec lesquelles elle abonde<sup>3450</sup>. Le désaccord ne tient pas seulement à une théorie du droit mais bien à la nature de la protection des droits que celle-ci peut impliquer, notamment par l'usage extensif de la *tutela* en matière de droits sociaux, Carlos Bernal Pulido exprimant une vision plus étroite.

Le discours judiciaire de Diana Fajardo Rivero incarne bien la version contemporaine de ce discours, c'est-à-dire d'abord un discours dirigé vers le pouvoir politique. Elle relie explicitement la réalisation des droits sociaux à la réalisation des promesses des autorités concernant un programme d'embauche de personnes handicapées qui avait vu celles-ci laissées au chômage à l'issue de la période prévue : la juge y voit la condition d'un « pouvoir de gouverner » qui « garantit que les visions les plus pluralistes accèdent aux postes publics<sup>3451</sup> ». Surtout, il ne s'agit plus seulement de

---

<sup>3448</sup> CCC, SU-040/18 (Cristina Pardo Schlesinger).

<sup>3449</sup> *Ibid.*, opinion dissidente de Diana Fajardo, notamment §5.1 et 5.2

<sup>3450</sup> De manière intéressante, Diana Fajardo soutient la décision rédigée par Carlos Bernal Pulido qui donne droit aux demandes tenant à la reconnaissance d'un état de chose inconstitutionnel du fait de la surpopulation carcérale, mais rend une opinion concordante visant à donner l'ensemble de la jurisprudence de la Cour sur le sujet depuis la célèbre décision d'Eduardo Cifuentes Muñoz depuis 1998, que l'opinion majoritaire omettait de citer, CCC, T-267/18 (Carlos Bernal Pulido).

De même, Diana Fajardo soutient la décision rédigée par Carlos Bernal Pulido qui rejette une demande tendant au respect du droit à l'interruption volontaire de grossesse au motif d'un manque d'objet, mais insiste dans une opinion concordante sur la jurisprudence de la Cour reconnaissant le droit à l'IVG, CCC, T-284/20 (Carlos Bernal Pulido). Dans son opinion concordante à la décision CCC, T-124/20, *op. cit.*, Diana Fajardo insiste sur le fait que les raisons données par l'opinion majoritaire de Carlos Bernal Pulido ne sont pas celles que donne la jurisprudence de la Cour, §24s.

Voir également CCC, T-027/18, *op. cit.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera. Dans son opinion concordante à la décision CCC, T-015/18 (Carlos Bernal Pulido), Diana Fajardo insiste sur les conditions structurelles et institutionnelles qui permettent les violences intrafamiliales contre les femmes.

<sup>3451</sup> CCC, SU040/18, opinion dissidente de Diana Fajardo, §5.2 : « *A partir de la configuración del Estado colombiano en democracia, como una de sus notas definitorias, el derecho a la participación ciudadana a través, por ejemplo, del voto para elegir a sus gobernantes -nacionales o territoriales-, implica que la aceptación y el apoyo por un programa político se refleje posteriormente en la obligación del elegido de seguir sus promesas, por lo cual el Estado también debe ofrecer las condiciones de posibilidad para que esto ocurra. En este*



construire le constitutionnalisme à partir du texte ou du constituant de 1991 mais d'actualiser l'axiologie constitutionnelle à partir d'autres fondements philosophiques. La ligne tenue par la juge Fajardo politise les rapports sociaux au-delà de ce que faisait le discours normatif de la Cour sur les droits dans les années 1990 et 2000, c'est-à-dire un discours qui érigeait des normes sociales. Diana Fajardo au contraire convoque les références extérieures de la philosophie et de la théorie de la domination pour contester les normes sociales, en reliant les références à la norme constitutionnelle reformulée. C'est une étape supplémentaire de ce qu'avait déjà fait la Cour en invoquant la réalité sociale et la théorie du droit pour ouvrir le raisonnement constitutionnel à l'axiologie dans les années 1990 et 2000.

En 2021 par exemple, la Cour insiste sur la douleur et la souffrance en plus de l'autonomie qu'elle a associé jusqu'alors au choix de mourir dignement. L'opinion majoritaire insiste notamment sur l'expérience subjective du patient qui doit alors primer sur les options éthiques qui restent toutes ouvertes et valides selon la Cour, du fait que « la Constitution ne privilégie aucun mode de vie particulier<sup>3452</sup> ». La Cour distingue en s'appuyant sur les neurosciences la douleur, qui serait une perception subjective mais quantifiable, de la souffrance, qui serait « une expérience purement subjective et émotionnelle<sup>3453</sup> », si bien qu'il reste possible à la personne d'exercer son choix de manière autonome selon la Cour<sup>3454</sup>. Diana Fajardo apporte alors une opinion concordante à la décision dont elle était *ponente*, mais qui, signée par un grand nombre des juges dont le président d'alors Antonio José Lizarazo Ocampo, n'est pas allé dans le sens de la motivation qu'elle souhaitait. Diana Fajardo apporte un raisonnement particulièrement chargé en émotions, en annonçant comme intitulé à son opinion : « Prendre soin de la dignité. Un pont entre la solidarité et l'autonomie<sup>3455</sup> ». La magistrate estime que « la décision est, par essence, humanitaire » (sic), en ce

---

*sentido, el poder-permitir gobernar es una garantía relevante para la construcción de una democracia, en atención a que da relevancia al voto ciudadano, y garantiza que las visiones plurales que llegan a los cargos de la rama ejecutiva más importantes puedan incidir con efectividad en el destino del país »*

<sup>3452</sup> CCC, C-233/21 (Diana Fajardo Rivera), présentation : « *la Constitución Política no privilegia ningún modelo de vida y, en cambio, sí asume un serio compromiso con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad que implica contar con la opción autónoma de elegir un modo de muerte digna* »

<sup>3453</sup> *Ibid.*, §421.

<sup>3454</sup> §409-439, spec. §438 : « *Así las cosas, la Sala Plena concluye que la condición de enfermedad terminal efectivamente puede llevar al desconocimiento de la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que: (i) imponer a una persona soportar el sufrimiento derivado de enfermedad o lesión grave e incurable implica someterla a tratos y penas inhumanas, crueles y degradantes; (ii) no resulta justificable que una persona pueda elegir terminar su vida en esas condiciones cuando recibe el diagnóstico de enfermedad terminal, pero no cuando no lo tiene, pues en el primer caso, razonablemente, su sufrimiento se extenderá por un tiempo más corto que en el segundo; (iii) estos padecimientos intensos no suponen en realidad un beneficio para el bien jurídico de la vida, dadas las condiciones ya exigidas por el tipo penal (enfermedad grave e incurable que provoca intensos sufrimientos); (iv) en torno al sufrimiento y el dolor una vertiente considera que es posible identificar el dolor a partir de criterios objetivos, y otra lo describe como una experiencia esencialmente subjetiva; (v) la Sala respeta ambas corrientes, pero en el ámbito del ejercicio del derecho fundamental a morir dignamente, existe una subregla que privilegia la dimensión subjetiva.* »

<sup>3455</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera : « *Cuidar la dignidad. Un puente entre la solidaridad y la autonomía* ».

qu'elle cherchait à insister sur l'empathie<sup>3456</sup>. Mais la juge estime qu'il aurait fallu aller plus loin dans le sens d'une « éthique du care », citant les voix différentes de Carol Gilligan, entre autres références philosophiques<sup>3457</sup>. Carol Gilligan en particulier est une référence intéressante, puisque la voix différente est celle des femmes qui doivent selon elle investir des vertus d'empathie et d'écoute plutôt qu'un sens plus masculin de l'autonomie et de la justice<sup>3458</sup>. Pour la juge, il s'agit d'appeler à l'interdépendance et à la solidarité sociales « face à la conception hégémonique des cours constitutionnelles en matière de dignité » avec « l'aspiration à produire des solutions universalisantes »<sup>3459</sup>. Une telle approche permet selon la juge de relier les vécus individuels à une éthique et de « valoriser les émotions plutôt que les nier<sup>3460</sup> ». Il s'agit alors d'introduire dans la médecine une attention aux signes de la douleur et de la souffrance en lien avec les droits et principes constitutionnels de l'autonomie et de la dignité. La juge Fajardo se réfère à un autre corpus en renvoyant à la bioéthique pour juger les pratiques médicales insuffisantes<sup>3461</sup>. La Cour dépasserait alors « le dernier mot, dans un monologue normatif », alors que les médecins sont les principaux destinataires de la norme pénale en cause<sup>3462</sup>.

Le pluralisme envisagé par la Cour est alors différent de celui du pouvoir politique et du néolibéralisme bien que les différents acteurs participent tous à l'élaboration du constitutionnalisme. Le discours des droits associé au néolibéralisme a permis d'envisager l'idéal pluraliste du texte de 1991 non comme celui d'une société égalitaire et post-moderne, contrairement aux lectures les plus optimistes, mais la protection de communautés autonomes, de populations marginalisées ou fragiles, de cosmogonies originales, servant ainsi l'idéal national d'un métissage ; les pratiques discursives du discours politique colombien ont en effet visé à opposer les identités en créant des mots-clés qui morcellent la réalité sociale : pauvres, noirs, indiens, guérilleros, et servent l'idéal national d'un métissage harmonieux autant qu'ils légitiment l'action publique dans un supposé chaos

---

<sup>3456</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §3-4.

<sup>3457</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §8-9. L'opinion cite également les philosophes Kathryn Norlock et Sarah Miller sur respectivement le féminisme et le *care*.

<sup>3458</sup> C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Harvard University Press, 1982

<sup>3459</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §10 : « *Así, frente a la concepción hegemónica de los tribunales constitucionales en torno a la dignidad, que cifra su fuerza en la capacidad humana de formular argumentos imparciales a partir de ponderaciones objetivas entre los principios en conflicto (con la aspiración de hallar respuestas universalizables), la ética de cuidado recuerda que, en las relaciones personales, en el seno de la familia y entre allegados, la preocupación por el otro o la otra, así como los lazos de solidaridad y la interdependencia mutua son tan relevantes para la reflexión moral como las reglas universalizables; y que el sujeto autónomo e individualista vive en familia y en comunidad.* »

<sup>3460</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §12.

<sup>3461</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, §19s.

<sup>3462</sup> *Ibid.*, opinion concordante de Diana Fajardo Rivera, Présentation : « *El diálogo propuesto es valioso no solo porque en aspectos como el que estudió la Sala Plena el Derecho no puede aspirar a tener la última respuesta, en un monólogo normativo, sino también porque, desde un punto de vista práctico, los médicos se encuentran entre los principales destinatarios de la norma penal objeto de estudio.* »

identitaire<sup>3463</sup>. L'assignation à des communautés essentialisées, comme celles des peuples autochtones a pu être vue comme un abandon d'une vision sociale plus vaste<sup>3464</sup>. Au contraire, l'approche de Diana Fajardo met en avant une forme d'interdépendance qui prolonge l'autonomie radicale envisagée par la Cour dès 1992, sous les auspices d'un pluralisme des vues qui s'intègre à une vision du social comme la relation entre des agents envers lesquels le collectif a la responsabilité des droits sociaux.

Cette ligne favorable à une autonomie radicale au sein de la jurisprudence accompagne en dissonance celle qui prône un nouveau rapport entre nature et culture<sup>3465</sup>. Le recours à une vision totalisante de la nature comme Terre mère risque en effet d'effacer le monde social, tandis qu'il s'agit à l'inverse, dans une approche relationnelle ou constructiviste, de construire des liens<sup>3466</sup>. La jurisprudence de la Cour qui consacre des droits bioculturels tente une telle approche par opposition à ce qu'elle a nommé un biocentrisme ; mais en envisageant avant tout l'homme culturel qu'est l'autochtone sans s'intéresser plus en détail aux dégâts sociaux de la pollution du fleuve Atrato, la Cour produit un discours sur la nature qui est devenu aussi populaire à l'échelle globale qu'il dévalue l'approche sociale de la Cour elle-même<sup>3467</sup>.

