



HAL
open science

L'évolution des exceptionnalismes : entre rapprochements juridiques et résistances politiques

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► To cite this version:

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. L'évolution des exceptionnalismes : entre rapprochements juridiques et résistances politiques. Libertés et exceptionnalismes nationaux, 15, Bruyant, pp.271-294, 2015, 978-2-8027-4884-7. halshs-01464411

HAL Id: halshs-01464411

<https://shs.hal.science/halshs-01464411>

Submitted on 10 Feb 2017

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.

L'évolution des exceptionnalismes : entre mutation et extinction ?

Par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini

Directrice de recherches au CNRS, ILF-GERJC, Aix-Marseille Université

Lorsque l'on fait une recherche doctrinale sur la notion d'exceptionnalisme, la grande majorité des réponses, donc des contributions évoquant ce terme, se focalise sur l'exemple américain. L'exceptionnalisme est ici évoqué dans un sens strict et désigne à la fois la conscience que la nation américaine a d'elle-même, et sa manière d'appréhender les relations internationales et de se situer sur le plan international¹. Cependant, les auteurs ne sont eux-mêmes pas d'accord sur son contenu. Aujourd'hui, le recours au terme exceptionnalisme n'est plus cantonné au seul cas américain. Cette expression est employée de manière plus souple sans pour autant que se dégage un consensus sur sa signification. D'ailleurs l'utilisation de ce vocable connaît une recrudescence ces dernières années que ce soit pour désigner un Etat, une région ou un continent². Manifestation de ces ambiguïtés, la doctrine traitant de l'exceptionnalisme utilise donc ce terme plus qu'elle ne le définit³. Ainsi, il semblerait que plusieurs sens soient donnés à cette expression dans le langage doctrinal actuel. L'exceptionnalisme est parfois entendu de manière très large comme désignant toute forme de particularisme des Etats. Ceci est de plus en plus souvent le cas d'articles qui, en dehors de l'exemple américain, désignent un exceptionnalisme national qui n'aurait pas vocation à peser sur la manière de concevoir les

¹ La doctrine américaine sur cette notion est considérable. Nous nous limitons à évoquer en français : L. Hennebel et A. Van Waeyenberghe, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, 366 p.

² Par exemple, T. Carney, « A regional disability tribunal for Asia and the Pacific: changing the conversation to a "conversation"? », *International Journal of Law in Context*, 2011, 7(3), 319-333 ; C. Gearty, « On fantasy island: British politics, English judges and the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2015, n° 1, pp. 1-8 ; M. Hunter-Henin, « Constitutional developments of Human Rights in France », 99 *International & Comparative Law Quarterly* (I.C.L.Q.) 2011, 60 (1), p. 186 ; M. Lickova, « European Exceptionalism in International Law », 19/3 *European Journal of International Law* (2008), p. 463 ; G. Mayeda, « Appreciate the Difference: The Role of Different Domestic Norms in Law and Development Reform; Lessons from China and Japan », 51 *McGill Law Journal*, n° 51, (2006) pp. 547-598 (qui remet en cause l'utilisation l'idée même d'un exceptionnalisme « asiatique » en raison des grandes différences existant entre les Etats sur ce continent) ; B. Guy Peeters, « Consociationalism, Corruption and Chocolate: Belgian Exceptionalism » 25 *West Eur. Politics* (2006) p. 1082 ; S. Safrin, « The UN-Exceptionalism of U.S. Exceptionalism », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, n° 41, pp. 1307-1354 ; M. Taggart, « « Australian Exceptionalism » in Judicial Review » (2008) 36 *Federal Law Review* 1.

³ Anu Bradford et Eric A. Posner tentent de définir l'exceptionnalisme en droit international de la manière suivante : « By universalism, we refer to the view that the rules of international law apply to all states. By exceptionalism, we refer to the view that the values of one particular country should be reflected in the norms of international law. By exemptionalism, we refer to the claim that the rules of international law, or of certain international treaties, should apply to all states except for one particular state » (A. Bradford, E. Posner, « Universal exceptionalism in International Law », *Harvard International Law Journal* (2011), vol. 52, p. 7). Cette définition de l'exceptionnalisme se rapproche de ce que Sabrina Safrin considère comme l'exceptionnalisme intégré (*précité*, pp. 1313-1314).

relations internationales ou le droit international⁴. Cet exceptionnalisme n'aurait ainsi pas pour objectif de convaincre d'autres Etats de la nécessité de remettre en cause la manière d'appréhender les relations internationales. Cet exceptionnalisme se vivrait avant tout de l'intérieur même s'il exprime une forme de résistance à la globalisation induite par le droit international. Chaque Etat a des spécificités qui marquent plus ou moins son identité. Si l'exceptionnalisme est un simple particularisme, alors tous les Etats possèdent une forme d'exceptionnalisme propre à leur culture, leur histoire, leurs traditions. D'ailleurs, en droit international, la revendication de cette forme d'exceptionnalisme est une manière de replacer, sur le devant de la scène, la souveraineté de l'Etat et de s'opposer à une globalisation galopante dans tous les domaines et échappant justement de plus en plus à la maîtrise des Etats. La revendication exceptionnaliste peut apparaître, dans ce contexte, comme une revendication identitaire ou, a minima, un rappel de l'attachement des Etats au principe de la souveraineté. Cette forme d'exceptionnalisme n'a en soi rien d'extraordinaire. Elle est même inscrite dans les fondements du droit international qui repose sur le principe de souveraineté des Etats et qui fonctionne sur le mode de la négociation permettant aux Etats d'adhérer à une convention internationale tout en l'adaptant dans la mesure du possible à ses spécificités. La souplesse du droit international à ce niveau-là est grande car même si le texte finalement adopté par les Etats ne les satisfait pas entièrement, ils ont encore la possibilité d'émettre des réserves ou de faire des déclarations interprétatives qui leur permettront de s'exonérer de manière temporaire, du moins en théorie, des engagements prévus par les textes. Le droit international, même à vocation universelle comme l'est celui relatif aux droits de l'homme, laisse donc la place aux particularismes nationaux si tant est qu'ils ne soient pas totalement incompatibles avec la convention proposée. Ainsi, Sabrina Safrin distingue-t-elle l'exceptionnalisme intégré (« built-in exceptionalism ») qui permet aux Etats de faire valoir leurs spécificités et de les préserver tout en adhérant à une Convention internationale, de l'exceptionnalisme d'abstention (« Exceptionalism of abstaining from... ») qui se manifeste dans tous les cas où les Etats ne participent pas au processus de négociation ou ne ratifient pas

⁴ Il en va ainsi, en matière de droits et libertés fondamentaux, de l'exceptionnalisme australien (M. Taggart, *précité* ; B. Galligan et F. L. Morton, « Australian exceptionalism : Rights Protection without a Bill of Rights » in T. Campbell, J. Goldsworthy (dir.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate Publishing, Ltd., 2007, 358 p ; M. Kirby, « Constitutional Law and International Law : National Exceptionalism and the Democratic deficit », *Georgetown Law Journal*, 2010, pp. 433-458) ; britannique (C. Gearty, *précité*) ; indien (G. Mahajan, « Indian Exceptionalism or Indian Model: Negotiating Cultural Diversity and Minority Rights in a Democratic Nation-State », in W. Kymlicka et B. He (dir.), *Multiculturalism in Asia*, Oxford Scholarship online, 2006) ou encore turc (E. Orucu, « Judicial Navigation as official Law Meets Culture in Turkey », *International Journal of Law in Context*, 2008, 4(1), pp. 35-61.

une convention internationale⁵. L'exceptionnalisme d'abstention peut aussi être appelé « exemptionalism », terme qui désigne le cas dans lequel un Etat souhaite se soustraire à des règles qui concernent tous les autres Etats⁶. Ces formes d'exceptionnalisme n'ont rien d'exceptionnel, puisque la tendance des Etats à vouloir se préserver de certaines règles de droit international ou négocier préalablement des conventions internationales afin de les rendre compatibles avec des exigences internes (compétences des collectivités fédérées dans un Etat fédéral, principes constitutionnels marqueurs de l'identité de l'Etat, par exemple), une situation spécifique (risque de conflit avec des Etats limitrophes) ou des objectifs nationaux sur le plan économique, militaire... est largement répandue. Cependant si l'exceptionnalisme intégré est accepté, l'exceptionnalisme d'abstention est largement fustigé.

