



Annuaire Français de Relations Internationales
AFRI 2001, volume II
Editions Bruylant, Bruxelles

LETTERON Roseline , "L'universalité des droits de l'homme : apparences et réalités",

AFRI 2001, volume II

Disponible sur <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/letteron2001.pdf>

Tous droits réservés - Centre Thucydide - contact : centre.thucydide@afri-ct.org

**L'UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME :
APPARENCES ET REALITES**

**L'IDÉOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME
EN FRANCE ET AUX ÉTATS-UNIS**

PAR

ROSELINE LETTERON (*)

L'idéologie des droits de l'homme s'est d'abord déployée sur le plan interne. Elle tend en effet à définir un certain type de rapports entre individus et Etat. En ce sens les droits de l'homme modèlent la société interne, tant par leurs fondements philosophiques que par leur régime juridique, établi par les différents systèmes positifs. Ils ont ensuite connu un processus d'internationalisation – la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, la Convention européenne de 1950, et les Pactes des Nations Unies de 1966 en étant d'importants jalons. L'internationalisation se distingue à certains égards de l'universalisation, par exemple lorsqu'elle tend à consacrer un régime commun particulièrement développé et protecteur sur le plan européen. L'universalisation s'appuie sur diverses conventions à vocation universelle, mais aussi sur l'action militante de nombreuses ONG, la plupart d'origine occidentale. Cette idéologie correspond-elle pour autant à l'universalisation d'une conception commune ? Si l'on prend pour exemple deux systèmes juridiques qui ont joué un rôle en quelque sorte matriciel dans la consécration des droits de l'homme, le système français et le système américain, la réalité apparaît beaucoup plus complexe et beaucoup plus équivoque.

Ces deux systèmes paraissent actuellement dominer le débat idéologique. La France et les Etats-Unis se présentent également comme le berceau des droits de l'homme. Il est tentant de considérer qu'il s'agit en réalité d'un socle unique hérité du passé, d'un modèle « occidental » qui aurait vocation à s'universaliser. *A priori* en effet, la comparaison entre les systèmes français et américain de protection des droits de l'homme permet de dégager de nombreux points communs. L'un et l'autre trouvent leur origine formelle dans une déclaration des droits, votée à la même époque par une assemblée désireuse de mettre en place un régime nouveau. L'un et l'autre s'inscrivent aujourd'hui dans le contexte de démocraties modernes tournées vers un libéralisme à la fois politique et économique. L'un et l'autre revendiquent égale-

(*) Professeur à l'Université Paris XIII.

ment depuis le XVIII^e siècle une influence universelle dans le domaine des droits de l'homme, et cette revendication connaît une actualité nouvelle avec le déclin de la conception socialiste des libertés.

Il est tentant de mettre l'accent sur ce qui les rapproche, mais une comparaison plus approfondie met en lumière les différences fondamentales qui existent entre les deux systèmes.

La première d'entre elles, et peut-être la plus importante, réside précisément dans le rapport qu'ils entretiennent avec ce phénomène d'internationalisation. De toute évidence, les droits de l'homme sont en France parfaitement perméables au droit international, universel bien sûr, mais aussi et surtout européen. La France est ainsi au cœur d'un mouvement qui tend à la mise en œuvre d'un droit européen des droits de l'homme, à la création duquel elle participe, et par lequel elle accepte d'être liée. Au-delà toutefois de cette internationalisation régionale, la France affirme traditionnellement l'universalité des droits de l'homme, comme l'atteste le rôle du Président Cassin dans la rédaction de Déclaration universelle de 1948. Aux Etats-Unis à l'inverse, les droits de l'homme semblent aller de pair avec un certain isolationnisme. Le fondement juridique des droits applicables réside exclusivement dans la Constitution américaine, et non dans des conventions internationales à l'égard desquelles les institutions américaines dans leur ensemble manifestent la plus grande méfiance. Cela ne signifie pas que les Etats-Unis soient indifférents à la dimension internationale des droits de l'homme, mais l'internationalisation c'est d'abord pour eux l'exportation d'un modèle philosophique et juridique national.