---

<sup>3463</sup> N. MORGAN, « The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia », *op. cit.* note 441, spec. p. 30-31 : « republican appeals to citizenship and equality before the law helped to legitimise a national ideal of *mestizaje* that denied racism in the name of mixing, while continuing to discriminate not only against Afrocolombian and indigenous Colombians but also dark-skinned *mestizos*, whose features too clearly betrayed their proximity to the less favoured sources of race mixture. The constitutional protection of property and privilege discriminated against precisely these social identities, overrepresented among the poor. ». Voir aussi N. MORGAN, « ¿Para vivir todos del mismo lado?: representación, violencia simbólica y multiculturalismo en Colombia », *Revista Iberoamericana*, vol. 74, n° 223, 2008, p. 497-513. L'auteur s'appuie sur la distinction faite par Benedict Anderson entre l'identité collective positivement voulue par les membres d'une communauté, dans la perspective de son concept de communautés imaginaires, et les identités imposées afin de segmenter l'ordre social, B. ANDERSON, « Nationalism, identity and the world in motion: on the logics of seriality », in P. CHEAH, B. ROBBINS (dir.), *Cosmopolitanism: Thinking and Feeling Beyond the Nation*, University of Minnesota, 1998, p. 117-133.

<sup>3464</sup> N. MORGAN, « The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia », *op. cit.* note 441.

<sup>3465</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2, et par exemple J.C. HENAO PEREZ, « Un cadeau en forme de pagamento à notre Terre Mère », in M. YZQUIERDO (dir.), *Les droits de la nature. Vers un nouveau paradigme de protection du vivant*, Le Pommier, 2022, p. 441-451.

<sup>3466</sup> Voir E. JOURDAIN, *Le sauvage et le politique*, PUF, Perspectives critiques, 2023, p. 323-329.

<sup>3467</sup> Voir *supra*, chapitre 4, section 2, §2.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 8

Aussi, l'un des obscurcissements du constitutionnalisme transformateur procède de l'aspect politique – au sens des rapports de pouvoir – qu'il recouvre dans les pays concernés et qu'une lecture extérieure et globalisante peut ne pas voir. Cette cécité est renforcée par l'aspect enthousiasmant de ces discours, tant les différentes qualifications des nouveaux ordres constitutionnels, en Colombie comme en Afrique du Sud, relèvent d'une hagiographie voire d'une célébration, à l'image de la nation Arc-en-Ciel. Comme tout élan enthousiaste et comme tout récit, il recouvre les aspérités et les contradictions : on retrouve mêlé un potentiel critique à l'égard d'une réalité à transformer et la légitimation d'un nouvel ordre politique. En Colombie comme en Afrique du Sud, une double proximité s'observe dans l'analyse. D'une part, le constitutionnalisme présente le paradoxe d'avoir mené à la création de juridictions constitutionnelles chargées de veiller au respect d'un texte face à un pouvoir politique qui n'a pas correspondu aux attentes et valeurs cristallisées durant le moment constituant, faisant de fait de la cour un contre-pouvoir, lequel a pu s'exercer, notamment, dans la jurisprudence relative aux droits civils et politiques. D'autre part, les deux juridictions ont échappé aux attaques politiques. Malgré des soupçons de nomination politique et de corruption, elles sont restées largement au-dessus des difficultés du même type rencontrés par les pouvoirs publics, si bien que la Cour constitutionnelle de Colombie comme la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud sont perçues comme l'une des institutions les plus légitimes des deux pays.

Mais cette double proximité repose sur une différence majeure dans le rapport au pouvoir politique. En Afrique du Sud, la construction juridique du test du caractère raisonnable, par lequel le juge ne fait qu'examiner concrètement les politiques menées, traduit juridiquement l'idée selon laquelle il revient à ce pouvoir politique de mettre en œuvre le programme qu'il a lui-même élaboré, et qu'il avait porté jusqu'à la transition. La situation est très différente de la Colombie où la constituante de 1990 a été formée de mouvements sociaux qui n'ont pas obtenu le pouvoir, lequel restait confié au parti libéral d'abord, au parti conservateur ensuite, l'idéal constitutionnel étant donc plus aisément en danger. Le constitutionnalisme est alors une interface entre le juge, les pouvoirs publics et la société. En intervenant dans cet espace, en contrôlant les pouvoirs publics, les juges produisent alors une vision de la démocratie, qui se comprend en particulier dans la production du discours et des opinions par les juridictions de notre étude. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a produit une conception représentative de la démocratie qui va avec l'intention de laisser la transformation sociale au parti unique, l'ANC, même si celui-ci semble s'en être éloigné, et si l'absence d'opposition crédible rend une telle conception libérale de la démocratie peu crédible. La Cour a progressivement renforcé son contrôle de la représentation, sans néanmoins investir les

droits sociaux ou l'égalité pour ce faire. La Cour constitutionnelle de Colombie a au contraire élaboré son approche de la transformation sociale dans le cadre d'une conception pluraliste et militante de la démocratie par les droits, quitte à la distinguer de la démocratie populaire. La Cour est alors la militante de cette forme de démocratie constitutionnelle, quand la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud incarne une figure plus éloignée tout en intervenant dans l'espace partisan.

Dans les deux cas, on observe un discours politique au sens où il se confronte à la politique partisane mais, contrairement à une acceptation courante dans les théories de la justice constitutionnelle, le politique alors produit par le juge n'est pas de la même nature. De même, l'activisme judiciaire n'est pas ou pas seulement un degré d'intervention du juge dans un espace partisan distinct du juridique, même pour favoriser la délibération. Précisément, le rôle moral donné au juge et la production des opinions ont vu émerger une forme radicale d'activisme judiciaire. Le droit doit alors être conçu comme une structure duale d'autorité et de demandes, c'est-à-dire d'encadrement juridique et de processus politique. Le politique est alors un processus conçu comme une relation affective et une esthétique, semblable à une mise en scène et traduit ici dans l'arène judiciaire, par laquelle sont médiatisées des réclamations et une redéfinition de l'appartenance sociale. Un discours judiciaire spécifique à la transformation sociale se situe alors à mi-chemin entre une rationalité normative pure (des règles qui fonctionnent en système, construit par le juge et ses observateurs) et une rationalité politique autonome (un rapport de force dans le jeu social), avec des effets mixtes, des moyens rhétoriques et discursifs autant qu'exécutoires, de l'interprétation, le tout formant une rationalité publique. Cette forme de politique qui dépasse le droit et le partisan prend alors place dans un espace qui n'est pas seulement celui des rapports de pouvoir ou de l'interprétation normative, fut-elle concurrente entre les organes constitués ; c'est un lieu de conflictualité idéologique qui devient une discussion normative.

Le juge constitutionnel lui-même participe de la construction d'une société politique fondée sur la production des valeurs politiques, c'est-à-dire une narration sociale et philosophique. En Colombie comme en Afrique du Sud, la production des valeurs doit se faire dans le contexte d'une reconstruction identitaire face à de fortes divisions sociales, ethniques et culturelles. Les constitutions, qui scellent un changement politique majeur, sont des instruments de construction identitaire importants. Elles ont naturellement servi à légitimer les pouvoirs politiques dans les deux pays. On peut alors envisager que la critique des droits vise surtout, bien qu'implicitement, l'usage instrumental des droits humains civils et politique – et non sociaux – par les régimes politiques qui ne cherchaient pas à lutter contre les inégalités pour autant. Ces idées nouvelles ont pu être mobilisées parce que le juge occupait une nouvelle place, qui était celle d'un *forum of reasons* où devaient se jouer les valeurs de la nation : on a attendu des cours qu'elles produisent un récit

national, celui de l'avènement, dans les années 1990, d'une démocratie nouvelle et d'une nation arc-en-ciel. Le récit constitutionnel prend alors la forme non de l'unitarisme de l'État-nation moderne mais d'un pluralisme qui conviendrait mieux à la société arc-en-ciel promue par le nouveau pouvoir post-Apartheid malgré les inégalités raciales et économiques qui persistent ou aux gouvernements colombiens qui cherchent à refonder le pacte social dans leur lutte contre le sécessionnisme des guérilléros marxistes.

Les juges ne font pas que répondre à des demandes, ils produisent à partir de cette matière un discours judiciaire qui s'inscrit dans des récits collectifs et identitaires. Dans les deux pays, les opinions des cours constitutionnelles ont procédé par intégration successives de références considérées comme extérieure au droit comme la réalité sociale ou un diagnostic porté par les sciences humaines et sociales afin d'actualiser la norme constitutionnelle ainsi conçue en relation avec l'unité sociale du pays. Les deux juridictions ont produit un discours de la dignité et de l'autonomie plus ou moins relié au social qui a joué ce rôle identitaire sans recouper un nationalisme ou une focalisation sécuritaire comme le pouvoir politique a pu en exprimer dans les deux pays. Dans les années 2000, les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud ont produit une vision de la pluralité ethnique et culturelle, d'une démocratie pluraliste accomplie, d'un équilibre des pouvoirs adouci. On observe dans les années 2010, une radicalisation de ce processus intégratif avec la mise en scène par les opinions de controverses sur les changements sociaux, les identités nationales et les clivages culturels des deux pays, sans que ce phénomène n'ait à ce jour occasionné de changement dans l'approche des droits sociaux et de l'égalité.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Les motivations des deux juridictions consistent à expliquer, à la première personne de l'auteur de l'opinion majoritaire – et à la troisième en Afrique du Sud dans de rares décisions *per curiam* –, ce qu'il faut entendre dans les énoncés, en explicitant des choix téléologiques, littéraux ou systémiques, souvent en lien avec l'histoire et toujours avec des références doctrinales ou jurisprudentielles à l'appui. Les cultures juridiques des deux pays ne sont ni tout à fait celle du droit écrit, qui a marqué la Colombie, ni de la *Common law* du *Commonwealth*, encore appliquée en Afrique du Sud, mais un nouveau constitutionnalisme fondé sur une axiologie présentée comme juridique et la concrétisation. Les deux juridictions ont incarné à la fois un dépassement et un prolongement du constitutionnalisme tel qu'il a été élaboré aux États-Unis, en Espagne ou en Allemagne, dans le contexte idéologique qui était le leur, libéral et individualiste en Afrique du Sud, plus inspiré du socialisme et du populisme en Amérique latine.

Le constitutionnalisme n'est alors ni tout à fait du Nord ni tout à fait du Sud, ni une résistance ni un compagnon du néolibéralisme, mais un espace de conflits politiques, sociaux et symboliques confiés au discours d'un juge. Ce discours n'est pas tout à fait universalisant comme le postule l'analyse critique du libéralisme des institutions démocratiques constituées dans la modernité. Il intègre une forme d'affect et une production émotionnelle en plus de conceptions éthiques sur les principes. C'est plus précisément à chaque membre de la juridiction constitutionnelle qu'est revenu le choix de son style dans les opinions qu'il rédige, outre son influence sur le vote en délibéré. Certains ont exprimé une vision forte opposée au pouvoir politique, d'autres se sont tenus à l'écart, d'autres enfin ont tenu à faire bouger les lignes du juridique et du politique en intégrant des visions nouvelles, des références parfois issues de la philosophie ou de savoirs traditionnels, dans le corpus normatif.