Deuxième possibilité, l'exceptionnalisme est assimilé à l'exception. La difficulté que cela fait surgir en matière de droits et libertés est de savoir comment mesurer cette exception. Si l'exceptionnalisme est ce qui différencie un Etat de tous les autres, cela suppose que l'on arrive à définir un standard à partir duquel mesurer cet exceptionnalisme. Or, d'une part, il est difficile de déterminer un standard en matière de droits et libertés fondamentaux au-delà des grands principes proclamés de manière très générale par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et d'autres textes internationaux ; d'autre part, les standards sont eux-mêmes en constante évolution dans leurs applications et peuvent donner lieu à des interprétations très différentes dans la jurisprudence et dans la pratique. Les textes internationaux en matière de droits de l'Homme restent, en effet, largement un idéal à atteindre à l'échelle de la planète. Même si le nombre de démocraties progresse dans le monde, nombreux sont les Etats qui, confrontés à de multiples difficultés, peinent à instaurer une véritable démocratie et une protection des droits fondamentaux réelle et effective. Par ailleurs, au-delà des standards internationaux se forment des standards transnationaux qui échappent aux conventions internationales, mais qui sont le résultat d'une influence plus ou moins consciente des ordres juridiques entre eux et des juges lorsqu'ils façonnent leur raisonnement⁷. Cela pose la question de la légitimité de ces standards quant à la manière dont ils sont posés et utilisés.

⁵ S. Safrin, *précité*, p. 1313.

⁶ Voir A. Bradford et E. Posner, *précité*, note 3.

⁷ Voir not. T. Di Manno, *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, 2014, 272 p. ; T. Groppi et M.-C. Ponthoreau (dir.), *The Use of Foreign Precedent by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013, 431 p.

Enfin, l'exceptionnalisme au sens le plus étroit désigne le comportement spécifique d'un Etat sur le plan des relations internationales légitimé par le poids de ce même Etat sur la scène internationale. Les Etats-Unis constituent un exemple caractéristique de cette forme d'exceptionnalisme. C'est en ce sens qu'utilisent ce terme Anu Bradford et Eric A. Posner dans une étude dénonçant la thèse d'un exceptionnalisme exclusivement américain : « We use the term “exceptionalism” to refer to the attitude of a state that believes that it is a model or leader in international relations because of its unique attributes. The state may hold that its institutions are the best in the world, or that it has a historical mission and for these reasons, the state's commitments should be the world's commitments as well »⁸. Dans cette acception, les Etats exceptionnalistes ont un projet universel en ce qui concerne l'appréhension des relations internationales qui se traduit par leur attitude et leurs revendications sur le plan international⁹. Ainsi la position de l'Etat exceptionnaliste sur la scène internationale lui permet de faire valoir ses points de vue et de les faire accepter par les autres Etats. Par exemple, l'exceptionnalisme américain en matière de droits et libertés fondamentaux se traduit de manière paradoxale à la fois par des initiatives et une participation active aux négociations concernant des conventions internationales mais, également, par une abstention de l'Etat américain, au moment de ratifier ces mêmes conventions, justifiée par des raisons internes (compétences des entités fédérées, principes inscrits dans la Constitution...) et la conviction de ne pas avoir à être soumis à des exigences ou des instances supranationales. L'exceptionnalisme entendu dans ce sens semble très dépendant d'un contexte géopolitique alors que les exceptionnalismes précédemment décrits (les particularismes de chaque Etat ou l'exception d'un système juridique par rapport à un standard international ou transnational) relèvent avant tout d'un constat tiré de la comparaison juridique. Par exemple, si l'on a pu longtemps parler d'un exceptionnalisme français en raison des valeurs véhiculées à la suite de la Révolution française, par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en particulier, cet exceptionnalisme au sens strict garde seulement une valeur historique. La France a perdu beaucoup de poids au niveau international, elle ne se conçoit plus comme une nation d'exception et les valeurs véhiculées par la Déclaration de 1789 ont largement été reprises, développées et modernisées par d'autres Etats ainsi qu'au niveau régional et international. En revanche, la France garde des spécificités dans sa manière de concevoir l'égalité ou la laïcité,

⁸ *précité* p. 7.

⁹ Voir A. Bradford et E. Posner, *précité*, pp. 8-9, notamment : « Exceptional states (...) characteristically advance universalistic views of international law that embody those states' exceptional norms » (p. 8).

par exemple, et fait parfois l'objet de vives critiques sur ces points¹⁰. Ces critiques constituent une pression extérieure et illustre très bien les rapports tendus pouvant exister entre les exceptions ou particularismes, d'un côté et les standards en cours d'élaboration ou les points de vue que certaines nations souhaiteraient voir accepter par la communauté internationale, d'un autre côté.

Plus généralement, qu'il s'agisse de véritables exceptionnalismes, d'exceptions ou de simples particularismes en matière de droits et libertés, quel impact a sur eux le phénomène de globalisation, que ce phénomène s'exprime par la voie de standards internationaux ou transnationaux ? En d'autres termes, peut-on prédire le déclin voire la fin des exceptionnalismes comme conséquence naturelle et irrésistible de la mondialisation dans toutes ses dimensions (économique, culturelle, juridique, politique, sociale...) ou bien ces exceptionnalismes sont-ils en mesure de résister à la globalisation sur le plan juridique ?

La conclusion consistant à annoncer une fin des exceptionnalismes à plus ou moins long terme serait tentante au regard d'un certain nombre d'indices qui marquent une prise de conscience internationale de la nécessité de garantir les droits dits de l'Homme et de leur offrir un haut niveau de protection, en particulier depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. En préparant ce colloque et en réfléchissant à ce sujet, la réponse paraissait d'ailleurs presque évidente : la fin des exceptionnalismes semblait inéluctable à plus ou moins long terme et tout particulièrement en matière de droits et libertés. La perméabilité des systèmes juridiques au droit étranger, transnational, supranational, qu'elle soit consentie ou subie, consciente ou inconsciente, rapproche les systèmes et les raisonnements juridiques pour en gommer les différences. Pour autant, depuis quelques années, les exceptionnalismes nationaux en matière de droits et libertés se font entendre sur le plan international, y compris au sein de systèmes juridiques régionaux, tel que celui du Conseil de l'Europe. Au nom du respect des particularismes nationaux et, au-delà, de la souveraineté des Etats, nombreux sont ceux qui remettent en cause l'idée d'universalité des droits de l'Homme et, plus globalement, le droit supranational. Comment interpréter cette résurgence des identités nationales ? Est-ce une remise en cause profonde du système international ou est-ce un phénomène purement conjoncturel ?