Cette question est au demeurant loin d'être l'unique divergence entre les idéologies française et américaine des droits de l'homme. Contrairement à une idée reçue, elles ne reposent pas sur un socle commun mais au contraire sur deux cultures aux origines et aux fondements différents (I). Après deux siècles, le fossé n'a fait que se creuser pour aboutir à des systèmes juridiques qui reposent aujourd'hui sur des principes différents (II).

DES FONDEMENTS DIFFÉRENTS

La question des liens entre l'idéologie des droits de l'homme en France et aux Etats-Unis a suscité de nombreuses controverses. Le plus célèbre opposa Georg Jellinek et Emile Boutmy en 1902. Le premier prétendait que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'était qu'une pâle imitation des Déclarations américaines antérieures, qu'il s'agisse de la Déclaration d'Indépendance de 1776 ou des déclarations adoptées par les premiers Etats américains indépendants, de la Virginie en 1776 au New

Hampshire en 1784 (1). Pour Jellinek, ces textes américains étaient eux-mêmes directement inspirés des principes développés par Luther. Par voie de conséquence, la Déclaration française, inspirée des déclarations américaines, était le pur produit ... du génie germanique! A cette « tentative d'annexion de la Déclaration des droits de l'homme » (2), Emile Boutmy a opposé un refus total de toute influence extérieure, y compris américaine, sur la Déclaration de 1789. Ce texte serait donc un pur produit... du seul génie français (3). Ce débat apparaît aujourd'hui bien daté, mais il démontre que la revendication nationaliste n'a jamais épargné le domaine des droits de l'homme.

Les contacts entre les Pères Fondateurs et les rédacteurs de la Déclaration de 1789 ont incontestablement existé. Les premiers textes américains, notamment la Déclaration de Virginie, ont été traduits en français, largement diffusés et très souvent cités par les orateurs de l'Assemblée Constituante. Les historiens ont ainsi montré qu'avant de rédiger l'un des projets de déclaration soumis à l'Assemblée au début août 1789, La Fayette avait consulté Jefferson, séjournant alors à Paris. Le Comité de constitution, par l'intermédiaire de l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, avait même invité ce dernier à participer à ses travaux (4), invitation que l'Américain avait prudemment refusée au motif qu'un étranger n'avait pas à intervenir dans des débats qui visaient à modifier la forme du gouvernement français. De ces liens personnels entre La Fayette et Jefferson, de nombreux historiens, essentiellement américains, ont déduit une influence considérable de la pensée américaine sur la Déclaration française (5).

Cette position oublie cependant de mentionner les éléments qui témoignent de l'originalité du texte français par rapport aux textes américains. D'une part, le projet La Fayette n'a pas eu une influence plus grande sur le texte final que les autres projets, notamment ceux de Mounier et Sieyès, son auteur, qui venait d'être nommé à la tête de la garde nationale, n'ayant guère pris le temps de le défendre devant le Comité. D'autre part, les orateurs de la Constituante eux-mêmes se sont défendus de toute influence

(1) G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, trad. de l'allemand par G. Fardis, Paris, 1902; Le texte de ces déclarations figure notamment dans : G. LLOYD et M. LLOYD (dir.), *The Essential Bill of Rights*, 1984.

(2) La formule est de Jean RIVERO, *Libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis, t. 1, p. 52.

(3) E. BOUTMY, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de l'École libre des Sciences politiques*, 1902, t. XVII, pp. 415 et suiv.

(4) Le 20 juillet 1789, Champion de Cicé, archevêque de Bordeaux, adressait au nom du comité de Constitution l'invitation suivante à Jefferson : « Le Comité (-) désire de vous entretenir et de faire tourner au profit de la France les lumières de Votre raison et de Votre expérience. Nous espérons de Vous, Monsieur, cette Complaisance. Il n'y a plus d'étrangers pour nous lorsqu'il s'agit du bonheur des hommes ». Cf. Claude FOHLEN, « Bill of Rights et Déclaration des droits de l'homme », in *Le temps des constitutions - 1787-1795*, actes du colloque organisé les 21 et 22 novembre 1986 sous les auspices de la Commission franco-américaine d'échanges universitaires et culturels et du Fonds *Sterling Currier* de l'Université Columbia, pp. 17 et suiv.