Or, ce processus intégratif se confronte à un paradoxe propre aux deux pays et peut-être au constitutionnalisme transformateur a été que l'équilibre des forces partisans qui s'est formé durant le moment constituant, donnant lieu au compromis hybride, ne s'est pas reproduit ensuite. Les forces plus traditionnelles ont retrouvé le pouvoir, et l'ouverture du marché au commerce international ainsi que la résorption de la violence voire un certain nationalisme sont devenus les enjeux principaux des gouvernements. La question de la transformation sociale était évacuée du débat public : du fait de l'originalité politique du moment constituant, elle se trouvait donc surtout du côté du droit. Les cours et les milieux juridiques progressistes ont alors élaboré un discours sur le social hors de la vie partisane mais en confrontation constante avec elle. Les juges ne font alors pas de la politique au sens partisan, comme supposent le terme de gouvernement des juges mais

aussi l'appréhension de l'activisme par les discours critiques, qui y voient volontiers une juristocratie monolithique. Les juges produisent du politique en énonçant des discours qui agissent dans le débat politique et répondent aux approches de la séparation des pouvoirs qui s'élaborent au sein du constitutionnalisme.

Le problème d'un tel activisme est qu'il agit autant sur les discussions au sens large qu'il pose question du point de vue de sa légitimité et de son efficacité. Dit autrement, un juge qui produit de la délibération gagne peut-être en surface d'exposition ce qu'il perd en exécution précise de ses dispositifs dans le cadre d'un litige donné, soit la fonction traditionnelle du juge qui correspond à la séparation des pouvoirs libérale dont se détachent, précisément, les discours constitutionnalistes. Il est dès lors possible d'envisager, au-delà de l'activisme des droits par l'interprétation ou la création de la norme constitutionnelle (justiciabilité, contenu des droits) ou de l'activisme des dispositifs par les solutions et l'exécution opposées aux pouvoirs publics, un activisme discursif, qui constitue alors une rationalité publique et agit alors en lui-même sur les représentations. Il se mêle à une fonction justificatrice du discours juridique : pour rationaliser leur pouvoir, les cours constitutionnelles de Colombie ont chacune élaboré une théorie de la démocratie et du droit dans la société. C'est alors la vision d'un régime post-démocratique au sens libéral qui dépasse la seule représentation et la seule conception directe pour inclure une axiologie supérieure mais aussi une conflictualité propre aux droits. Les deux juridictions ont alors toutes les deux convergé, à partir d'une dogmatique élaborée dans la première décennie de leur activité, vers l'expression marquée d'une pluralité de vues au sein même de la juridiction. Celle-ci devient alors un espace de conflits symboliques c'est-à-dire le sens premier d'un forum, bien loin de la seule caractérisation inspirée de Ronald Dworkin d'une discussion sur les principes proprement juridiques et constituant des solutions juridiques. On peut envisager en effet une fonction discursive des cours constitutionnelles qui n'est pas nécessairement liée à la résolution des litiges et au dernier mot du juge, sur lequel buttent les théories du dialogue ou de la délibération au sein du constitutionnalisme.



## CONCLUSION GENERALE

L'étude de la justice constitutionnelle présente une complexité certaine, entre la nécessaire connaissance du contentieux, qui par sa dimension technique et l'accumulation historique de décisions et dispositifs ne se prête pas nécessairement à une étude comparée utile ou tout simplement réalisable<sup>3468</sup>, et une théorie de la justice constitutionnelle qui pose de sérieuses questions épistémologiques. La science juridique n'offre pas de méthode qui permette de définir une bonne interprétation constitutionnelle ou les effets sur la réalité sociale des décisions de justice. Une telle science risque au contraire de reproduire les présupposés des discours normatifs en déconnection d'avec la réalité du contentieux et des réclamations sur lesquelles il porte, dans une dimension tautologique bien connue des juristes. C'est pourquoi l'étude contextualiste du droit comparé doit être celle d'un écart entre la norme et sa description et entre les discours normatifs et une description, même si celle-ci devient de fait un discours et emprunte nécessairement, même partiellement, au langage des discours étudiés. Le droit comparé est alors une épreuve de la différence et de l'écart, de la même manière que le constitutionnalisme transformateur, avec les diverses réalités auxquelles il renvoie, s'appuie sur une recomposition plurielle et ambiguë des rapports entre droit et politique ou société dans les deux contextes étudiés<sup>3469</sup>. Le juge constitutionnel a fait l'objet de nombreuses qualifications : activiste, militant, déférent, gouvernant ou politique, qui n'expliquent pas vraiment en quoi il réaliserait ces finalités obscures qui le sortiraient d'un rôle purement juridique dont on ne connaît pas plus les contours. C'est un écart qui se résorbe sans cesse entre le droit et le politique et que maintient l'argumentation judiciaire tout en le transformant, ce qui a donné lieu, dans cette étude, à la proposition d'une notion, l'activisme judiciaire radical, qui s'inspire des approches radicales du politique comme manières de voir le monde et d'intégrer la rébellion ou la contestation au cœur même de la mise en ordre du conflit qu'est le politique et, dans nos cas, le discours judiciaire lorsqu'il s'attaque à des éléments du politique.

Notre manière d'entrer dans la matière de la justice constitutionnelle a consisté à s'intéresser aux discours qui forment le constitutionnalisme, quand celui-ci n'est pas seulement conçu comme un ensemble de règles par la science juridique au sens étroit ou au contraire de simples rapports de pouvoirs faisant des activités juridiques le simple masque de rapports de force qui leur seraient

---

<sup>3468</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1, §1.

<sup>3469</sup> *Ibid.*, section 1, §2.

externes ou les remplacerait. L'étude a ainsi consisté à défaire l'espace du discours dans lequel les cours constitutionnelles des deux pays ont agi puis à reconstruire la manière dont elles ont interagi au sein de cet espace. Il s'est agi d'une enquête comparative au fil de laquelle, par « tâtonnements successifs », la recherche amène à reconcevoir l'objet d'abord envisagé<sup>3470</sup>. Si l'analyse comparée peut sembler vaine du point de vue d'une approche contextualiste et de son pendant discursif, c'est la cohérence du corpus constitué par le constitutionnalisme des deux pays qui a justifié d'étudier un tel rapprochement, sans viser la convergence ni la divergence comme finalités de l'analyse<sup>3471</sup>. En Colombie et en Afrique du Sud, dans des temporalités proches et une même position du Sud global, deux cours constitutionnelles ont élaboré des années 1990 à aujourd'hui une jurisprudence relative à la transformation sociale. L'étude de cette jurisprudence a alors elle-même produit les deux parties de la démonstration : les discours sur la justice constitutionnelle des deux pays, une fois ramenée à la réalité de celle-ci dans les contextes concernés, ont mené à une inversion au cours de l'analyse. Les deux juridictions produisent elles-mêmes un discours qui n'est pas seulement la description de leur activité, mais une activité de communication en soi qui ouvre le sens du politique, plutôt que simplement redéfinir juridiquement le politique qui s'est transformé en Afrique du Sud et en Colombie depuis les années 1990. Au fil de l'étude, ce sont donc les discours judiciaires eux-mêmes qui ont été étudiés et la méthode de leur analyse contextuelle, adossée sur l'étude des catégories du discours et du fond des jurisprudences en première partie, qui a permis de faire émerger un certain regard sur ce type d'activité communicationnelle, ni tout à fait une rationalité close dans un système juridique, ni une militance opportuniste. Ce sont alors les formes spécifiques de ce discours judiciaire qu'il faut étudier en relation avec l'espace plus vaste, comparé et contextuel, des discours constitutionnels.

La présente conclusion revient sur les résultats de cette étude (§1) et sur la méthode qui en a émergé (§2), avant de proposer quelques observations sur le cas français (§3).

---

<sup>3470</sup> M.-C. PONTHEOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus droit public, 2010, p. 81.

<sup>3471</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 1, §1.

## §1. UN ACTIVISME JUDICIAIRE RADICAL

Les droits sociaux renvoient à la fois à une catégorie juridique qui peut permettre une saisine du juge, à des discours théoriques relatifs aux demandes sociales et à la distribution des ressources au sein des structures sociales. Or, selon une position courante, pour que les droits ne soient pas qu'une liste de demandes « appuyées chacune sur un fondement distinct<sup>3472</sup> », il faut les relier à une théorie de la justice qui articule les besoins sociaux<sup>3473</sup> ou à une théorie du droit qui permette de mettre en balance les normes et les faits<sup>3474</sup>. C'est alors une question de justification, qui n'est pas nécessaire en soi afin de permettre l'invocabilité des droits sociaux et des décisions fondée sur eux. Les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud ont néanmoins participé à élaborer ces théories pour justifier leur interprétation des dispositions relatives aux droits sociaux et leur application au contrôle des pouvoirs publics, selon un processus argumentatif qui caractérise leur office. Elles ont alors construit des ensembles normatifs qui relient des objets sociaux comme la santé ou l'eau, visés par des dispositions éparses, à des considérations plus factuelles ou normatives au sens philosophique sur la société ou l'économie ; elles ont relié les dispositions et ces appréciations en élaborant des concepts plus vastes comme l'État social de droit, le droit à la vie, la dignité humaine, l'égalité ou l'autonomie. Une conception de la transformation sociale – dit autrement, un discours *sur* la transformation sociale – transparait dans la construction et l'articulation des fondements juridiques apportés aux différents droits constitutionnels utilisés dans les deux pays. Une analyse critique montre que la mise en œuvre des droits sociaux est le lieu de conflits symboliques et politiques dans la distribution du pouvoir socio-économique, ce qui permet de mieux comprendre la transformation évoquée par les discours. Une clef d'entrée dans ces raisonnements réside précisément dans les théories de la justice. Cela est d'autant plus visible que les cours constitutionnelles d'Afrique du Sud et de Colombie produisent des opinions riches et diverses, mêlant des niveaux de discours et de références qui dépassent ce qu'une acception kelsénienne du droit pourrait attendre, en France et dans les deux pays au cours des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles. Mais depuis les années 1990, les juristes et les juridictions suprêmes colombiens et sud-africain font aisément appel à des références d'ordre philosophique ou théorique pour fonder leurs

---

<sup>3472</sup> J. WALDRON, « Socioeconomic Rights and Theories of Justice », *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 773-808., spec. p. 804 : « *The trouble is that claims of right often present themselves not just as specific policy demands but as each sitting on its own bottom, so to speak, with its own separate foundations. Rights present themselves as separable in their formulation and in their foundations.* ». Alors qu'une théorie de la justice comme celle de Rawls a pour sujet « *the basic structure of society taken as a whole (...), in respect of the impact it has as a system on the life prospects of each individual* » les droits, eux, ne s'intéressent pas à la société en général, dans « *a sort of line-item way, with particular areas of public policy-with education, social security, health care, provision for the very poor, and so on-each area with its right or set of rights. A list of socioeconomic rights does not have the capacity that a theory of justice has to consider and evaluate the net impact that the basic structure* » (*Ibid.*, p. 803).

<sup>3473</sup> Voir *supra*, chapitre 3.

<sup>3474</sup> Voir *infra*, chapitre 5.

décisions, voire aux théories de la justice elles-mêmes, et à des théories du droit comme celles de Ronald Dworkin ou Robert Alexy.