¹⁰ Par exemple, la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été vivement critiquée par la doctrine américaine et canadienne, en particulier.

Pour tenter de répondre à ces questions une distinction peut être faite entre l'exceptionnalisme sur le plan politique et l'exceptionnalisme juridique. En effet, peut être identifié, tout d'abord, l'exceptionnalisme en tant que doctrine, au sens fort du terme, la doctrine pouvant aller jusqu'à une forme d'endoctrinement, et qui se traduit notamment par certaines prises de position politique de l'Etat sur le plan international dans son approche des droits et libertés. Il se distingue de l'exceptionnalisme en tant que phénomène¹¹ concret que l'on peut constater à travers les principes, règles de droit et jurisprudences adoptées par les Etats à l'échelon national. Or, il apparaît que si l'on assiste à une montée en puissance des exceptionnalismes en tant que revendication politique sur le plan international, l'exceptionnalisme au sens strict (I), force est de constater un déclin des exceptionnalismes, au sens large du terme, sur le plan de la protection concrète des droits et des libertés (II).

I – La montée en puissance des exceptionnalismes au sens strict

L'Etat exceptionnaliste au sens strict propose sa propre vision des rapports internationaux, du droit international et a donc sa propre conception des droits et libertés et des garanties afférentes à ces droits, qu'il souhaiterait voir acceptée par les autres Etats.

La montée en puissance et la multiplication de ces revendications exceptionnalistes est une conséquence, sur le plan international, de la multipolarisation du monde et va se traduire par une remise en cause du caractère universel des instruments internationaux en matière de protection des droits de l'Homme.

A – La multiplication des exceptionnalismes comme conséquence de la multipolarisation

L'exceptionnalisme américain repose sur le sentiment partagé au sein de la Nation américaine, depuis les Pères pèlerins puis fondateurs, d'être « exceptionnelle » au sens le plus fort, c'est-à-dire une « Nation d'exception » chargée d'une « mission d'exception »¹². Cette image est profondément ancrée dans la conscience des Américains. Cet exceptionnalisme se traduit notamment par l'idée, très schématiquement, que les Etats-Unis n'ont pas à être influencés par des standards internationaux ou par des jurisprudences étrangères en matière de droits et libertés car les garanties offertes par le droit américain sont supérieures et adaptées aux Etats-

¹¹ L. Hennebel, « La « destinée manifeste des droits de l'Homme aux Etats-Unis », in L. Hennebel et A. Van Waeyenberghe, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, p. 2

¹² *ibid.*

Unis. Or, jusqu'à une période récente, les Etats-Unis ont occupé une place prépondérante au niveau international qui a contribué à traduire leur sentiment de nation d'exception sur le plan interne par un statut de leader dominant les relations internationales.

Cette domination s'est accentuée à la suite de la chute du Mur de Berlin. L'émergence de nouvelles puissances capables de se confronter au géant américain est relativement récente. L'utilisation du vocable exceptionnalisme, sur le plan géopolitique, pour désigner d'autres Etats ou régions que les Etats-Unis va d'ailleurs de pair avec ce phénomène. En effet, mis à part l'utilisation du terme exceptionnalisme de manière assez rare pour désigner le *German Sonderweg*, traduit parfois par « exceptionnalisme allemand », développé sous le Troisième Reich et dévoyé par le régime Nazi¹³, ce terme était peu courant en doctrine et ne se trouvait en langue française que pour désigner le cas américain. Récemment, et parallèlement à l'utilisation du terme exceptionnalisme pour désigner des particularismes nationaux, les expressions « exceptionnalisme chinois », voire « asiatique », ou encore « exceptionnalisme européen » sont apparues en doctrine pour être mis en perspective avec l'exceptionnalisme américain. En effet, les Etats-Unis voyant leur position de superpuissance affaiblie, tant en matière économique que politique, sont contestés dans leur rôle de leader des relations internationales. Les fondements même de l'exceptionnalisme américain, au sens d'Etat exemplaire, ont été sapés par la politique menée par Georges W. Bush sur le plan international. Il en résulte que l'exceptionnalisme américain en tant qu'exemptionnalisme¹⁴, et la politique du « double standard », sont désormais plus difficiles à opposer aux autres nations. Même si le slogan exceptionnaliste se retrouve dans le discours politique américain, le Président Obama a compris que l'image des Etats-Unis avait été fortement altérée et mène une politique internationale d'ouverture et de partenariat¹⁵. Comme le constatent certains auteurs, ils sont condamnés à devenir un « Etat comme les autres » et doivent désormais « s'entendre » avec les nouvelles puissances économiques qui souhaitent également jouer un rôle important sur le

¹³ Voir notamment Mickaël E. Geisler, *National Symbols, Fractured Identities : Contesting The National Narrative*, UPNE, Middlebury College Press, 2005, pp. 63-100 ; George Steinmetz, « German exceptionalism and the origin of Nazism » in Ian Kershaw et Moshe Lewin, *Stalinism and Nazism : Dictatorships in Comparison*, Cambridge University Press, 1997, pp. 251-284 ; David P. Conradt et Eric Langenbacher, *The German Polity*, Rowman & Littlefield, 10 e édition, 2013, p. 363.

¹⁴ A. Bradford et E. Posner contestent l'idée que les Etats-Unis seraient exemptionnalistes, (voir A. Bradford et E. Posner, *précité*, p. 52) et ils estiment par ailleurs que la politique du double-standard est une pratique largement répandue qui ne caractérise pas les Etats exceptionnalistes (*précité*, p.10).

¹⁵ Dans un premier temps, le Président Obama ne croyait pas nécessaire de mettre en avant l'exceptionnalisme américain bien au contraire. En 2009, au sommet de l'OTAN, il déclarait : « I believe in American exceptionalism, just as I suspect that the Brits believe in British exceptionalism and the Greeks believe in Greek exceptionalism ».

plan international ¹⁶. Ce changement dans la manière d'appréhender les relations internationales, qui est d'ordre stratégique, ne se traduit donc pas par une altération du sentiment exceptionnaliste sur le plan interne, mais les Etats-Unis sont contraints d'évoluer vers une logique différente dans leur manière d'appréhender les relations internationales.

Ainsi A. Bradford et E. Posner considèrent que trois exceptionnalismes se dessinent à l'heure actuelle : américain, européen et chinois¹⁷. Chacun présente des caractéristiques propres mais tient un discours à vocation universelle en ce sens qu'ils entendent influencer les autres Etats et imposer leur vision du droit et des relations internationales au reste du monde. Chacun estime qu'il a raison et défend ses positions comme étant les plus justes. Ainsi, schématiquement, les Etats-Unis défendent la démocratie libérale et soutenaient, jusqu'à une époque récente, l'emploi de la force armée en territoire étranger, y compris contre la volonté des Etats, pour faire face à des menaces. Les européens prônent la défense des droits et libertés, y compris économiques et sociaux, et les chinois mettent en avant la souveraineté des Etats et proposent une relativisation des droits et libertés en fonction des intérêts économiques des Etats et de leur niveau de développement¹⁸. L'Union européenne sait faire valoir son exceptionnalisme en particulier lors de la négociation des conventions internationales, ce qui lui permet même d'obtenir, par voie de biais, des dispositions adaptées à ses spécificités¹⁹. De son côté, la Chine tient un discours auquel sont sensibles les Etats les plus pauvres, les plus faibles, s'estimant souvent victimes du colonialisme et lassés des conceptions soutenues par les nations occidentales perçues comme dominatrices et volontairement sourdes à leur difficultés. La Chine revendique également un monde plus juste fondé sur une égalité réelle entre les Etats et le retour au droit international tel qu'initialement conçu dans les textes des Nations Unies²⁰.