(5) Dans ce sens : Gilbert CHINARD, « Notes on the American Origins of the DDHC », *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 98, 1954, p. 383; Robert R. PALMER, *The Age of Democratic Revolution, the Challenge*, Princeton, 1959.

américaine, parfois même avec une certaine vivacité. Rabaut Saint-Etienne souhaite que les Constituants français soient plus audacieux que leurs homologues américains : « *Si l'Assemblée se décide pour une déclaration, elle ne doit pas suivre servilement et se borner à l'exemple des Etats-Unis* » (6). Sur le fond enfin, la doctrine française (Carré de Malberg, Duguit, Georges Burdeau et Jean Rivero) a constamment mis en lumière les différences entre les textes, et, de manière plus profonde, celles entre les deux idéologies qui sont à leur origine.

Il n'est pas question, dans le cadre de cette étude, de reprendre une nouvelle fois l'analyse comparative de la Déclaration d'Indépendance de 1776 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il est cependant indispensable d'examiner les différences de nature philosophique et idéologique qui vont contribuer, dès l'origine, à creuser un fossé entre les deux systèmes. Elles s'orientent dans trois directions : le constitutionnalisme ; le droit naturel ; l'évolution des droits de l'homme.

Droits de l'homme et constitutionnalisme

La France et les Etats-Unis ont eu également, à la fin du XVIII^e siècle, le désir d'écrire une Constitution et d'affirmer les droits de l'homme. Dans les deux cas, ces derniers sont considérés comme un élément du régime politique mis en place. C'est ainsi que les « *constitutional rights* » sont un élément essentiel du constitutionnalisme américain. La démocratie américaine repose sur un double fondement : le régime représentatif d'une part, la garantie des droits d'autre part. Le « *self government* » et le respect des droits individuels sont donc les fondements de la légitimité du gouvernement. En France, l'article 16 de la Déclaration de 1789 précise de la même manière que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ». *A contrario*, le respect des droits de l'homme et de la séparation des pouvoirs sont les deux éléments qui révèlent un régime qui n'est pas despotique, c'est-à-dire un régime constitutionnel.

Mais là s'arrête le rapprochement, car la démarche suivie est très différente dans les deux systèmes, comme en témoignent les dialectiques entre pragmatisme et dogmatisme d'une part, liberté et égalité d'autre part.

Pragmatisme et dogmatisme

L'idéologie des droits de l'homme aux Etats-Unis est marquée par le pragmatisme de ses origines. On sait que les Pères Fondateurs avaient pour objet essentiel d'affirmer l'indépendance américaine. La Déclaration d'Indépendance se présente ainsi comme un texte à portée internationale, l'affir-

(6) Cité par Claude FOHLEN, précité.

mation de l'existence d'une nation aux yeux de l'Angleterre et du monde. Quant au *Bill of Rights* voté sous la forme des dix premiers amendements à la Constitution, il trouve son origine dans la volonté de Madison de rallier les suffrages des antifédéralistes peu pressés de ratifier la Constitution.

En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen apparaît au contraire comme un texte plus dogmatique. Il s'agit en effet, avant tout, de régénérer la société française, et plus largement d'offrir au monde les principes fondateurs de l'édification d'un corps politique légitime. Alors que les Etats-Unis libéraient une nation, la France édifiait une société nouvelle.

Liberté et égalité devant la loi

Pour les Américains, les droits sont également d'essence pragmatique. L'objet est de protéger l'individu contre les pouvoirs publics, conformément à la tradition anglaise qui à la proclamation de principes solennels préfère la mise en place de garanties procédurales permettant au citoyen de se défendre lorsque ses libertés sont mises en cause. Ainsi c'est la *liberté* qui domine, mais la liberté autonomie, celle qui accorde à l'individu le droit d'être protégé contre toute intervention de l'Etat qui ne serait pas justifiée par la nécessité de maintenir l'ordre ou d'assurer le bien public. L'Etat est donc avant tout un Etat modeste, un Etat aussi peu présent que possible, et qui laisse se développer librement l'initiative individuelle.