Les mots du droit ont ceci de particulier, par rapport au politique, qu'ils font passer un état de fait pour normal en le normant : c'est précisément cette opération qui a lieu lorsqu'une demande de bien social, comme de l'eau ou un soin médical, est reformulée comme un droit et une obligation par l'État, ou qu'au contraire il est dit qu'il ne relève pas du droit constitutionnel d'attribuer des ressources à de telles prestations. Des dispositifs s'en suivent, qui peuvent consister en des injonctions et porter sur la situation des requérants – l'accès à un logement, à des soins médicaux, à de l'eau – ou les personnes placées dans la même situation ou un pan entier des politiques publiques – la politique du logement ou des réfugiés, etc. La spécificité des raisonnements menés en matière de droits sociaux dans les deux pays n'est pas tant que des ressources soient attribuées, car c'est la conséquence de toute obligation juridique, mais qu'elles soient explicitement mentionnées comme la justification de la décision judiciaire visant à opposer un droit à un pouvoir. Dès lors, les discussions sur la démocratie face aux intérêts privés, sur la justiciabilité face aux principes, sur un droit néolibéral face à un droit social, *etc.*, ne sont pas suffisants pour comprendre l'activité juridictionnelle. Ce sont des catégories qui se donnent dans une présentation spontanée de l'activisme mais ne relèvent pas en elles-mêmes du niveau de l'analyse ; il faut encore analyser les caractéristiques du discours qui font de la jurisprudence non seulement la mise en forme par action, répulsion, accélération ou frein, mais également la production d'un discours sur la transformation sociale. Il y a dans la forme d'activisme judiciaire que l'on observe dans les deux pays une énonciation des valeurs et une construction du discours par le contentieux et différentes interactions sociales et politiques.

Les catégories de l'activisme judiciaire élaborées dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle ne suffisent pas à expliquer le raisonnement ou la forme de rationalité produits par les juridictions lorsqu'elles reproduisent, dans un paradigme sociopolitique favorable à la dispersion des intérêts et au pluralisme juridique, un activisme judiciaire qui ne s'analyse plus seulement comme une autorité verticale sur l'interprétation de la constitution. De fait, des dispositifs innovants dans les deux pays ont relativisé un plein déploiement du pouvoir comme *imperium* et facilité certains échanges entre le juge et la société ou entre les pouvoirs publics et la société. Une analyse des jugements des Cours constitutionnelles d'Afrique du Sud comme de Colombie interroge alors le chercheur français : outre les modes de contrôles et les interprétations données des énoncés, c'est un discours qui se déploie. Souvent en longueur et en substance, avec une grande variété, également, entre les opinions et selon les juges qui les rédigent. La doctrine elle-même produit un type de discours spécifique, souvent inséré dans une discussion constitutionnelle globale et parfois érigée en constitutionnalisme

global ou du Sud voire décolonial – une rhétorique qui apparaît dans la jurisprudence et interroge quant à son sens normatif. Un autre étonnement du chercheur tient au contenu de ce discours, qui mêle les références philosophiques ou historiques à la lecture de l'énoncé constitutionnel et l'opinion personnelle du juge à la motivation d'une décision. De ce point de vue, lire les décisions des cours constitutionnelles d'Afrique du Sud ou de Colombie est souvent émouvant, parfois frustrant. Au juriste habitué au contentieux français, qu'il soit d'ailleurs de droit public ou de droit privé, il est aisé de qualifier ce discours de politique lorsqu'il sort des canons attendus du discours judiciaire.

En quoi les Cours constitutionnelles de Colombie et d'Afrique du Sud sont-elles activistes ? Les juges produisent un discours sur la transformation sociale, en lui donnant un sens parmi les différents qui se proposaient à elles, et au nom desquels leur jurisprudence peut d'ailleurs être critiquée. Tout en incarnant l'évolution contemporaine de la justice constitutionnelle vers le discours des droits, valeurs et principes - vu par certains comme un transfert de questions naturellement politiques au juge - et la rationalisation d'instruments juridiques comme le contrôle de proportionnalité - critiqué par d'autres comme une forme creuse qui ne donne aucun contenu substantiel en lui-même -, les deux juridictions ont également ouvert à des espaces qui posent la question de leur spécificité, souvent associée au « Sud » alors que l'on observe plutôt une continuation et une accélération des dynamiques du néoconstitutionnalisme. On ne peut donc en rester à postuler un droit déduit du texte, mais il faut être méfiant vis-à-vis du pouvoir que traduit le recours aux principes juridiques comme s'ils n'étaient pas une création judiciaire. À l'inverse, on ne peut s'en tenir à définir largement le caractère politique des droits et valeurs comme s'il était exclusif de l'intervention judiciaire, ce qui reviendrait surtout à valoriser les autres pouvoirs sans donner d'éléments empiriques suffisants à démontrer qu'ils sont perçus comme plus légitimes ou qu'ils sont plus efficaces dans la mise en œuvre des droits.

Une définition stipulative issue d'une analyse critique de la théorie de la justice constitutionnelle nous a amené à définir l'activisme judiciaire non comme une activité ayant un effet mesurable sur la réalité sociale ou formant une ligne d'un côté de laquelle le juge resterait juge tandis que de l'autre côté, il ne serait plus juge mais militant ou politique, mais comme la production d'un discours relatif à la transformation sociale, c'est-à-dire à la configuration des rapports entre le droit et la politique ou la société<sup>3475</sup>. C'est alors un activisme judiciaire radical qui s'est dessiné. L'activisme est conçu comme une intention du juge vis-à-vis de la société, déplaçant le droit vers une forme particulière de politique dans l'espace du discours public, avec les effets afférents bien que

---

<sup>3475</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §4.

difficilement mesurables. Radical, cet activisme n'est pas seulement un mouvement linéaire du droit vers le politique mais une prise de la matière sociale dans un discours produit par le juge et reproduit par les constitutionnalistes, les universitaires, les militants ou les citoyens : c'est la forme la plus originelle du militantisme que de redéfinir les éléments de la conflictualité politique au sein d'une société, au sens où la théorie politique définit le politique au-delà des blocs idéologiques dont la pertinence explicative a décliné à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. L'activisme se donne à voir dans un sens traditionnel lorsqu'il amène le juge constitutionnel à intervenir dans l'espace public avec une grande ampleur décisionnelle : lorsqu'ils censure une loi, ce qui est arrivé dans les deux pays, ou lorsqu'il vise une politique publique, avec les décisions structurelles sur les prisons, les populations déplacées et le système de santé en Colombie.

L'activisme radical renvoie à plus qu'une intervention ; il se comprend hors des catégories habituelles du constitutionnalisme construit dans les pays d'une centralisation étatique compensée par la séparation des pouvoirs, alors qu'à l'inverse, dans des pays comme ceux de notre étude, l'instabilité institutionnelle a vu le droit remplir une fonction particulière comme vecteur d'un ordre juste<sup>3476</sup>. Mais ce n'est pas un pluralisme juridique qui se déploie dans le domaine constitutionnel avec la centralisation menée par une Cour centralisée. Aussi le juge est radicalement militant lorsque le discours qu'il produit participe d'un écart jamais résolu entre la légitimité instituante et les « disharmonies à petite échelle »<sup>3477</sup> que sont les réclamations des droits à l'égard du pouvoir. De même, le juge n'applique pas un mandat qui lui est donné lorsqu'il produit de la délibération sur l'axiologie constitutionnelle, en apportant ses raisons et en intégrant la réalité sociale, les questions éthiques et les enjeux sociopolitiques dans le raisonnement juridique ; il recrée sans cesse un processus constituant entre ordre et désordre qui relève d'une « praxis créatrice »<sup>3478</sup>. Le politique est alors conçu comme une relation affective et une esthétique, par laquelle on vit le pouvoir souverain lui-même mis en scène, avec une forte dimension affective. Dans ce lieu vide du pouvoir<sup>3479</sup>, le juge n'est pas seulement activiste en ce qu'il agit dans la société, même lorsque son action produit de vifs effets du point de vue de la production normative ; il est aussi activiste en ce

---

<sup>3476</sup> J.A. COUSO, A. HUNEEUS, R. SIEDER, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010, p. 5. Voir également M. GARCIA VILLEGAS, « Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano », *Análisis político*, vol. 27, n° 82, 2014, p. 167-195.

<sup>3477</sup> R. UNGER, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy (1987)*, Verso, Revised Edition, 2002, p. 249.

<sup>3478</sup> I. RUA WALL, *Human Rights and Constituent Power. Without Model or Warranty*, Routledge, 2012, p. 145-146 : « *Right-ing is the opening of human rights by constituent power, a confluence of the two discourses. It is a figuration of the (already withdrawn) radical in rights. [...] Right-ing is a process of creation, an exercise of constituent power, a process of being-with which struggles for the in-common rather than merely reducing it to the bland monotony of everyday politics. It is a creative praxis.* ». *Idem* p. 8 : « *Right-ing has no authority, no sovereign power over others. Instead, it starts from the in-between of relation, from the possibility of world creation* ». L'auteur s'inspire alors de l'idée de retrait du politique de la politique élaborée par Jean-Luc Nancy et Philippe Lacoue-Labarthe, qui est aussi idée de la différence du politique d'avec le monde.

<sup>3479</sup> C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Fayard, 1981, p. 172.

qu'il radicalise l'axiologie au sein d'un idéal constitutionnel et d'un type de discussion propre à l'échange d'opinions longuement motivées et assorties d'une solution qui prend la forme de dispositifs et d'injonctions, et ce alors que les pouvoirs politiques, pour des raisons conjoncturelles, ont perdu de leur légitimité dans les deux pays d'étude, et qu'il n'était pas non plus possible, dans une société plurielle et sécularisée, celle de la démocratie libérale voire « post-libérale<sup>3480</sup> » des deux pays, de recourir à un idéal transcendant et universel pour expliquer la décision publique.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a privilégié une approche pragmatique qui refuse de définir les droits sociaux *prima facie* ou de leur associer un contenu minimal en contrôlant plutôt le caractère raisonnable des mesures publiques. Ses justifications sont fondées sur le texte de 1996, ce qui en soi nécessite une interprétation et une part de vision du monde, mais elles sont aussi ouvertement politiques lorsque la juridiction produit un discours sur les ressources publiques et le rôle de l'État, conforme à la réduction du rôle de ce dernier dans les politiques et la pensée néolibérales qui ont prévalu après la fin de l'Apartheid, alors que le régime parlementariste était remplacé par un équilibre entre l'exécutif présidentiel et le Parlement qui revenaient tous deux à l'ANC. Si la Cour constitutionnelle a pu donner à lire des opinions judiciaires particulièrement riches et des décisions audacieuses, elle l'a fait à l'appui du droit à l'égalité, et quelquefois en matière de logement, enfermant aussitôt sa motivation dans une casuistique prudente. La juridiction constitutionnelle a alors donné un sens substantiel aux droits, même en creux, qui privilégiait la privatisation de l'espace public et refusé d'opposer des normes environnementales. Elle a pourtant adopté des positions audacieuses sur l'autonomie ou ce qu'Albie Sachs évoquait sous les termes d'un droit à la différence, sans la relier au social. Son discours le plus ambitieux apparaît alors en particulier lorsque les ressources publiques et la redistribution ne sont pas affectées. La prudence plutôt que le militantisme semble alors marquer la production jurisprudentielle de la Cour, alors même que le cadre élaboré lors de la transition semblait ouvrir à une approche égalitaire du constitutionnalisme saluée dans l'espace anglophone du droit comparé, à l'image de l'invention du terme « post-libéral » de constitutionnalisme transformateur par l'auteur étatsunien Karl Klare. C'est que celui-ci a été bien reçu mais sans la dimension critique de son analyse, c'est-à-dire que le constitutionnalisme a été envisagé à l'aune de principes, mais pas d'une fin de la distinction entre droit et politique comme y appelait l'auteur des *Critical legal studies*. La culture de la justification tant évoquée dans le pays laisse pourtant attendre une transformation du raisonnement vers une activité communicationnelle et délibérative qui n'est plus l'assertion autoritaire d'une solution juridique comme dans le constitutionnalisme libéral ou dans le régime parlementaire et légicentriste de

---

<sup>3480</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, n° 1, 1998, p. 146-188.

l'Apartheid, ce que n'a pas manqué de remarquer une grande partie du discours académique observant la Cour. De fait, la production d'opinions et la richesse des discussions juridiques sud-africaines ont participé d'une approche délibérative, mais la prudence de la Cour en tant qu'acteur du régime n'a laissé que l'image ambiguë de l'humilité laissée par Albie Sachs, constituant et juge constitutionnel, apôtre de la sensibilité du juge, lui-même lié au combat virulent de l'ANC contre l'Apartheid et devenu, à sa surprise, « le grand légitimateur » du régime constitutionnel<sup>3481</sup>.