¹⁶ C. Cogan, « Métamorphose à l'intérieur, déclin à l'extérieur : les Etats-Unis et le monde en 2030 », *Revue internationale et stratégique*, 2010/4, n° 80, pp. 102-106.

¹⁷ *Précité*, p. 13.

¹⁸ « The United States believes that international law should promote free markets and liberal democracy. Military force may be used by any country against threats to this order. (...) Europeans believe that international law should advance human rights (including positive or economic rights) and social welfare. Europeans reject the unilateral use of military force. Instead of resorting to military force, states should pool their sovereignty in international institutions that can resolve disputes. China takes the strictest line on sovereignty and contests the use of military force against independent states. (...) China also believes that international law should impose less burdensome obligations on poor countries. According to China, economic growth should take precedence over human rights (at least, in poor countries) » (*Id.*, p. 13).

¹⁹ S. Safrin, *précité*, pp. 1323-1342.

²⁰ Voir les livres blancs sur les progrès des droits de l'Homme en Chine en 2012 et 2013 : A lire en anglais sous l'onglet « White papers » sur le site <http://www.chinahumanrights.org/>.

Cette multipolarisation pourrait s'accroître face à la situation de « désordre mondial » qui se dessine à l'heure actuelle²¹. De nouvelles puissances économiques émergent ; l'ONU montre son impuissance face au développement de groupes terroristes et face à des conflits que les grandes puissances n'arrivent pas à résoudre faute de solution consensuelle ; des Etats comme la Syrie, la Chine ou la Russie n'entendent pas s'incliner devant des pressions américaines ou européennes ; les Etats-Unis et l'Europe n'ont pas ou plus les moyens logistiques et politiques d'assumer un rôle de gendarme du monde...

L'une des conséquences les plus importantes de cette multiplication des exceptionnalismes sur le plan géopolitique est, en matière de droits et libertés, la remise en cause forte, depuis les années 1990, de la conception universelle des droits et libertés. Cette tendance s'est accentuée ces dernières années.

B – Le mouvement de relativisation des droits et libertés

La remise en cause de l'universalisme des droits de l'homme n'est pas un phénomène nouveau. Elle était d'ailleurs en germe, de la part de l'ex-URSS notamment, lors de l'élaboration du texte de la Déclaration des droits de l'Homme de 1948. Elle s'est affirmée par la suite de manière « modérée »²² à travers l'émergence de déclarations ou de chartes régionales de droits de l'Homme (Europe, Amérique Latine, Afrique) puis de manière plus ferme à travers la revendication d'un relativisme culturel et religieux²³ (Déclarations islamiques des droits de l'Homme de 1981 et 1990, déclaration de Bangkok de 1993²⁴) qui a trouvé un écho dans la Déclaration finale de la Conférence de Vienne de 1993. Celle-ci énonce, en effet : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur

²¹ Voir le dossier spécial « Le nouveau désordre mondial », de la revue *Esprit*, Août-septembre 2014, pp. 14-109.

²² Voir notamment P. Tavernier, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1997, pp. 379-393.

²³ La bibliographie sur le thème du relativisme et de l'universalisme des droits de l'Homme, y compris ceux prônant une position intermédiaire (pluralisme, multiculturalisme...) est très importante et ne sera pas citée ici. Pour une approche anthropologique de cette question, voir N. Rouland, « A propos des droits de l'Homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, janv.-déc. 2003, pp. 129-151. Doivent être rajoutés aux instruments cités la Charte arabe des droits de l'Homme de 2004 et la Déclaration asiatique des droits de l'Homme de 2012.

²⁴ Disponible sur <http://www.internationalhumanrightslexicon.org/hrdoc/docs/bangkokNGO.pdf>

Voir sur cette question notamment, Mickael C. Davis (ed.), *Human rights and chinese values, Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Hong Kong, Oxford University Press, 1995, 216 p.

accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales »²⁵. La Chine joue un rôle important dans ce mouvement qui, couplé avec une montée en puissance au niveau économique mondial et dans la sphère géopolitique, permet de défendre une approche différente des droits et libertés par rapport à celle proclamée en 1948.

Ainsi, bien que la Chine a comme les Etats-Unis, tout récemment intégré la logique de partenariat, le « smart power » et le dialogue avec les autres puissances au niveau international, elle ne dément pas le mouvement de remise en cause du caractère universel des droits de l'Homme depuis la Déclaration de Bangkok de 1993. Le droit international des droits de l'Homme est toujours soupçonné de véhiculer une conception occidentale de ces droits, trop individualiste²⁶. Ainsi, dans ses livres blancs intitulés « Progrès des droits de l'Homme en Chine » en 2012 et en 2013²⁷, le Gouvernement chinois rappelle-t-il les valeurs sur lesquelles reposent les droits de l'Homme en Chine et qui justifient l'approche spécifique que peut avoir cet Etat des droits de l'Homme, même s'il met en avant sa volonté de coopération avec et au sein des instances internationales. La Chine a pu rallier à la cause qu'elle défend plusieurs Etats, notamment en Afrique, soutenant la thèse d'un relativisme de la conception des droits de l'Homme, faisant primer la société sur l'individu, le développement économique sur les droits de l'Homme ou à tous le moins conditionnant le développement des droits de l'Homme au développement économique. Par ailleurs, les nouvelles puissances émergentes sur le plan économique souhaitent disposer d'un poids politique sur la scène internationale allant de pair avec ce poids économique, d'où notamment la revendication toujours plus forte d'une réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies. Il pourrait ainsi venir à l'idée de ces Etats réunis et forts de leur puissance économique, face au déclin de l'Europe et des Etats-Unis, d'imposer une nouvelle conception des droits de l'Homme qui pourrait trouver écho auprès des partis nationalistes.

La stratégie chinoise, et plus largement la stratégie de remise en cause politique du caractère universel des droits de l'Homme, a d'autant mieux fonctionné que la politique américaine en matière internationale durant les années Bush a contribué à fragiliser le système

²⁵ Déclaration finale de la Conférence de Vienne, § 5, A/CONF.157/24, 13 octobre 1993.

²⁶ Voir notamment Xu Jilin, « Valeurs universelles ou valeurs chinoises ? Le courant de pensée de l'historicisme dans le Chine contemporaine », *Rue Descartes*, 2011/2, n° 72, pp. 52 à 68.

²⁷ A lire en anglais sous l'onglet « White papers » sur le site <http://www.chinahumanrights.org/>

international dans ses fondements mêmes. Ainsi, la montée en puissance des revendications exceptionnalistes sur le plan international est le fruit de ces changements géopolitiques et de la remise en cause du fonctionnement de l'Organisation des Nations-Unies.