En France, la situation est plus compliquée. Malouet affirme ainsi que les droits de l'homme ne peuvent être conçus dans les mêmes termes en France et aux Etats-Unis : « *La société américaine, nouvellement formée, est composée en totalité de propriétaires déjà accoutumés à l'égalité, étrangers au luxe ainsi qu'à l'indigence, connaissant à peine le joug des impôts, des préjugés qui nous dominant, n'ayant trouvé sur la terre qu'ils cultivent aucune trace de féodalité. De tels hommes étaient sans doute préparés à recevoir la liberté dans toute son énergie* » (7). *A contrario*, la liberté ne peut se développer en France que si elle s'accompagne de la mise en œuvre du principe d'égalité. Il n'est pas surprenant que la soumission à la loi soit rappelée à de multiples reprises dans la Déclaration de 1789 : la liberté doit être acquise grâce à l'égalité devant la loi.

Aux Etats-Unis, la liberté de l'individu est ainsi le principe général qui a pour conséquence l'égalité des citoyens. A la même époque en France, l'égalité devant la loi apparaît comme le moyen d'accéder à la liberté.

Droits de l'homme et droit naturel

En France comme aux Etats-Unis, les droits de l'homme ne sont pas découverts par les auteurs des Déclarations. Ces derniers ne font que consta-

(7) Cité par Claude FOHLEN, précité.

ter leur existence, car ils préexistent à leur consécration juridique. Les deux systèmes reposent ainsi sur le droit naturel. Il ne s'agit pas cependant, dans le deux cas, du même droit naturel. L'un est un droit organisé par Dieu, l'autre est un droit sans Dieu.

L'état de nature

Les droits de l'homme aux Etats-Unis sont marqués par l'idéologie pessimiste incarnée par le *Léviathan* de Hobbes (1651). L'état de nature y est présenté comme une sorte d'anarchie caractérisée par la domination du fort sur le faible, et finalement par un état de guerre perpétuelle. Chacun est animé par son désir de puissance et par sa capacité à assurer sa sauvegarde. La conséquence est que le contrat social a pour objet essentiel, et pour ainsi dire unique, d'échapper à l'anarchie en assurant la sécurité.

En France, le droit naturel trouve son origine dans une doctrine plus optimiste incarnée par Locke (*Essai concernant l'origine, l'extension et la fin véritable du gouvernement civil*, 1690) et Rousseau (*Du Contrat social*, 1762). L'état de nature y est présenté de manière plus pacifiée : l'homme y jouit d'une liberté parfaite, et l'exercice par chacun de cette liberté conduit à l'égalité. La loi naturelle s'établit sans qu'elle conduise au conflit ou à l'anarchie. Le passage à la société civile par un contrat social a alors pour fonction, non seulement d'assurer aux hommes la sécurité, mais aussi et surtout de mettre en place une société politique. Le contrat social se présente ainsi comme une soumission volontaire à une loi à laquelle chacun a consenti, car chacun détient une parcelle de souveraineté. L'idéologie française des droits de l'homme trouve ainsi son fondement dans la soumission de chacun à la loi.

Dieu et le bonheur

La Déclaration d'Indépendance américaine s'ouvre sur cette formule : « *We hold these truths to be self-evident : That all men are created equal ; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights ; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness.* » Dieu figure donc dans la Déclaration, et, d'une certaine manière, c'est lui qui dit le droit. En effet, le droit naturel a été créé par Dieu et se trouve nécessairement conforme à sa volonté. C'est donc l'autorité de Dieu qui crée la norme.

Les rédacteurs de la Déclaration de 1789 ont, quant à eux, usé d'une formulation plus ambiguë, puisque ce texte est adopté « *en présence et sous les auspices de l'Être suprême* ». Il est en quelque sorte théiste et non déiste. Il reconnaît ainsi la nécessité de la foi, sans pour autant la rattacher à une religion révélée, car l'Être suprême est un être de raison. On peut certes y voir la volonté de neutralité de l'Etat qui ne doit imposer aucune religion. Mais on peut également déceler dans cette formulation une autre conception du

droit naturel, inhérent à la nature humaine et non pas issu de la divinité. Dieu est peut-être observateur, il n'est pas créateur de la norme.