C'est que la Cour sudafricaine s'est montrée particulièrement attentive à son contexte politique et a ainsi semblé ne pas faire de politique alors qu'elle répondait à la forme la plus immédiate de la politique, c'est-à-dire sa forme partisane. La juridiction a laissé le soin à l'ANC au pouvoir depuis 1994 de mettre en œuvre le programme de transformation sociale qui l'avait menée à inscrire des droits sociaux au sein de la Constitution, quand bien même le National party issu de l'Apartheid avait ses propres raisons de protéger la participation des partis minoritaires et l'identité culturelle et linguistique. Ce compromis a été suivi par une politique d'ouverture au marché qui n'a pas été la transformation sociale voulue par l'aile radicale de l'ANC, le parti communiste ou l'union syndicale des années 1990. La Cour n'a pas pour autant durci ses dispositifs en matière de transformation sociale, même si elle a rendu des décisions importantes vis-à-vis du pouvoir politique lorsque la participation ou l'exemplarité des dirigeants semblait en cause. Le contrôle du caractère raisonnable des mesures adoptées par les pouvoirs publics reprenait une progressivité présente dans le texte mais que d'une part la juridiction aurait pu définir autrement, comme l'a montré le cas colombien en s'éloignant du texte ostensiblement à de nombreuses reprises, et que d'autre part, la Cour aurait pu assortir d'un contenu minimal des droits de manière à doubler son contrôle d'un souci plus grand pour la réalisation de certains acquis sociaux jugés essentiels par la théorie de la justice des années 1980. La notion d'implication significative des parties dans un dialogue a présenté la même procéduralité en poussant les pouvoirs publics à négocier, cette fois-ci locaux, sans imposer un contenu à la négociation. Finalement, les décisions les plus importantes de la Cour ont porté sur d'autres droits, ce qui n'est pas exclusif d'une transformation sociale, mais vise la vie démocratique et politique et repose donc sur l'idée que cette vie démocratique et politique pourra ensuite porter la transformation sociale que l'ANC a été si lente à mettre en œuvre après 1996.

Les discours produits par la Cour sur la société sud-africaine sont souvent poignants, notamment dans les premières décisions relatives aux droits sociaux, mais ils s'inscrivent dans une approche néo-formaliste du raisonnement juridique où les règles ont été remplacées par des

---

<sup>3481</sup> A. SACHS, « Preface », in D. CORNELL, K. VAN MARLE, A. SACHS (dir.), *Albie Sachs and transformation in South Africa. From revolutionary activist to constitutional court judge*, Birkbeck Law Press, 2014, p. ix-xiii, p. ix.



principes et valeurs déduits du texte. La Cour a pris des États-Unis ou dans une moindre mesure de l'Europe de nombreux éléments qui nuancent la lecture postcoloniale ou critique qui prévaut parfois dans les analyses enflammées du constitutionnalisme transformateur : la fin du colonialisme actée avec un nouveau régime politique qui proclame l'égalité en droits, le droit de vote et des libertés n'est pas la fin de la colonialité des imaginaires qui persiste<sup>3482</sup>. Ce n'est pas dire qu'il n'y a pas de présupposés politiques et idéologiques dans cette analyse ; ils apparaissent peu, même si les opinions de certains juges ont élaboré, à la marge, une proposition éthique audacieuse. La Cour n'a pas non plus mis en œuvre de dispositifs audacieux, si ce n'est la médiation qui a conforté son approche procédurale des droits sociaux. Elle n'a pas non plus ouvert largement son office comme pouvait y appeler la fonction qui lui avait été confiée en 1995, c'est-à-dire garder la transformation sociale contre un pouvoir judiciaire jugé trop conservateur. La Cour a en revanche donné à voir plus de densité idéologique dans son discours à partir des années 2010, avec l'apparition de controverses identitaires d'une opinion à l'autre. C'est que l'Afrique du Sud est mal définie par la métaphore de l'Arc-en-Ciel par laquelle elle est connue en France, mais se caractérise plutôt par des inégalités socioéconomiques persistantes et un nationalisme chez les dirigeants politiques qui hérite d'une construction identitaire historique en peuples des blancs britanniques ou Afrikaner, des différents peuples noirs, des non-blancs qualifiés de métisses sous l'Apartheid. La prise en charge de ce discours par la controverse mise à jour tranche avec les pratiques des deux premières décennies de la Cour, notamment vis-à-vis des droits sociaux et des ressources publiques. On y retrouve la discussion qui apparaissait déjà dans les questions de famille et de genre avec les opinions d'Edwin Cameron, Albie Sachs et Pius Langa, mais avec une plus grande homogénéité des vues. La Cour est entrée dans la controverse politique avec une certaine brutalité avec les opinions de Johan van der Westhuizen, Margie Victor ou encore Mogoeng Mogoeng.

La Cour constitutionnelle de Colombie a élaboré un discours conceptuel et théorique dès 1992. Assumant la création normative à partir et à côté du texte dès la définition de la justiciabilité des droits sociaux comme droits fondamentaux *via* la notion de connexité, elle a construit une méthode qui s'inspire des éléments de la théorie constitutionnelle d'alors, avec un contenu minimal des droits, divers registres de l'interprétation ou encore la technique de la proportionnalité. La juridiction n'a pas seulement rendu les droits sociaux opposables en leur donnant une définition proche de celle du droit international. Elle a également développé une axiologie propre autour de la dignité humaine, de l'État social de droit et de l'autonomie individuelle, avec un discours conceptuel enrichi de références théoriques et philosophiques, parfois de très longues opinions, qui

---

<sup>3482</sup> N. SINDANE, « Why Decolonisation and Not Transformative Constitutionalism », *Pretoria Student Law Review*, n° 15, 2020, p. 236-254, p. 244-245.

n'ont rien à envier à une thèse qui adopterait le point de vue d'une science du droit normative. La Cour a construit des notions comme les Constitutions sociales et écologiques, liant des dizaines de dispositions d'un texte déjà riche en lui-même, comme les groupes spéciaux protégés ou les droits bioculturels, ou comme l'état de fait inconstitutionnel, à l'occasion de la liaison de centaines ou de milliers de demandes en *tutela* face à des blocages systémiques. Mais la majorité des décisions traitées par la Cour relèvent de cas individuels, même si elle a pu à leur occasion élaborer son discours sur le droit à la santé et ses conditions sociales ou sur l'autonomie. La Cour a ouvert ce recours individuel de manière à être au cœur de l'ordre juridictionnel, se donnant l'image d'une institution protectrice des droits dans un contexte où les représentants politiques et l'État souffrent d'un déficit de légitimité que la transition constitutionnelle visait précisément à limiter, après l'entre-soi indifférent aux inégalités qu'a représenté le *Frente nacional*. Les droits étaient alors de seules libertés politiques au sein d'un régime qui donnait la prévalence au législatif et à l'exécutif. La limitation des droits est bien présente dans le discours de la Cour constitutionnelle à partir de 1992, notamment par le contrôle de proportionnalité, mais souvent détachée d'une définition idéaliste et morale du contenu des normes qui demeure isolée et exigeante. C'est en soi un désaxement du constitutionnalisme : la Cour produit une axiologie qui n'est pas seulement une autorité juridique mais explore des voies de la pensée et de la structuration sociale en les qualifiant de normatives, dans un contexte historique où la vie partisane est particulièrement violente, et le pouvoir politique, plutôt conservateur. La constituante avait vu de nouvelles forces arriver au pouvoir mais elles ont rapidement cédé le pas à l'ouverture économique voulue par le parti libéral, qui lui-même a longuement été remplacé par plusieurs nuances du parti conservateur, si bien que l'agenda qui pouvait être associé à la Constitution par la gauche a largement survécu sous cette forme normative du discours judiciaire.

L'attitude de la Cour peut aisément être qualifiée de militante et de politique au sens où elle devance rapidement l'avancée du droit vers le politique ; la redéfinition des problèmes sociaux colombiens par leur insertion dans les catégories du contentieux constitutionnel a été poussée par le juge dès les premières années de sa jurisprudence, notamment en matière de droits sociaux, dont la Cour a fait le cœur de sa construction normative et de sa légitimité. Mais elle a également assorti ce rôle conceptuel de dispositifs audacieux avec des injonctions précises et détaillées vis-à-vis des politiques publiques, un rôle que Katharine Young a qualifié de catalyseur vis-à-vis des acteurs sociaux et institutionnels<sup>3483</sup>, ainsi qu'avec des dispositifs de suivi sur plusieurs années qui rassemblaient ces éléments, en sus des audiences publiques et de la communication réalisée par la

---

<sup>3483</sup> K.G. YOUNG, « A typology of economic and social rights adjudication : Exploring the catalytic function of judicial review », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, p. 285-420

Cour par ailleurs. Ce sont alors trois périodes qui apparaissent avec pour chacune des magistrats plus activistes que les autres : une première phase de construction conceptuelle menée par des universitaires, une seconde phase plus pragmatique avec la conception des dispositifs innovants, et une troisième phase, à partir des années 1990, qui voit se confronter différents discours au sein de la culture institutionnelle et de l'image bien admises de la Cour, celle d'un militantisme qui emprunte aux sciences sociales en plus du corpus philosophique originel de la juridiction et celle d'un conservatisme, en partie issu des nominations par le pouvoir politique, qui ne rejette pas, néanmoins, les acquis théoriques et contentieux de la jurisprudence passée. La Cour qui était un lieu de construction normative et philosophique devient également le lieu d'un débat visible, au sein d'un cadre institutionnel et interprétatif qui n'a pas été remis en cause malgré les nominations de nouveaux membres par le pouvoir politique, qui d'une manière générale, respecte les décisions de la Cour.

D'un point de vue comparé, deux approches contentieuses différentes se sont déployées dans les similarités structurelles des deux ordres constitutionnels colombien et sud-africain, puisqu'ils ont tous deux vu une Cour exercer un contrôle de constitutionnalité à partir des années 1990 face à un pouvoir politique néolibéral. Des juges ont rendu des opinions, avec une texture idéologique et des modes de raisonnement à la fois proches et différents ; ce sont deux positions qui apparaissent dans le cadre des théories du droit et de la justice de Ronald Dworkin à Amartya Sen en passant par certains auteurs féministes et décoloniaux plus rarement cités. Le nombre de décisions rendues diffère, en partie lié à l'accès aux juridictions, qu'elles ont chacune soit ouvert, soit restreint. Les dispositifs ont présenté des innovations (le suivi, la médiation) à partir de continuités globales (l'annulation, l'injonction, l'interprétation conforme ou *reading in*). Dans les deux pays également et avec différentes fortunes, le discours de la dignité humaine a participé d'une redéfinition minimaliste des exigences de la justice sociale<sup>3484</sup>. Même avec la fixation de seuils minimaux et d'une « théorie étroite du bien » qui respecte la pluralité des vues<sup>3485</sup>, qui ne vient pas d'une autorité juridique close mais de la philosophie morale éventuellement transformée en droit par le juge, les droits sociaux rejoignent une approche du social par la charité. Si l'exécution des décisions a pu être l'instrument de la tentative de la Cour colombienne de donner un tour structurel à ses visions normatives, la position même du juge, *a fortiori* en Afrique du Sud où la Cour s'est refusée à une telle opérationnalisation de l'interprétation systémique du texte constitutionnel, le discours produit reste celui d'individus à protéger de l'État. Une telle position fait sens dans le

---

<sup>3484</sup> S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

<sup>3485</sup> D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*, Oxford University press, 2007, p. 10s.

contexte de deux pays construits sur un constitutionnalisme libéral contre l'arbitraire qu'ils ont chacun pu connaître. La texture idéologique des opinions rendues par les deux juridictions est néanmoins plus complexe et même les inspirations et les finalités, tout en mêlant l'approche de la théorie politique à des exigences non moins politique de positionnement au sein de la séparation des pouvoirs et de la communauté juridique.