Ce phénomène affecte également les systèmes régionaux de garantie des droits de l'homme dans lesquels les décisions des juges supranationaux sont parfois sévèrement critiquées. En 2013, le système interaméricain des droits de l'homme a été remis en cause notamment par le Brésil et le Venezuela²⁸. Certes, cela peut être interprété comme un rappel par les Etats de leur volonté de préserver leur souveraineté, et au-delà leur identité ou un élément de celle-ci. En voulant maîtriser à nouveau des questions qui leur échappent, leur donnant l'impression qu'ils perdent leur pouvoir de décision souverain, ils en viennent à souhaiter une limitation du pouvoir du juge régional et donc du développement jurisprudentiel des juridictions supranationales.

Un phénomène identique s'est produit en Europe. En effet, depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a été fortement remise en cause, accusée souvent d'être allée trop loin dans certains domaines tels que la question de l'interprétation de l'article 6 § 1 de la Cour EDH qui a conduit à placer à un niveau élevé le degré de garantie exigé²⁹, la question du droit de vote des détenus³⁰, la question de la lutte contre le terrorisme³¹. Plus largement, la Cour a été accusée de faire preuve d'un activisme excessif sur des sujets particulièrement sensibles pour les Etats et ne faisant pas l'objet d'un consensus au sein du Conseil de l'Europe.

Cela s'est traduit au Royaume-Uni, en particulier, par une résistance très forte à la jurisprudence de la CEDH notamment en ce qui concerne la question du droit de vote des détenus. Cette résistance peut s'expliquer par un sentiment de vulnérabilité du Royaume-Uni face au poids de la jurisprudence de la Cour, dans l'ordre juridique britannique, transposée par le biais du *Human Rights Act* de 1998. Le Royaume-Uni a été à la tête du mouvement de contestation de la Cour et cela s'est concrétisé à moindre mal finalement, suite à la conférence de Brighton, par le protocole n° 15 additionnel à la CEDH rappelant le principe de subsidiarité du droit conventionnel et la marge d'appréciation des Etats³². Au Royaume-Uni, cela s'est

²⁸ Voir notamment Renata Bergaglio Lazarte, « Une réforme du système interaméricain des droits de l'Homme dans un contexte périlleux » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 avril 2013.

²⁹ Voir notamment le contentieux relatif à l'ancien commissaire du Gouvernement puis au rapporteur public pour les juridictions administratives, puis à l'avocat général pour les juridictions judiciaires.

³⁰ A partir de l'arrêt CEDH, GC, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01 ; voir également, dans le même sens, CEDH, 10 février 2015, *McHugh et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 51987/08 et autres.

³¹ Cour EDH, 4e Sect. 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, Req. n° 8139/09.

³² Article 1^{er} du Protocole n° 15 additionnel à la CEDH.

également traduit par la mise en place d'une Commission chargée de réfléchir à l'édiction d'une déclaration des droits britanniques, qui a rendu un rapport le 18 décembre 2012³³, devant supplanter le *Human Rights Act* et visant à « renationaliser les droits de l'Homme »³⁴, pour infléchir la jurisprudence des Cours, y compris nationales, dans un sens plus national³⁵. Ce rapport n'a pas été suivi d'un texte car l'urgence du gouvernement britannique était ailleurs et les tensions sont un peu retombées entre la Cour EDH et le Royaume-Uni, en raison peut-être d'une attention plus importante accordée par la Cour aux exceptionnalismes ou particularismes nationaux justement³⁶. Par ailleurs, certains juges britanniques n'ont pas hésité à défendre l'exceptionnalisme britannique pour prendre part à la défiance politique à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷.

Les raisons de cette opposition, de cette remise en cause du droit supranational, sont avant tout politiques et s'expliquent à la fois par la crise économique, politique, et au-delà « symbolique »³⁸, qui traverse l'Europe, et la montée en puissance d'un sentiment d'insécurité suite aux attentats terroristes poussant les Etats à avoir une politique de plus en plus liberticide depuis 2001. D'ailleurs, ces événements ont été des facteurs d'évolution de certains exceptionnalismes et peut-être même d'atténuation des différences entre exceptionnalismes en ce sens que la sécurité prime la liberté ; l'intérêt général, l'intérêt de la société sont mis en avant pour justifier plus facilement des atteintes aux libertés. Pour prendre encore l'exemple du Royaume-Uni, à la suite des attentats terroristes de 2001 et de ceux qui ont suivi, l'Etat s'est montré moins permissif et un état d'exception en quelque sorte s'est installé, réduisant et peut-être même transformant l'exceptionnalisme britannique en matière de droits et libertés. D'ailleurs nombreux sont ceux qui se montrent inquiets de cette tendance à une certaine dégradation des garanties offertes en matière de droits et libertés, du moins en Occident.

³³ Rapport de la Commission on bill of rights, disponible sur <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130128112038/http://www.justice.gov.uk/downloads/about/cbr/uk-bill-rights-vol-1.pdf>

³⁴ Le slogan, qui venait du parti travailliste au départ, était « Bringing Rights Back Home ». Voir notamment, F. Klug, « A Bill of Rights : what for ? », *Towards a New Constitutional Settlement*, Londres, The Smith Institute, 2007.

³⁵ Voir notamment, Charlotte Girard, « Royaume-Uni, Droits de l'Homme et Constitution. Quel rapport ? », [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 20 décembre 2012 (en ligne) et O. Van Der Noot, « Les travaux de la « Commission on a Bill of Rights » britannique : jalons pour une clarification de la valeur ajoutée des instruments nationaux de protection des droits de l'Homme », *Revue trim. Des droits de l'Homme*, n° 95/2013 pp. 595-616.

³⁶ Ce débat a cependant resurgi en 2015 à l'occasion des huit cents ans de la Magna Carta.

³⁷ Voir Lord Hoffman, « Universality of Human Rights », *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 mars 2009, disponible sur <http://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/bijj/BIIJ2013/hoffmann.pdf> ; et plus largement, Conor Gearty, « On fantasy island: British politics, English judges and the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, (E.H.R.L.R.) 2015, 1, 1-8.

³⁸ Pour reprendre l'expression utilisée par Raphaël Liogier dans le cadre de ce colloque.

Malgré ces mouvements allant dans le sens d'une relativisation des droits et libertés - du moins sur le plan de la revendication politique -, lorsque l'on se place dans une perspective plus large, il n'est pas contestable que les exceptionnalismes nationaux en matière de droits et libertés se sont atténués au fil du temps, particulièrement depuis la seconde guerre mondiale.