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les auteurs de la Déclaration aient refusé d'y faire figurer le droit au bonheur. Car il s'agit bien d'un refus formel, et non pas d'une simple omission. En effet, le projet La Fayette mentionnait parmi les droits inaliénables et imprescriptibles « *la recherche du bien-être et la résistance à l'oppression* », alors que le projet Mounier énonçait plus simplement : « *Tout gouvernement doit avoir pour but la félicité générale* » (8). Pourquoi le droit au bonheur a-t-il finalement disparu du texte final? Les raisons nous demeurent inconnues, car les débats du Comité ne sont pas parvenus jusqu'à nous. On peut évidemment penser que la recherche du bonheur ici-bas appartient davantage à la morale protestante répandue aux Etats Unis qu'à la morale catholique dominante en France. Mais de manière plus pragmatique, les rédacteurs de la Déclaration ont peut-être craint que la recherche du bonheur puisse être utilisée à l'appui d'une mise en cause du droit de propriété, considéré comme si important qu'il figure à deux reprises dans le texte (9).

Evolution des droits de l'homme : dans la Constitution ou hors la Constitution

Les droits de l'homme ne sont figés dans aucun des deux systèmes étudiés.

– On sait que la *Constitution américaine* a été complétée en 1791 par un *Bill of Rights* rédigé sous la forme des dix premiers amendements à la Constitution. De même après la Guerre de Sécession, les 13^e, 14^e et 15^e amendements ont permis de mettre fin à l'esclavage et de renforcer les compétences de l'Union. Par la suite, d'autres amendements sont intervenus, notamment avec le *New Deal* et les droits civiques. Les droits de l'homme évoluent donc aux Etats-Unis, mais ils évoluent essentiellement à l'intérieur ou dans le cadre de la Constitution. Ils sont donc aux Etats-Unis des « *constitutional rights* », des droits rattachés à la Constitution d'une manière très forte. Cette constatation n'est pas sans conséquences.

D'une part, les droits de l'homme bénéficient du même caractère intangible que la Constitution. La révision constitutionnelle existe certes par la voie des amendements. Mais si de nouveaux droits sont régulièrement ajoutés, aucun n'est jamais retiré. Le débat qui existe sur le droit de porter des armes est très révélateur de cette idéologie. Il s'est en effet orienté sur l'interprétation qu'il convient de donner au deuxième amendement, qui

(8) On mentionnera aussi le projet Target : « *Les gouvernements ne sont institués que pour le bonheur des hommes : bonheur qui, appliqué à tous, n'exprime que le plein et le libre exercice des droits naturels* » ; le projet du 6^e bureau : « *chaque homme tient de la nature le droit de veiller à sa conservation et le désir d'être heureux* » et le projet Sieyès : « *L'objet de l'union sociale est le bonheur des associés* ».

(9) Articles 2 et 17 de la *Déclaration* de 1789.

consacre « *the right of the people to keep and bear arms* », dans la mesure où « *a well regulated Militia, being necessary to the security of a free state* ». Certains ont considéré que le droit d'être armé appartenait aux seules milices organisées par les Etats. D'autres ont estimé que chaque citoyen en était titulaire dans la mesure où chacun est responsable de la sécurité de tous. Personne cependant ne s'est posé la question du maintien dans la Constitution d'une norme plus adaptée à la société du *Far West* qu'à la société américaine d'aujourd'hui. La notion de « toilette de la Constitution » apparaît en effet totalement incongrue aux Etats-Unis. Texte en quelque sorte sacré, fondement intangible de la sociabilité politique, les réformes ou les évolutions judiciaires de son interprétation doivent revenir à sa source ou en actualiser les virtualités latentes. L'idée d'un progrès constitutionnel est étrangère à la philosophie politique américaine, à l'inverse de ce que démontre l'ensemble de l'expérience française.

D'autre part, les droits de l'homme font l'objet d'une véritable appropriation par la population. La Constitution américaine, et les droits de l'homme qui y sont attachés, appartiennent ainsi à un patrimoine commun dont chaque citoyen est à la fois le titulaire, l'interprète et le gardien. De fait, les droits de l'homme figurent au premier plan des débats nationaux, au point qu'une bataille politique a peu de chance d'être gagnée si elle ne peut pas être présentée comme un combat en faveur des droits de l'homme. L'histoire américaine s'est ainsi construite à travers de grands débats, tels que la lutte contre l'esclavage, celle pour les droits civiques, ou plus récemment l'*affirmative action*.

– En *France* les droits de l'homme ont également évolué, mais le plus souvent par des mouvements extérieurs à la Constitution. C'est ainsi que les grandes lois de la III^e République ont considérablement marqué l'idéologie des droits de l'homme (droit syndical, loi sur la presse, liberté d'association, etc.). De même la Convention européenne des droits de l'homme et plus récemment la Charte des droits fondamentaux placent le droit français au cœur d'une idéologie européenne des droits de l'homme qui vient à la fois concurrencer et renforcer le système français.