Quels facteurs permettent d'analyser un tel activisme radical malgré ses formes particulières dans les deux contextes étudiés ? Trois peuvent être distingués : la nomination de juges qui ne sont pas nécessairement magistrats mais peuvent être des universitaires ; la rédaction d'opinions par ces juges ; une rupture historique avec un régime politique dont le blocage a été associé à sa mise en forme juridique, menant à un rejet du formalisme en tant que discours purement technique ou hiérarchisé du droit au profit de la discussion éthique et philosophique. Finalement, le principal point de convergence des deux jurisprudences réside dans l'usage même du discours qui forme l'activisme judiciaire radical dont nous avons proposé la définition plus haut. Notre analyse a montré des reconfigurations dans le discours constitutionnel, c'est-à-dire des formes d'énonciation propres à un espace du constitutionnalisme qui rendent possible des actions et des idées à travers le travail conceptuel, dialectique et participatif réalisé par ces juridictions particulières. Elles ont montré leur réactivité à leur environnement (Partie 1) et leur productivité (Partie 2) d'une transformation du politique en droit. Notre étude a alors observé un glissement. Une première phase a mis en scène des approches des droits sociaux et de la limitation opposée aux pouvoirs publics et privés, avec en particulier une conceptualisation des pouvoirs du juge par les membres des deux juridictions qui étaient universitaires ou avaient assumé un rôle politique avant leur nomination. Une fois les approches contentieuses stabilisées au milieu des années 2000 et le droit ainsi créé dépolitisé, les deux juridictions ont donné à voir un tournant discursif plus marqué encore qui prenait cette fois-ci une certaine avance sur la naturalisation des arguments politiques. C'est une transformation en cours du débat public dans lequel la controverse idéologique est moins masquée qu'elle l'a pu l'être dans les raisonnements des juges.

L'enquête comparative<sup>3486</sup> donne alors accès à de nouveaux espaces du droit qui nécessitent de s'intéresser à l'histoire identitaire des deux pays, à la formation des inégalités socio-spatiales ou encore à l'urbanisme de Johannesburg, à la biodiversité des terres où vivent les peuples autochtones ou à la manière de nommer les usagers de drogues dans la rue pour envisager leur autonomie. On se plonge dans des espaces socio-politiques denses traversés par les droits, qui ne font que passer en emportant des effets réels mais aussi des déceptions, montrant les manières qu'a le discours

---

<sup>3486</sup> Voir *supra*.

judiciaire d'interagir avec la réalité et de participer à des constructions identitaires et politiques. Les usages politiques du constitutionnalisme sont alors tout aussi importants qu'à l'inverse le glissement épistémologique qui a vu émerger, dans les milieux juridiques des deux pays et dans les espaces de discussion comparatistes, des positions qui interrogent les rapports entre la science du droit et une position normative, voire militante. Avec deux difficultés indépassables, celle de définir l'étendue des discours juridiques dans la réalité (que sont-ils ? existent-ils hors de cette réalité ?) et celle de définir cette réalité, qui n'a pas l'apparence simple d'une feuille de papier, c'est-à-dire de savoir ce que font les cours et comment l'expliquer. Ce sont deux pays travaillés par leur histoire qui apparaissent, pris dans des complexités infinies dans les rapports sociaux et le jeu des identités individuelles et collectives – traduisant, chez les acteurs juridiques et militants qui font les droits, un rapport conflictuel et passionnel au droit autant qu'un rejet brutal de la politique, ou au contraire le retour tout aussi brutal de celle-ci chez les militants déçus par la mise en ordre des rapports sociaux au profit du pouvoir institué par le droit. Le règne de l'ANC en Afrique du Sud, l'alternance des présidents aux politiques similaires en Colombie, sont les réalités vécues de sociétés dans lesquelles, pourtant, l'espoir a pu être immense jusqu'à gagner les Constitutions, en s'éloignant parfois des populations. De Johannesburg à Bogota, l'inventivité de sociétés fracturées, mais aussi riches d'une diversité unique, frappe et fascine. Le juriste y trouve son compte d'innovations techniques comme d'inspirations conceptuelles, voire d'applications théoriques, et la remise en cause d'idées préconçues sur le droit : précisément, il est des lieux où les frontières du juridique bougent très rapidement dans des moments historiques et sociaux rares mais incertains.

## §2. UNE METHODE D'ANALYSE DISCURSIVE DU CONSTITUTIONNALISME

L'analyse menée dans ces pages a consisté à élaborer une méthode propre aux discours constitutionnels et judiciaires. Cela nous a mené à examiner les formations discursives descriptives, qu'elles soient celles des universitaires ou des juges eux-mêmes, et à naviguer dans les riches opinions et controverses concordantes ou dissidentes données à voir par les deux juridictions. Cette méthode s'est construite sur un double mouvement simultané de structuration et de déstructuration de la production du discours par les juges et les juristes au sein d'un champ du constitutionnalisme colombien et sud-africain, lequel contient de nombreux acteurs aux positions et niveaux de discours variés, et lequel recoupe une sphère comparatiste principalement anglophone ainsi que des discussions européennes et étatsuniennes. Les outils classiques de l'analyse juridique sont enrichis de ceux de l'analyse de l'argumentation pour produire, ensemble, une analyse discursive de l'activisme : les discours permettent de situer les cours sur chacun des axes, lesquels reposent chacun

sur des présupposés relatifs à ce que serait un droit distinct de la politique ou au contraire une politique par les juges, l'analyse discursive elle-même dépassant la distinction pour dessiner les relations complexes, toujours mêlées et en constante réinvention du politique au-delà de la traditionnelle distinction entre un politique mal défini et un droit naïvement conçu comme autonome de la société.

L'activisme judiciaire est un phénomène multifactoriel qui nécessite un renouvellement méthodologique. Le recours à l'histoire et aux contextes socio-politiques permet de comprendre la densité des discours constitutionnalistes et de l'action, en contexte, des cours constitutionnelles, contre les approches trop conceptuelles ou trop générales qui se contentent de décrire les énoncés (textuels, judiciaires) pour en conclure qu'ils agissent nécessairement sur la réalité ou qu'ils proviennent nécessairement d'une bonne foi idéaliste. Cet effet de passage est renforcé par le constitutionnalisme transformateur puisqu'il a la prétention de donner un sens juridique à une action sur la société, comme un idéal normatif qui viendrait former activement les structures sociales sous la main du juge qui en précise le sens. La démarche est alors inductive : il ne s'agit pas de réduire le phénomène juridique à l'empirisme pur, qui ne mènerait qu'à une explication factuelle peu compréhensive du phénomène normatif, mais de partir de l'empirisme du discours pour monter vers un degré de théorisation qui permette d'expliquer utilement le phénomène juridique avec sa fonction justificatoire et ses effets de réel. Par une analyse empirique des cours constitutionnelles, il a ici été entendu une approche qui s'intéresse à l'ensemble des éléments qui expliquent leur activité. Il s'est agi de proposer une méthode de science du droit qui ne pas se laisse pas aller aux mots du droit mais qui prenne de la distance avec eux, pour comprendre comment le phénomène juridique est un mélange de normes et de faits.

Un tel regard se trouve déplacé vers l'analyse critique des discours produits par les juges, et donc leur insertion dans une fabrique du droit. Il faut alors concrètement s'intéresser aux juges, à leurs opinions<sup>3487</sup>, à leurs « représentations »<sup>3488</sup> et à celles des acteurs du milieu juridique, à la fabrique du droit – du discours juridique – au croisement des différents acteurs et locuteurs du contentieux. Puisque l'on envisage l'activité judiciaire comme un processus de justification, ces

---

<sup>3487</sup> V.C. JACKSON, J. GREENE, « Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts ? », in T. GINSBURG, R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, E. Elgar, 2011, p. 599-623.

<sup>3488</sup> David Landau parle de « worldviews », D. LANDAU, « The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modelling Judicial Behaviour in Latin America », *George Washington International Law Review*, vol. 37, n° 3, 2005, p. 687-744. Mais selon A. ROSS, *On law and justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, p. 37-38 : on ne peut simplement comprendre la création du droit par l'observation du juge, car on ne saurait dire à quoi il se fie ; il faut s'intéresser à la conception de la société dans laquelle il s'inscrit, malgré lui, ce qui renvoie à la question de l'idéologie vue dans cette étude.

Voir également M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.* note 10, p. 73-81.

discours sont alors cruciaux pour comprendre la manière par laquelle cette justification a été construite – comment elle a réagi avec et été appliquée au réel. Il faut également intégrer une dimension quantitative afin d’appréhender le phénomène le plus largement possible, comme y invitent certains courants des sciences sociales mais aussi de la science juridique d’aujourd’hui<sup>3489</sup>, en lien avec les arguments philosophiques mobilisés et les pensées les plus contemporaines, comme les approches issues de l’économie et de la psychologie. Le discours appelle en outre à prendre en compte deux éléments dans une étude juridique : la formation particulière des affects, qui ne sont pas simplement opposés à la rationalité ou à la norme, et le pouvoir qui ressort du fait de nommer les choses, l’idéologie n’était pas considérée comme une doctrine dont on pourrait se passer, mais comme une vision du monde. Les juges qui élaborent des opinions jouent sur différents registres stylistiques et persuadent ou donnent à voir leurs propres doutes et persuasions d’une manière qui laisse passer plus ou moins visiblement des éléments idéologique de leur temps, ce qui est bien évidemment facilité par le référencement explicite de sources théoriques. Sinon, la recherche de l’implicite est la principale quête d’une étude discursive qui ne s’en tient pas aux mots du droit tels qu’ils se donnent à voir.

Il s’est agi d’étudier l’argumentation des cours mais aussi, plus largement, leur discours c’est-à-dire les effets de réel de la production des juridictions dans un espace où elles interagissent avec des acteurs militants, universitaires et politiques. Les Cours constitutionnelles elles-mêmes se sont ouvertes à leur environnement pour créer un lien avec la réalité sociale, soit une redéfinition procédurale de la transformation qui a été traversée par la pensée la plus actuelle en matière politique, et qui pose de nombreuses questions théoriques et pratiques. La distinction entre la théorie et la pratique apparaît alors sous un autre jour : les concepts peuvent être utilisés pour comprendre la réalité en ce qu’ils en fondent les représentations et la manière dont elles agissent. On peut alors distinguer la formation des contextes de l’activisme judiciaire, ceux-là même qui le rendent possible et par lesquels le politique est venu saisir l’activité juridique, de la « micro-altération » des structures sociales<sup>3490</sup> opérée par le juge en retour. Cet échange permet également d’analyser les relations qu’entretiennent, au sein de la production normative des cours, la dimension déclarative des décisions et les mécanismes mis en œuvre dans leur exécution, deux aspects sur

---

<sup>3489</sup> S. MACAULAY, E. MERTZ, « New Legal Realism and the Empirical Turn in Law », in R. BANAKAR, M. TRAVERS (dir.), *Law and Social Theory*, Hart Publishing, deuxième, 2013, p. 195-210. Il faut toutefois manier avec précaution les données statistiques, qui risquent de reproduire un biais formel dans l’étude des mots du droit, voir *supra*, introduction générale, section 1.