II – L'atténuation concrète des exceptionnalismes nationaux en matière de droits et libertés

Comme cela a été indiqué dans l'introduction, force est de constater que les exceptionnalismes évoluent tout comme les standards par rapport auxquels ils sont mesurés. Ces évolutions peuvent être plus ou moins profondes selon les fondements sur lesquels reposent les exceptionnalismes. Ainsi, l'exceptionnalisme fondé sur une idéologie (le communisme, par exemple) peut s'effondrer suite à la chute du régime³⁹. En revanche, l'exceptionnalisme reposant sur des fondements historiques, culturels, est peut-être moins sensible aux changements et le sera d'autant moins si l'exceptionnalisme en soi n'est pas incompatible avec les standards existants au niveau supranational ou transnational en matière de droits et libertés. L'exceptionnalisme compatible est alors plus précisément considéré comme un particularisme et se distingue alors de l'exceptionnalisme ayant pour ambition de s'affranchir des standards en matière de droits et libertés au point de faire douter de sa compatibilité avec les notions de démocratie et d'Etat de droit. On peut alors distinguer l'exceptionnalisme positif en matière de droits et libertés, celui qui ira plus loin que les standards établis au niveau supranational, de l'exceptionnalisme négatif, c'est-à-dire celui qui restera en deçà des standards mais qui peut se corriger avec le temps et selon sa plus ou moins grande perméabilité aux évolutions. D'ailleurs, même les exceptionnalismes les plus forts, tel l'exceptionnalisme américain, évoluent avec le temps. Cependant, évolution ne signifie pas forcément atténuation ou au contraire renforcement de l'exceptionnalisme ; ce sont les manières de concrétiser et d'interpréter cet exceptionnalisme qui peuvent évoluer. Ainsi l'exceptionnalisme américain s'est laïcisé ces dernières années et, plus largement, dans l'histoire des Etats-Unis, il y a eu des périodes alternant un exceptionnalisme plus religieux et un exceptionnalisme plus laïc, un exceptionnalisme plus isolationniste et un exceptionnalisme plus tenté par le partenariat, un

³⁹ Il peut être remplacé par une autre forme d'exceptionnalisme comme cela est actuellement le cas de la Russie qui est de nouveau en mesure de faire valoir voire d'imposer son point de vue sur le plan international (conflit russo-ukrainien).

exceptionnalisme plus conservateur et un exceptionnalisme plus modéré⁴⁰. Tout dépend finalement de la façon dont cet exceptionnalisme a été instrumentalisé dans le discours politique et de la situation géopolitique du moment⁴¹.

On peut d'ailleurs se demander s'il y a des exceptionnalismes qui sont plus résistants, en tant que « structurellement résistants », que d'autres. Ainsi, si l'on reprend les deux formes d'exceptionnalismes historiques évoqués par Tamara Lajoinie, on peut se demander si l'exceptionnalisme d'héritage est plus solide que l'exceptionnalisme de rupture. Evidemment tout dépend du temps, de l'enracinement de l'exceptionnalisme dans les institutions, dans la culture, dans les mentalités. Ainsi, imagine-t-on difficilement un retour en arrière de l'Allemagne sur les valeurs fondamentales telles qu'exprimées par la Constitution et la Cour constitutionnelle, en particulier quant à la portée de la notion constitutionnelle de dignité de la personne humaine. La confiance en la Loi fondamentale y est grande et le droit allemand est peu perméable au droit externe⁴² en raison d'une jurisprudence solide construite par la Cour et d'un niveau de garantie considéré comme supérieur à de nombreux Etats en Europe. Pourtant, il suffirait d'un changement de Constitution et d'un changement de régime politique. En période de crise, rien n'est impossible. Les tensions que connaît l'Europe à l'heure actuelle, en matière économique, politique, sécuritaire sont propices à la remise en cause de droits et libertés considérés comme acquis, ou du moins peuvent-ils favoriser certaines régressions en la matière. De même, imagine-t-on difficilement une remise en cause de la Constitution américaine qui est un des fondements de l'exceptionnalisme américain. Plus l'enracinement sera solide, plus il sera relayé par les juges lorsqu'ils interprètent la Constitution et plus résistera-t-il aux évolutions issues d'influences extérieures. Notons également qu'au contraire, certains particularismes peuvent être structurellement perméables aux changements, aux évolutions, car perméables au droit extranational : par exemple, la Colombie a intégré le droit international à son bloc de constitutionnalité⁴³ ; de même, les juges canadiens⁴⁴ et sud-

⁴⁰ Voir notamment L. Hennebel, « La « destinée manifeste » des droits de l'homme aux Etats-Unis », *précité*, pp. 4-10 ; S. Calabresi, « « A Shining City on a Hill » : American exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law », *Boston University Law Review*, vol. 86, pp. 1344-1372.

⁴¹ Du moins en ce qui concerne les Etats-Unis.

⁴² S. Martini, « Lifting the Constitutional Curtain ? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court » in T. Groppi et M.-C. Ponthoreau (dir.), *The Use of Foreign Precedent by Constitutional Judges*, *précité*, pp. 229-252.

⁴³ Article 93 de la Constitution colombienne : « Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).

⁴⁴ En raison d'une volonté d'interprétation ouverte et dynamique des dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés. Cette ouverture s'inscrit notamment dans la tradition des juges de common law.

africains⁴⁵ sont particulièrement attentifs au droit international et étranger et moins conservateurs que d'autres systèmes juridiques attachés à un raisonnement proprement national⁴⁶.

Quant à l'exceptionnalisme français, qui se caractérise notamment par l'importance du principe de laïcité et la manière de concevoir le principe de l'égalité, est-il susceptible de résister aux pressions nationales et internationales visant, par exemple, à laisser plus de place à l'expression des croyances religieuses en dehors de la sphère privée ? Si l'on faisait évoluer l'approche indifférenciée et universaliste de l'égalité, en introduisant le principe de diversité dans la Constitution, cela pourrait modifier complètement la manière d'appréhender d'autres libertés en particulier la liberté de croyance et de religion.

Si l'on part du constat que tous les Etats se considèrent au départ comme exceptionnels, on peut mesurer une atténuation inégale des exceptionnalismes juridiques. Si cette atténuation est sensible sur le plan international, elle est particulièrement effective sur le plan régional.

A – Une atténuation perceptible sur le plan international : l'ouverture aux droits de l'Homme

Cette évolution sensible vers une atténuation de l'exceptionnalisme vise essentiellement l'exceptionnalisme négatif, ou, de façon plus claire, le retard en matière de droits de l'homme par rapport aux standards prévus par les textes internationaux. De plus en plus de démocraties, d'Etats de droit, de Constitutions prévoient un catalogue de droits fondamentaux et une garantie juridictionnelle de ces droits. L'absence de déclaration de droits, comme c'est le cas en Australie, est d'ailleurs devenue en soit une exception dans les démocraties⁴⁷.

L'évolution de ces exceptionnalismes négatifs résulte d'une fertilisation ou d'un emprunt, elle peut être très progressive ou se marquer par une rupture par rapport au système antérieur.

⁴⁵ Article 39 de la Constitution sud-africaine al 1 : « When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -

a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

b. must consider international law ; and

c. may consider foreign law ».

⁴⁶ Sur cette question, voir plus largement, T. Groppi et M.-C. Ponthoreau (dir.), *The Use of Foreign Precedent by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013, 431 p.

⁴⁷ De nombreux débats sont intervenus ces dernières années en faveur ou contre l'introduction d'une déclaration de droits en Australie.