Le rattachement à la Constitution apparaît ainsi à la fois plus récent et plus ténu. L'acquisition d'un statut juridique pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a d'ailleurs été très laborieuse. Ses rédacteurs la concevaient comme un texte politique de nature à guider les constituants de 1791. Sous la III^e République, elle était considérée comme un texte dépourvu de valeur contraignante, doctrine développée notamment par Carré de Malberg et Esmein (10). C'est seulement avec le Préambule de

(10) Hauriou et Duguit en revanche s'opposent à cette analyse, l'un en se fondant sur le droit naturel, l'autre sur le solidarisme. Ils considèrent tous deux que la Déclaration de 1789 a valeur constitutionnelle, car elle ne fait que consacrer des droits existants avant la Déclaration, droits qui existent indépendamment de la volonté du constituant et auxquels le législateur doit se conformer.

1946 que la Déclaration de 1789 pénètre dans notre droit, et il faut attendre la Constitution de 1958 et surtout la Décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973 pour qu'elle intègre le bloc de constitutionnalité (11).

Ces réticences à l'égard de la consécration juridique des droits consacrés en 1789 peuvent s'expliquer par l'étendue des résistances opposées à la Déclaration de 1789. De la critique des conservateurs comme Burke qui s'oppose à la notion même de droits de l'homme à celle des marxistes qui considèrent la Déclaration de 1789 comme la consécration des libertés bourgeoises, voire à celle des libéraux qui estiment que l'homme est davantage un être de besoins qu'un être de droits, toute une série d'idéologies convergent pour nier l'importance de l'idéologie des droits de l'homme mise en œuvre en 1789 et pour s'opposer à sa traduction juridique (12).

Ces hésitations sur la valeur juridique des droits de l'homme ont sans doute contribué à les présenter comme l'espace réservé des experts, des spécialistes. La protection des droits de l'homme est certes l'affaire de tous, mais elle n'est pas l'affaire de chacun.

Conçues à partir de principes très différents, il n'est pas surprenant que les deux idéologies des droits de l'homme aient évolué dans des directions également différentes.

DES CONTENUS DIFFÉRENTS

L'étude du droit positif de chaque pays montre de très grandes divergences relatives au contenu des droits de l'homme. De la liberté d'expression à la peine de mort, en passant par le droit de porter des armes, on constate que ce qui est considéré comme un droit dans un pays ne l'est pas nécessairement dans l'autre. Et lorsqu'un droit est consacré dans l'un et l'autre pays, il n'a pas toujours, loin de là, un contenu identique. Ce ne sont là que quelques exemples, et d'autres auraient pu être utilisés – ainsi la liberté religieuse, dont profitent amplement les sectes aux États-Unis, alors qu'elles sont combattues en France et plus largement en Europe comme menaçant l'autonomie des individus.

A partir des exemples choisis, on peut s'interroger sur l'origine et sur la persistance de ces différences. Elles témoignent en fait de divergences fondamentales quant à la place attribuée dans chacun des systèmes étudiés à l'État, à la constitution et à l'individu.

(11) Décision n° 51 DC du 27 décembre 1973 (taxation d'office), *rec.*, p. 25; G.D. n° 21; *AJDA*, 1974, p. 236, n. GAUDEMET; *D*, 1974, p. 83 et chr. L. Hamon; *JCP*, 1974 II 17691, NGUYEN QUOC VINH; *RDP*, 1974, p. 531, n. PHILIP.

(12) Sur cette question : Blandine BARRET-KRIEGEL, *Les Droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 115 p.

L'Etat et la liberté d'expression

– En France, la liberté d'expression figure dans l'article 11 de la Déclaration de 1789 comme « *un des droits les plus précieux de l'homme* » (13). Toutefois, conformément aux principes du régime répressif, il est immédiatement précisé que le citoyen peut avoir à répondre de « *l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». On peut donc abuser de cette liberté, et la loi pénale définit les infractions constituant de tels abus. Certaines sont la simple conséquence du principe selon lequel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » (14). Tel est le cas de la diffamation qui protège l'honneur ou à la considération d'une personne, ou du délit d'atteinte à la vie privée qui protège l'intimité d'autrui.