<sup>3490</sup> La distinction, et le terme de micro-altération, s’appuie sur la théorie sociale de Roberto Unger, qui propose, entre les grandes théories marxistes ou libérales et la pratique capitaliste quotidienne, d’envisager une transformation qui joue sur les effets de « micro-altération » et de déstabilisation. R. UNGER, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* (1987), *op. cit.* note 17.

lesquels les deux cours ont diversement innové. L'action politique des cours se comprend alors comme une perturbation plus ou moins importante de l'espace politique. D'un point de vue critique, c'est un écart constamment reconfiguré qui donne droit ou au contraire façonne des visions du monde et leurs effets pratiques dans le monde social, par le biais notamment du processus de la décision publique en démocratie. Les raisonnements fournis par le juge, qu'ils produisent ou non des effets palpables sur les biens sociaux attribués aux individus ou sur les rapports de pouvoir socioéconomiques et les politiques publiques qui les permettent ou les contrent, sont alors un espace de possibles éthiques érigé en norme commune.

### §3. POTENTIEL ET LIMITES D'UNE METHODE DISCURSIVE EN FRANCE

En 2012, Denis Baranger reprenait les critiques adressées aux motivations du Conseil constitutionnel en qualifiant celui-ci d'« hyperformaliste »<sup>3491</sup>. En énonçant des règles qu'il nomme droits, principes ou objectifs d'un côté, en reproduisant ou en répétant bien souvent ce qui est présenté comme une norme de référence, puis en appliquant celle-ci à l'espèce par une conclusion tendant à la violation ou non de la Constitution, le juge constitutionnel français se priverait de donner ses raisons d'interpréter ou d'appliquer ainsi les textes, sans que cela ne signifie qu'il n'ait pas par ailleurs de telles raisons. Denis Baranger regrette plus particulièrement que cette absence ne permette pas de distinguer parmi les raisons celles qui sont politiques, au sens de la discussion portant sur la réalisation du bien commun, de celles qui sont juridiques, tout en analysant le rôle de la tradition juridique française et de la position institutionnelle du Conseil. Les décisions du Conseil constitutionnel, bien souvent détachées de leur contexte politique et social, reposent sur un style sec et une approche largement déductive de l'interprétation : on cherchera ainsi à savoir si le juge a fait une bonne lecture de telle disposition de la Constitution, ou ce que la Constitution commandait, sans s'interroger sur le sens politique de ce processus.

De fait, les constructions normatives en France sont marquées par un certain formalisme dans la manière dont elles sont reliées à un texte, comme une découverte qui prend la forme d'une assertion<sup>3492</sup>. Les juridictions française produisent un discours qui neutralise l'idéologie par une

---

<sup>3491</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Juspoliticum*, n° 7, 2012

<sup>3492</sup> Ainsi du Conseil constitutionnel qui, selon les discours juridiques dominants, « proclame » ou « découvre » les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes et objectifs à valeur constitutionnels, et avant lui, le Conseil d'État avec les principes généraux du droit. Les juges créent alors des normes qui n'ont qu'un éloigné avec le texte constitutionnel, qui a souvent deux-cents ans d'âge, et qui reçoivent un renfort de positivité par le biais, paradoxalement, de la morale, selon une image de la découverte qui renverrait à des valeurs enfouies dans l'ordre juridique, mais pas explicitées avant que le juge ne s'y intéresse.



apparence syllogistique qui masque les raisons<sup>3493</sup>. En Afrique du Sud et en Colombie, bien au contraire, les juges donnent leurs raisons, et longuement. Les décisions remplissent un standard de la *Common law* mais également de beaucoup de tribunaux internationaux, cours supranationales et juridictions suprêmes, notamment en matière de droits de l'homme et de droit constitutionnel, y compris dans une culture de droit civil et écrit comme c'est le cas de la Colombie. On peut alors analyser leurs opinions de manière discursives en y cherchant l'implicite et en y contextualisant l'explicite. Une telle analyse est difficilement répliquable dans un pays dont les juges écrivent peu. Elle peut en revanche inspirer quelques idées relativement à l'état du constitutionnalisme en France.

Une première voie de changement peut consister à souhaiter la production d'opinions par la juridiction elle-même<sup>3494</sup>, mais la barre de l'élaboration conceptuelle est haute. L'enjeu n'est pas tant de casser la solennité du jugement d'un point de vue théorique que d'avoir la capacité de produire et donner à voir une vision constitutionnelle. Les expériences sud-africaine et colombienne montrent en revanche qu'une telle approche du droit est dynamique avec différentes phases historique. La configuration de la culture juridique mais surtout la personnalité et la subjectivité des juges sont cruciales dans la production du discours. L'environnement institutionnel des juridictions est important également – on pense aux équipes dont chaque magistrat dispose en Afrique du Sud. Cette approche est particulièrement iconoclaste mais l'une des leçons générales qui peuvent être tirées de cette étude – et que l'étude elle-même n'implique pas nécessairement – tient à l'invention. La reconfiguration des rapports entre droit et politique dans la sphère de la créativité judiciaire peut en effet prendre la forme – et la formalisation – d'un activisme que nous avons qualifié de radical. Il a été associé à un changement de régime et à la création de nouvelles juridictions constitutionnelles en Afrique du Sud et en Colombie, avec la nomination d'universitaires et de juristes qui n'étaient pas des magistrats sous le régime ancien auquel était associé un formalisme juridique. La nomination des membres du Conseil constitutionnel concentre une grande partie des critiques à son égard. De fait, ce sont les magistrats ou les politiciens et militants disposant d'une forte vision du droit ou du social qui ont produit l'activisme judiciaire radical observé en Afrique du Sud et en Colombie. Mais c'est aussi une reconfiguration du rapport entre droit et politique qui a eu lieu avec le déclin de la légitimité des autorités politiques et l'investissement du droit au tournant de la mondialisation dans le vide des fondements politiques des deux pays au sortir des régimes politiques rejetés dans les années 1990.

---

<sup>3493</sup> P. BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, n° 91, 2015, p. 545-561

<sup>3494</sup> Voir D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil Constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes & Cie, 1997. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, 2005.

Un changement de style en France reviendrait-il à produire un discours du genre de celui des pays de notre étude ou des juridictions européennes ? Le style des hautes juridictions françaises a évolué depuis les considérants lapidaires<sup>3495</sup>. Mais l'enjeu juridique majeur porte toujours sur le pouvoir normatif des juges lorsqu'ils interprètent des textes souvent anciens, dont la valeur juridique a parfois été consacrée par eux, aux côtés de notions jurisprudentielles, mais dans un style volontiers déductifs, c'est-à-dire qui prend l'apparence d'un syllogisme sans autre origine que la lecture d'un énoncé. On connaît par ailleurs le style argumentatif des rapporteurs publics au Conseil d'État qui explicite ces raisons avec un degré de références, une association personnelle et une éloquence qui fait penser à certaines opinions de cette étude. De rares décisions peuvent également prétendre à une analyse de l'affect donné à voir, comme la décision *Commune de Calais* qui évoque la situation du camp où logent les migrants qui cherchent à traverser la Manche en des termes marqués d'affects ou à tout le moins étonnamment contextualisés<sup>3496</sup>. Mais ce n'est qu'une comparaison un peu raide des énoncés constitutionnels qui peut voir une proximité entre une telle décision et celles de cette étude ; le principal point commun est l'évocation de la dignité dans un contexte de privation socioéconomique. On est loin des conditions de production du droit prétorien en Afrique du Sud et en Colombie puisque les débats internes à la juridiction ne sont pas donnés à voir sous la forme d'une discussion éthique et que les raisons données sont une déduction d'un principe de dignité humaine pourtant particulièrement indéterminé. Le Conseil constitutionnel, qui s'attache à l'aspect objectif de son contentieux, y compris dans son contrôle *a posteriori*, a encore moins de chances de jouer ce rôle éthique et affectif. On peut attendre du Conseil constitutionnel qu'il devienne pareil *forum*, comme y est souvent associé une démocratie délibérative alors particulièrement étroite<sup>3497</sup>. Encore faut-il imaginer les interactions qui peuvent se réaliser au-delà de la seule délibération entre les membres, qui plus est secrète et non explicitée dans la motivation.

Une autre voie de changement peut viser à enrichir le discours judiciaire hors des décisions, ce que les commentaires autorisés du Conseil constitutionnel amorcent déjà à leur manière, ainsi que la communication produite par son Président et les diverses participations au débat public de ses membres<sup>3498</sup>, comme le Conseil d'État sait déjà le faire dans un chœur à deux voix bicentenaire qui s'est vu adjoindre un écho médiatique dans les dernières décennies. La participation de juges ou de l'institution communicante dans le débat public est une manière d'agir sur le débat politique

---

<sup>3495</sup> P. DEUMIER, « Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 1, 2019, p. 67s

<sup>3496</sup> CE, 31 juillet 2017, *Commune de Calais*, n°412125.

<sup>3497</sup> D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, Coll. « La pensée juridique moderne », 1995. D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2015.

<sup>3498</sup> Voir M. DISANT, « La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 33, 2018, p. 59-75

même si ce n'est pas nécessairement la finalité poursuivie et voulue. On retrouve bien entendu des effets discursifs similaires à ceux étudiés dans l'écho que la doctrine donne à la jurisprudence. La décision *Cédric H.*<sup>3499</sup> du Conseil constitutionnel l'illustre bien : le principe de fraternité n'était opposé qu'à une sous-condition de l'exception au délit concerné, celle portant sur l'aide humanitaire à la circulation et non à l'entrée sur le séjour<sup>3500</sup>, si bien qu'il s'agit d'une simple tolérance dispensable pour arriver au même résultat<sup>3501</sup>. La fraternité juridiquement consacrée a néanmoins été présentée et reçue comme une production du juge dans l'espace public - il y a un effet performatif et communicationnel évident à dire que le principe de fraternité existe. C'est une participation à la discussion philosophique et politique sur l'universalisme et l'humanisme qui suscite la controverse au sein des redéfinitions actuelles du républicanisme. Mais cette contribution reste enserrée dans une présentation du raisonnement juridique qui donne à voir une déduction et l'application mécanique d'une règle, en plus de la restreindre étroitement au litige en cause et la question technique qui était portée sur l'exception humanitaire, sans discussion éthique plus générale ni véritable proclamation valant pour l'ordre juridique, comme pourraient d'ailleurs s'y attendre de nombreux acteurs hors du champ du contentieux constitutionnel.

L'insertion des formes de raisonnements des juges dans les évolutions politiques et sociales explique cet état de fait et informe la critique que l'on peut en faire. De fait, une série de présupposés sur le rôle du juge constitutionnel, que l'on peut d'ailleurs tout à fait défendre<sup>3502</sup>, explique ce que la doctrine sud-africaine qualifierait d'un refus de décider. Le juge reste alors conçu dans l'approche kelsénienne d'un contrôle de la validité normative<sup>3503</sup>, qui a remplacé l'image de la bouche de la loi. La difficulté de cette position est que Kelsen lui-même excluait l'application de sa théorie du droit aux droits et principes<sup>3504</sup> qu'ont pourtant embrassé les discours juridiques et judiciaires du droit public français. Une montée en abstraction et une axiologisation a accompagné la constitutionnalisation<sup>3505</sup> mais aussi la mondialisation qui a vu la *rule of law* et des juridictions comme la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, les cours de notre études, la Cour suprême des États-Unis, la Cour suprême indienne, dans une moindre mesure le Tribunal fédéral Allemand ou encore le Tribunal constitutionnel espagnol élaborer des discours sophistiqués. Les hautes juridictions se sont adaptées à ces influences et à ce lectorat tout

---

<sup>3499</sup> CC, QPC, 6 juillet 2018, *Cédric H.*, n°2018-717/718.

<sup>3500</sup> S. SLAMA, « La fraternité est constitutionnelle mais la solidarité reste un délit », *AOC*, 13 juillet 2019.