Ainsi, les Etats comme la Chine acceptent de discuter des questions des droits de l'Homme même s'ils prônent une conception différente de cette notion et force est de constater que les libertés progressent en Chine même si ce n'est pas de manière spectaculaire⁴⁸. Le souci de garantir les droits de l'Homme a été inscrit dans la Constitution en 2004, cela doit être souligné comme constituant un progrès par rapport à l'impossibilité de discuter de la question des droits de l'Homme jusqu'en 1978. De la même façon, la Chine a annoncé qu'elle réduisait de nouveau le nombre d'incriminations susceptibles de conduire à la peine de mort. Beaucoup de progrès en matière de droits de l'Homme restent cependant à faire en Chine, comme dans de nombreux Etats, notamment quant aux garanties procédurales en matière de procès pénal (droit de la défense notamment, garantie d'une juridiction impartiale...) et aux conditions de détention. L'évolution en Chine se fait de manière lente et progressive car l'exceptionnalisme tel qu'il y est pratiqué en matière de droits et libertés, et qui se perpétue en raison du caractère autoritaire du régime, s'est enraciné dans la culture chinoise. Il y a par ailleurs, sous-tendant le discours exceptionnaliste sur le plan international et qui met en avant la souveraineté des Etats et la défense des droits de la collectivité avant celle des individus, la crainte d'une évolution brutale source de déstabilisation du régime. L'exceptionnalisme est ici instrumentalisé, même si cela n'empêche pas désormais un dialogue et des adaptations marquant un certain nombre de progrès, encore insuffisants, en matière de droits et libertés. Les révolutions du printemps arabes ont été également à l'origine d'une évolution vers plus de démocratie et de respect des droits fondamentaux comme en témoigne les nouvelles dispositions constitutionnelles adoptées par les Etats concernés (Maroc, Egypte, Tunisie), même si le processus de reconstruction des Etats est lent et hasardeux. Mais une évolution même de rupture ne signifie pas pour autant le non respect d'une certaine identité nationale en matière de droits et libertés fondamentaux. Ainsi en témoigne l'expérience japonaise qui garde une approche des droits et libertés fortement marquée par l'histoire du pays même si fortement influencée par les textes étrangers, internationaux et européens⁴⁹. La préservation de cette identité propre à chaque Etat est d'ailleurs l'une des conditions d'adhésion du peuple à un catalogue de droits fondamentaux et à la jurisprudence qui en découle. Les particularismes liés à l'identité sont préservés comme une richesse en tant qu'expression de la diversité dans un monde qui pourrait tendre naturellement vers l'uniformité. Les systèmes régionaux de droits et libertés favorisent ainsi l'atténuation voire

⁴⁸ M. Delmas-Marty, « La construction d'un Etat de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation » in M. Delmas-Marty, P.-E. Will, *La Chine et la démocratie*, Paris, Fayard, 2007.

⁴⁹ Voir G. Mayeda, *précité*, pp. 564-578.

la disparition d'exceptionnalismes négatifs tout en essayant de préserver l'identité de chaque Etat par une juste utilisation de la marge nationale d'appréciation comme le montre l'exemple européen.

B – Une atténuation particulièrement effective des exceptionnalismes dans le cadre de système régionaux : le cas européen

En Europe, l'exceptionnalisme en matière de droits et libertés, qui consisterait à s'exempter de la protection des droits et libertés garantis par la Convention, est incompatible avec les principes mêmes de cette dernière⁵⁰. La condamnation de la France, par exemple, pour l'interdiction absolue de droit au syndicat pour les militaires en est un exemple⁵¹. Les particularismes « compatibles » avec la CEDH sont, en revanche, et en principe, préservés au nom du respect de ce que Michel Levinet appelle le « pluralisme externe »⁵². La nécessité de préserver la diversité a d'ailleurs été soulignée par la Cour elle-même⁵³. Ainsi, les standards de la CEDH, élaborés à partir du droit des Etats membres, du consensus et parfois de manière autonome par la Cour, ont tendance à gommer peu à peu les exceptionnalismes nationaux qui pourraient résister. En outre, ces standards sont eux-mêmes inspirés de conventions internationales à vocation universelle. Par exemple, à propos de la liberté syndicale, la Cour EDH a rappelé que « quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, (elle) peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

(...) Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des

⁵⁰ Sur ce sujet, nous renvoyons à notre article M. Fatin-Rouge Stéfanini, « Standards européens et exceptions nationales », in M. Fatin-Rouge Stéfanini, A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?* Bruylant, Bruxelles, coll. A la croisée des droits, 2014, pp. 157-177.

⁵¹ CEDH, *Matelly c. France*, 2 oct. 2014, req. n° 10609/10 et *ADEFDROMIL c. France*, 2 oct. 2014, req. n° 32191/09.

⁵² M. Levinet (dir.), « Propos introductifs », *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruylant, collection Droit et Justice, 2010, p. 2.

⁵³ Voir en ce sens, CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. R.U.*, § 61.

normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes »⁵⁴.

Toutefois, ce lissage des exceptionnalismes considérés comme négatifs par la Cour ne peut se réaliser véritablement que dans la mesure où les Etats acceptent sa jurisprudence. Ainsi, le rapport de force entre la Cour EDH et le Gouvernement britannique, évoqué précédemment⁵⁵, s'est traduit notamment par le refus des juridictions nationales britanniques d'appliquer le droit de la CEDH sur un certain nombre de points contestés. Par exemple, à propos du droit de vote des détenus, question sur laquelle le désaccord entre le Royaume-Uni et la Cour EDH persiste en 2015, la Cour suprême du Royaume-Uni a décidé de suivre la position adoptée au niveau national en rejetant le recours d'un détenu⁵⁶. De même, dans une affaire concernant la règle de preuve par « oui-dire » en droit britannique, le premier arrêt délivré par la Cour⁵⁷ EDH s'est également heurté à l'opposition des juges britanniques⁵⁸. Toutefois, la Grande chambre, lorsqu'elle s'est prononcée à son tour sur cette question semble s'être montrée attentive à l'opposition suscitée par la première décision⁵⁹. En effet, il semblerait que cet arrêt consacre au moins en partie l'exceptionnalisme britannique sur cet élément de procédure pénale ; d'ailleurs, dans une opinion concordante, l'un des juges de la Cour EDH a souligné le caractère fructueux des critiques adressées à la Cour par les juridictions nationales qui a permis un dialogue entre les juridictions⁶⁰.

Au sein du Conseil de l'Europe, le cas de la Suisse, dont les juges s'efforcent d'appliquer la Convention et la jurisprudence de la Cour EDH, est également intéressant car se pose la question de la compatibilité des procédés de démocratie, donc du système politique helvétique, avec les engagements internationaux en matière de droits et libertés⁶¹. Si de

⁵⁴ CEDH, GC, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, §§ 85-86.

⁵⁵ Voir notamment sur ce point, R. Letteron, « Cour européenne des droits de l'Homme : la révolte britannique », *Contrepoints*, 8 octobre 2014 disponible sur « <http://www.contrepoints.org/2014/10/08/183907-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-la-revolte-britannique> »

⁵⁶ Affaire Chester voir http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0151_Judgment.pdf

⁵⁷ Cour EDH, 4e Sect. 20 janvier 2009 *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n° 26766/05 et 22228/06.

⁵⁸ Cour suprême du Royaume-Uni, 9 décembre 2009, *R. v. Horncastle and others*, [2009] UKSC 14.

⁵⁹ Cour EDH, G.C. 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n° 26766/05 et 22228/06. Sur cet arrêt, voir N. Hervieu, « Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 décembre 2011, disponible sur <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>.

⁶⁰ N. Bratza, opinion concordante sur Cour EDH, G.C. 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, point 2. Voir également, N. Bratza, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », in *European Human Rights Law Review*, 2011, n° 5, pp. 505-512.