Mais d'autres textes définissent les abus de la liberté d'expression par référence directe à des valeurs qu'ils entendent protéger, valeurs morales ou philosophiques. On demande alors à l'Etat de définir les valeurs qu'il convient de protéger. L'exemple le plus caractéristique d'une restriction à la liberté d'expression au nom des « valeurs » est évidemment la Loi du 13 juillet 1990, dite loi Gayssot, qui interdit la négation des crimes commis par les nazis. La liberté d'expression cède alors le pas devant des valeurs jugées supérieures fondées sur le respect des victimes du génocide et sur le devoir de mémoire souvent invoqué. Comme en matière de police administrative, l'exercice de la liberté doit ainsi être concilié avec les nécessités de l'ordre public, ou plus exactement de l'ordre moral public. C'est au juge de trouver l'équilibre entre ces impératifs contradictoires, éventuellement saisi par les associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme auxquelles la loi Gayssot donne une importance tout à fait particulière.

– Aux Etats-Unis, l'idéologie des droits de l'homme ne se préoccupe pas de la recherche d'un tel équilibre. La liberté d'expression est consacrée par le Premier amendement : « *Congress shall make no Law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* » Dans sa formulation même, il implique la non-ingérence du Congrès dans l'exercice de la liberté dont l'individu est titulaire (15). De fait, il a longtemps été perçu comme une simple limitation des pouvoirs de l'Union, le domaine de la liberté d'expression relevant de la compétence des Etats.

(13) « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* »

(14) Article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

(15) B.C. SCHMIDT, *Freedom of expression in the United States*, Colloque organisé par le *Sterling Currier Fund* et le Centre pour l'étude des droits de l'homme de l'Université Columbia.

Quoi qu'il en soit, aux Etats-Unis, la liberté implique avant tout l'abstention de l'Etat qui n'a pas à définir de valeurs. Le système juridique protège tant la diversité des opinions que celle de ses expressions.

La diversité des opinions

La Cour suprême a étendu le champ d'application du Premier amendement, au point qu'il implique de la part du juge « *the most exacting scrutiny to regulations that suppress, disadvantage, or impose differential burdens upon speech because of its content* » (16). La liberté d'expression s'entend donc comme un libre accès au marché des idées, quel que soit leur contenu, politique ou non, scandaleux ou non (17). Le citoyen est considéré comme doté d'une maturité suffisante pour séparer le bon grain de l'ivraie, la vérité de l'idée fausse.

Si l'on conserve l'exemple de la diffusion de propos antisémites ou négationnistes prohibée en France par la loi Gayssot, on constate que la Cour suprême adopte une jurisprudence totalement opposée. Elle a ainsi été saisie en 1982 de la conformité au Premier amendement du règlement voté par le Conseil d'administration d'un établissement scolaire de New York qui ordonnait de retirer de la bibliothèque scolaire les ouvrages considérés comme « *anti-American, anti-Christian, anti-Semitic, and just plain filthy* ». En prononçant l'inconstitutionnalité d'une telle mesure, la Cour consacrait également le droit d'accès au pluralisme des idées. Le juge William J. Brennan, exprimait en ces termes l'opinion de la Cour : « *We hold that local school boards may not remove books from school library shelves simply because they dislike the ideas contained in those books and seek by their removal to prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion* » (18).

Il n'existe donc pas, aux Etats-Unis, d'ordre public, ou plus exactement d'« ordre moral » public permettant d'interdire la circulation de certaines idées. Cela ne signifie pas cependant qu'il soit entièrement impossible de poser des limites à la liberté d'expression. La célèbre décision *Schenk* de 1919 a dégagé en effet le critère de « danger manifeste et pressant » comme critère de constitutionnalité des restrictions à la liberté d'expression (19), danger apprécié au cas par cas par le juge. Cette jurisprudence a certes permis à la Cour en 1949 de déclarer constitutionnelles les dispositions du *Smith Act* qui ont justifié la poursuite de militants du parti communiste, considéré comme « *un danger manifeste et pressant pour le gouvernement des Etats-*

(16) *Tuner Broad Sys., Inc v. FCC*, 512 US 622, 642 (1994).