<sup>3501</sup> Voir V. TCHEN, « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 31, 2018, p. 1786-1790.

<sup>3502</sup> Voir D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *op. cit.* note 31, supra.

<sup>3503</sup> Voir *supra*, introduction générale, section 2, §1.

<sup>3504</sup> *Ibid.*

<sup>3505</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Juspoliticum*, n° 8, 2012.

en gardant certaines des formes traditionnelles du droit Français post-révolutionnaire. La légitimité des juridictions repose encore sur l'idée d'une autorité plutôt que d'un pouvoir, ce qui explique peut-être la popularité du terme de gouvernement des juges. Il n'y a pas eu, en France, d'accord politique majeur sur les droits. L'opposition saisit le Conseil constitutionnel lorsqu'elle souhaite contester une loi depuis la réforme de 1974, mais la réponse du Conseil et le fait qu'il reste tenu par la saisine relative à la censure, sans pouvoir évoquer une situation structurelle, en s'interdisant même de regarder les conditions sociales d'application des lois, n'en fait pas un instrument majeur. Le contrôle *a posteriori* ouvert en 2008 a étonnamment profité aux groupes d'intérêts et entreprises autant voire plus qu'aux justiciables particuliers<sup>3506</sup>.

On peut aller plus loin en observant en France une « culture de l'autorité » au sens où Etienne Mureinik l'opposait à une « culture de justification » pour qualifier l'Afrique du Sud de la transition<sup>3507</sup> ; une culture où la déduction et la règle supposément écrite prévaut sur la motivation, où la décision prévaut sur la délibération. C'est toute une définition du politique qui est refusée nettement à la justice et laissée au Gouvernement et à la présidence de la République, dans une moindre mesure au Parlement, avec un formalisme des justifications qui se trouve non seulement dans les décisions de justice mais aussi dans les actes administratifs et les discours publics des dirigeants. La France est-elle un État de droit au sens formel d'une structure juridique et étatique plutôt qu'un État démocratique au sens des droits de l'homme voire de l'autonomie et des droits sociaux ? Les acteurs politiques et juridiques ont de fait adopté un discours contemporain de la *rule of law* ou de la démocratie libérale qui prétend aux mêmes exigences que celles qui prévalent devant les juridictions internationales ou européennes, aujourd'hui productrices d'un riche discours du type de celui que l'on a étudié en Afrique du Sud et en Colombie. Un pouvoir politique et une représentation en perte de légitimité voient les juges élaborer un discours des valeurs et principes qui se voit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qui s'est toujours vu, à vrai dire, dans la jurisprudence du Conseil d'État.

Dans la mondialisation, la comparaison est alors œuvre de légitimation et les juristes comme les juges y recourent en permanence face aux influences et modèles qui comptent dans les discours contemporains. On sait que la « théorie des modèles » élaborée par Louis Favoreu dans les années 1980 ne renvoie pas tant à une réalité observable qu'elle sert à rationaliser et justifier le pouvoir

---

<sup>3506</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n° 2, 2014. Voir également l'étude collective publiée dans *Titre VII* en octobre 2020, « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis ».

<sup>3507</sup> E. MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal of Human Rights*, vol. 10, n° 1, 1994, p. 31-48, sur lequel s'appuie abondamment K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *op. cit.* note 20, voir *supra*, chapitre 1.

nouveau du Conseil constitutionnel en l'insérant dans une classification élogieuse qui n'a pourtant pas de vertu explicative<sup>3508</sup>. On comprend dès lors que la science du droit constitutionnel, en France, a voulu se construire en égale d'autres disciplines plus techniques et contentieuses<sup>3509</sup>, avec aujourd'hui l'image du dialogue des juges. Encore aujourd'hui, la métaphore du dialogue des juges sert l'image d'un Conseil constitutionnel ou d'un Conseil d'État qui discutent avec leurs homologues étrangers. Mais de quoi parlent-ils ou plutôt comment parlent-ils ? L'ancien membre de la Cour suprême du Royaume-Uni Jonathan Sumption relatait récemment cette expérience d'un colloque où un procureur français s'offusquait devant un juge de la Cour européenne des droits de l'homme d'une décision qui condamnait la France. Le juge européen lui répondait que si la décision était aussi bien motivée que le discours que lui opposait le magistrat lors de ce colloque, la Cour aurait peut-être répondu différemment<sup>3510</sup>.

Le débat du pouvoir des juges a bien sûr lieu en France et il n'est pas aussi caricatural que les discussions théoriques peuvent parfois le laisser penser<sup>3511</sup>. Mais le sens politique du point de vue éthique manque à l'analyse du droit en France, en lien les structures de pouvoir, mais cette déconnexion provient de ce que le droit se donne à voir dans une apparence formelle qui empêche d'envisager une autre forme de politique que la stratégie juridictionnelle ou les rapports partisans. Le droit est alors contenu à l'expression du pouvoir, même s'il peut accorder des marges de liberté, mais il ne peut être un lieu de discussion créative. Au pays des droits de l'homme, le discours des droits n'est souvent perçu que par une mécanique ou l'exégèse des textes, tandis qu'à l'inverse, le déni du politique dans le droit et jusque dans les droits fait face à une grande richesse de la pensée française en matière d'idées et de transformation sociale.

Une autre conclusion qui pourrait être tirée de cette étude au-delà de son objet contextuel tient à la notion même de politique. La reconfiguration entre droit et politique qui peut être observée au sein du constitutionnalisme et à l'initiative des juges et juristes constitutionnalistes en Afrique du Sud et en Colombie a été qualifiée d'activisme radical parce qu'elle renvoie à une acceptation radicale du politique. Celui-ci est alors un espace de réinvention constante dans une conflictualité ouverte, admise comme telle, où les rapports entre institution et rébellion sont médiatisés par des formes de

---

<sup>3508</sup> O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France. Un bilan critique », *Juspoliticum*, n° 2, 2009. G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, Bononia University Press, 2009.

<sup>3509</sup> B. FRANÇOIS, « La Constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in Y. POIRMEUR et al. (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 210-229

<sup>3510</sup> J. SUMPTION, « La jurisprudence n'est pas la continuité de la politique par d'autres moyens », *Esprit*, à paraître.

<sup>3511</sup> Voir par exemple la Mission d'information du Sénat sur « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? », du 13 janvier 2021 au 28 mars 2022, en particulier les auditions d'universitaires du 18 janvier 2022 et de juges le 8 février 2022.

délibération et d'interactions organiques telles que celles que les Cours constitutionnelles étudiées ont participé à mettre en place. La question de la légitimité démocratique, même dans une approche communicationnelle, pose la question des organes décisionnaires. Jürgen Habermas lui-même voyait le Tribunal fédéral allemand comme « une instance arbitraire<sup>3512</sup> » : il ne peut être le lieu de l'énonciation des valeurs, il doit permettre leur discussion. Les cas sud-africains et colombiens s'insèrent dans une situation politico-sociale particulière avec un pouvoir politique et des fractures sociales qui expliquent le pouvoir qu'elles ont pu et voulu acquérir.

Un autre rapport au discours juridique est-il possible en France ? Une telle transformation pour avoir lieu doit pouvoir s'appuyer sur deux éléments qui tiennent à la définition même du politique. D'une part, il faut des contenus politiques relatifs à une forme de changement social. S'il on a insisté dans cette étude sur la définition de l'activisme et la radicalité du politique, dit autrement la capacité intégrative du droit vis-à-vis de l'idéologie, l'Afrique du Sud comme la Colombie se sont appuyés sur des visions du social certes divergentes et en aucun cas hégémoniques malgré le processus constituant, mais qui ont relevé d'un changement brutal de rapport à la société. En France, le droit n'a jamais été un vecteur de changement social hors de l'État et du pouvoir politique. La Constitution de 1958, on le sait, n'intègre pas de déclaration des droits, dans une logique bureaucratique et gaullienne typique d'alors<sup>3513</sup>. L'ordre juridique français sort mal du libéralisme bourgeois de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui paraît datée juridiquement, linguistiquement et politiquement, sauf à considérer la démocratie des minorités et de l'autonomie ou la démocratie environnementale qui ressortent précisément de deux corpus délaissés du droit constitutionnel français, celui de la Convention européenne des droits de l'homme et celui de la Charte de l'environnement.

D'autre part, une redéfinition du politique telle que celle d'un constitutionnalisme transformateur doit pouvoir relever d'une transformation et d'un rapport à l'institution du genre de celui auquel appelaient des auteurs pourtant français et cités dans le corpus sud-africain ou colombien comme Claude Lefort ou encore Jacques Derrida, mais l'approche post-structuraliste a peut-être eu plus d'effets en tant que *French theory* à l'étranger<sup>3514</sup>. Les contre-discours radicaux de la démocratie ne manquent cependant pas<sup>3515</sup>. Un tel changement s'il survenait en France et quoi que l'on pense de sa désirabilité passerait-il néanmoins par le droit constitutionnel ? La présente étude

---

<sup>3512</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, traduction de Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 1997, p. 182.

<sup>3513</sup> Voir P. RAYNAUD, *L'Esprit de la Ve République. L'histoire, le régime, le système*, Perrin, 2017.

<sup>3514</sup> Voir F. CUSSET, *French theory. Foucault, Derrida, Deleuze et Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, La Découverte, 2003

<sup>3515</sup> Voir L. BLONDIAUX, « De la démocratie en France. En finir avec les faux-semblants », *Esprit*, n° 473, 2021, p. 87-99.

ne permet pas d'y répondre ; l'Afrique du Sud et la Colombie ont connu une transformation par le droit à ce moment du début des années 1990 où l'idéologie libérale semblait s'imposer et la *rule of law* incarnait une forme de développement humain propice à la constitutionnalisation des valeurs. Mais les fractures sociales et culturelles ont alors justifié un mécanisme assurantiel qui compensait, d'une certaine manière, une pensée de l'État ou de la République qui n'était pas possible après l'Apartheid ou l'apathie politique du *Frente nacional*. À l'inverse, les juges français se placent très rarement dans une situation d'impulsion du changement ou dans un conflit ouvert avec le pouvoir politique, à l'exception sans doute du droit pénal vis-à-vis des représentants.

Le passage d'une analyse normative ou institutionnelle de la justice constitutionnelle à une analyse du discours permet une conclusion étroite<sup>3516</sup>. Le droit peut être conçu autrement qu'un système de normes et de justifications plus ou moins évidentes comme il est enseigné en France aujourd'hui. Le droit peut aussi être une discussion éthique : au lieu de vérifier des critères et d'élaborer des définitions, on peut se demander ce qu'est une personne autonome ou une société d'égaux, quelles implications éthiques pour nos décisions et nos agissements du quotidien tel que le droit les saisit. Le juge n'est pas propriétaire de l'interprétation juridique ; en particulier lorsque d'autres espaces sociaux existent pour tenir cette délibération et que le pouvoir politique n'est pas dans la situation particulière dans laquelle il a été dans les pays de notre étude. On peut attendre des évolutions de la motivation sans utiliser la comparaison de manière instrumentale et décontextualisée, mais comme inspiration. Surtout, il faut réinsérer chaque question dans son contexte et ses besoins propres d'un point de vue normatif donné. Pour une pensée libérale, la question est : qui doit protéger l'individu et quels sont les contre-pouvoirs ? Pour une pensée sociale, la question est : comment porter la transformation sociale ? Pour une pensée de l'autonomie, la question est : comment penser la personne et le social ensemble ?

---

<sup>3516</sup> Au sens d'une théorie éthique étroite et par opposition à un système moral ou à une théorie générale, comme l'entend David Bilchitz, *supra*, §1.





## DECISIONS CITEES

## BIBLIOGRAPHIE