⁶¹ Voir notamment sur cette question, un résumé des enjeux en présence sur le site de l'administration fédérale : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/voelkerrecht.html>

nombreux engagements internationaux sont proposés au référendum, ils ne le sont pas de manière systématique⁶². Les traités internationaux d'une durée indéterminée et non dénonçables, comme le sont ceux relatifs aux droits et libertés fondamentaux en principe, sont soumis à référendum facultatif, ce qui suppose que 50 000 citoyens ou huit cantons en fassent la demande. Cependant, cela ne règle pas la question d'une contradiction avec une disposition fédérale postérieure, notamment constitutionnelle⁶³. Afin d'éviter un conflit entre droit interne et droit international, la Suisse avait notamment réfléchi à l'inscription d'une nouvelle limite au droit d'initiative populaire, qui permet de proposer au référendum une révision de la Constitution au niveau fédéral, et qui porterait sur l'« essence » même des droits fondamentaux⁶⁴. Il s'agissait cependant d'une limite proprement nationale, car intégrée dans la Constitution mais qui aurait pu permettre à l'Assemblée fédérale suisse, chargée d'examiner la recevabilité des initiatives populaires, de concilier à la fois des exigences supranationales en matière de droits et libertés (découlant des traités et conventions ratifiés par la Suisse) et des souhaits exprimés par la Nation dans la mesure où ils n'étaient pas purement et simplement contradictoires. Les modifications constitutionnelles envisagées ont pour l'instant été abandonnées mais il reste, dans la Constitution, une disposition qui permet à l'Assemblée fédérale de s'assurer que les demandes d'initiatives populaires ne remettent pas en cause les règles impératives du droit international⁶⁵. Cette limite énoncée par l'Assemblée fédérale elle-même au milieu des années 1990, face à la montée des initiatives discriminatoires envers les étrangers, a été introduite dans la Constitution lors de la révision totale de 1999. La Suisse a donc essayé de prendre les devants pour éviter que des initiatives populaires entraînent des régressions en matière de droit fondamentaux et créent par là-même un exceptionnalisme national négatif en la matière.

Les systèmes régionaux de protection des droits et libertés favorisent donc l'atténuation des exceptionnalismes nationaux, même si ce regard supranational porté par les juridictions garantes des droits et libertés proclamés peut rencontrer des résistances. A contrario, on pourrait s'attendre à ce que les pays faisant partie de zones géographiques ne possédant pas

⁶² Voir les art. 140 et 141 de la Constitution fédérale.

⁶³ Le Tribunal fédéral suisse a rappelé l'obligation qu'a la Suisse de respecter le droit international (voir notamment Tribunal fédéral 2C_828/2011 du 12 octobre 2012 125 II 417, cons. n° 5 mais ce tribunal (car il n'est pas compétent), ni l'Assemblée fédérale (car l'examen de la recevabilité est limité) ne peuvent empêcher l'adoption d'une initiative populaire qui, sans être contraire au *jus cogens*, serait contraire au droit international.

⁶⁴ Voir sur cette question, le dossier complet sur le site de l'administration fédérale suisse : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/voelkerrecht.html>

⁶⁵ Article 139 al. 3 de la Constitution fédérale.

de tels systèmes, ou ceux ne souhaitant pas intégrer de tels systèmes, comme cela est le cas pour le Canada et les Etats-Unis concernant le système interaméricain des droits de l'homme, soient un peu plus préservés du mouvement de globalisation des droits et libertés quant à leur exceptionnalisme national. En fait, il n'en est rien. Ainsi, si l'exceptionnalisme américain, qui se manifeste, sur le plan interne, par un attachement fort à la notion même de liberté (notamment liberté d'expression, liberté religieuse, détention d'armes à feu, ...), est solidement ancré dans la Constitution et la culture américaine, et semble moins sensible aux influences extérieures en raison du poids important du fédéralisme⁶⁶ et du sentiment exceptionnaliste en lui-même, cela ne s'est pas pour autant traduit par l'immobilisme en matière de droits et de libertés. Certaines jurisprudences ont évolué comme dans de nombreux Etats, particulièrement en Occident, permettant, par exemple, la généralisation du droit de vote, la fin de la ségrégation, la décriminalisation des pratiques homosexuelles ou encore la suppression de la peine de mort pour les personnes mineures au moment des faits ou les personnes handicapées mentales... Toutes ces évolutions sont une manifestation de la circulation voire de la globalisation des solutions juridiques⁶⁷. Cependant, aux Etats-Unis, pour faire face à certaines critiques y compris au sein de la Cour elle-même, elles ont été avant tout présentées par la Cour suprême comme le résultat d'un consensus national avant d'être étayée par des références au droit étranger ou international⁶⁸.

L'ouverture au droit étranger et aux solutions juridiques transnationales est encore plus manifeste au Canada dont les juges assument pleinement cette manière d'interpréter leurs instruments nationaux en matière de protection des droits fondamentaux⁶⁹. Même des Etats comme l'Inde, qui se distingue par un ancrage fort des traditions culturelles dans la pratique, subissent des influences extérieures qui contribuent à la standardisation des modèles constitutionnels tout en préservant un particularisme national important auquel le peuple est très attaché parce qu'il y reconnaît son identité⁷⁰.

⁶⁶ Sur cette question, voir notamment Peter J. Spiro, « The State and International Human Rights », 66 *Fordham L. Review*, 1997, pp. 572-578 et S. Safrin, *précité*, pp. 1316-1317.

⁶⁷ S. Gardbaum, « The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism », *Michigan Law Review*, 2008, pp. 391-466 (107 MILR 391).

⁶⁸ L. Hennebel, « La « destinée manifeste des droits de l'Homme aux Etats-Unis », in L. Hennebel et A. Van Waeyenberghe, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, *précité*, pp. 45-48.

⁶⁹ Voir notamment sur cette question, G. Gentili, « Canada : Protecting Rights in a « Worldwide Rights Culture ». An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010) », in T. Groppi et M.-C. Ponthoreau (dir.), *précité*, pp. 39-67.

⁷⁰ Pour le cas de l'Inde justement, voir D. Amirante, « The Changing Landscape of Asian Constitutionalism Nation Building through Constitutionalism: Lessons from the Indian Experience », 42 *Hong Kong Law Journal*, 2012, p. 23.

On peut se demander en définitive si la montée en puissance des revendications exceptionnalistes est simplement un phénomène conjoncturel. Il serait à la fois la conséquence des crises tant économiques que politiques, et d'un flottement dans l'organisation du système international lié à l'affaiblissement des Etats-Unis et à la tendance d'une évolution d'un système unipolaire (depuis la chute de l'Union Soviétique) vers un système multipolaire désordonné. Dans ce cas, il s'agirait d'un phénomène transitoire. S'agit-il, au contraire, d'un phénomène plus profond, qui pourrait devenir structurel, de remise en cause du droit international des droits de l'homme du fait de changement de rapports de force au niveau géopolitique. En effet, la montée des exceptionnalismes a pour conséquence non seulement d'ébranler l'idéal d'universalité des droits de l'Homme mais au-delà, de déstabiliser les systèmes régionaux de garantie des droits de l'Homme jusqu'ici suffisamment efficaces pour concrétiser cet idéal. Reste donc à espérer que l'exceptionnalisme en tant que doctrine, expression d'un phénomène politique de résistance sur le plan international, ne se traduise pas par le retour vers un exceptionnalisme juridique plus durable dans lequel chaque Etat prônerait sa propre approche des droits et libertés sous forme de protectionnisme constitutionnel. Si le climat géopolitique et sécuritaire actuel se poursuivait, cela pourrait conduire à un mouvement global de régressions en matière de droits et libertés fondamentaux.