(17) Robert POST, « Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence », *California Law Review*, vol. 89, janvier 2000.

(18) Cour suprême, *Board of Education v. Pico*, 457 US 853, 1982. Voir : Lucius J. BARKERS *et alii*, *Civil Liberties and the Constitution*, Eighth edition, Prentice Hall, New Jersey.

(19) Cour suprême, *Schenk v. United States*, 249 US 47 (1919); E. ZOLLER, *Grands Arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, n° 18.

Unis » (20). Mais on doit constater qu'elle a été remise en cause très rapidement. Dès 1957, la Cour imposait en effet au gouvernement de démontrer que les accusés sur le fondement du *Smith Act* avaient effectivement entrepris des actions matérielles destinées à renverser le gouvernement (21). De fait, la Cour est ainsi revenue à sa jurisprudence traditionnelle qui autorise la circulation de toutes les idées, y compris celles qui s'opposent radicalement aux valeurs traditionnelles de la société américaine.

La contradiction entre les conceptions américaine et française a pris un tour à la fois international et spectaculaire avec la controverse relative à la diffusion en France de sites Internet basés aux Etats-Unis et faisant l'apologie du nazisme ou de doctrines racistes ou antisémites. Elle soulève le problème de la réglementation internationale des contenus accessibles universellement, et pouvant dès lors être contraires aux restrictions légalement imposées au sein des différents Etats. Elle met aussi en valeur l'incompatibilité de deux régimes juridiques des droits de l'homme, puisque c'est précisément au nom de leur respect que l'on s'oppose. Pour les Etats-Unis, la liberté d'expression ne saurait souffrir aucune limite. Pour la France, cette liberté est intrinsèquement limitée par elle-même, puisqu'elle ne saurait bénéficier à ceux qui nient les droits de l'homme, et surtout dans leur dimension égalitaire. On retrouve ici, d'une certaine manière, et au-delà du débat classique « *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* » et « *je désapprouve ce que vous dites mais je défendrai jusqu'à la mort votre droit de le dire* » (Voltaire), l'opposition déjà soulignée entre une conception qui met l'accent sur la liberté et une autre qui met l'accent sur l'égalité.

La diversité des moyens d'expression

En droit français, le principe de la liberté d'expression protège l'expression verbale ou écrite d'une opinion, quel qu'en soit le support. Le droit américain va bien au-delà de cette analyse, et étend la protection du Premier amendement à l'expression non verbale. Il distingue en effet le « *pure speech* » qui englobe sensiblement la liberté d'expression « à la française » et le « *symbolic speech* » (ou « *speech plus* »), qui pourrait se définir comme l'expression d'une opinion combinée à une conduite d'opposition (marche, *dies in, sit in*, etc.). Concrètement, cette conduite est souvent symbolique, qu'il s'agisse de brûler sa carte d'électeur, le drapeau américain, ou de toute autre action plus ou moins provocatrice.

Ces actions sont susceptibles, en droit français, d'être poursuivies sur le fondement de l'article 431-3 du Code pénal pour lequel tout « *attroupement ou rassemblement sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public* » peut constituer un délit si les participants refusent de

(20) Cour suprême, *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951).

(21) Cour suprême, *Yates v. United States*, 354 US 208 (1957).

se disperser après les sommations d'usage (22). En droit américain, elles sont protégées par le Premier amendement.

A l'intérieur du « *symbolic speech* », la question du drapeau a donné lieu à une jurisprudence particulièrement abondante. En 1969, un jeune Noir, Sidney Street, entend à la radio que l'activiste James Meredith a été blessé par balles lors d'une manifestation au Mississippi. Il prend alors un drapeau américain et le brûle au milieu d'un carrefour de New York. Aux quelques passants présents, il explique sommairement : « *We don't need the damned flag.* » Il est condamné sur la base d'une loi de l'Etat qui considère comme illégale toute atteinte physique ou symbolique au drapeau des États-Unis (*Flag Desecration Act*). La Cour suprême a finalement annulé cette condamnation, en refusant de distinguer entre les paroles et les actes : Sidney Street avait parfaitement le droit d'exprimer ses opinions, y compris en brûlant le drapeau de son pays (23). La décision *Texas v. Johnson* de 1989 est venue ensuite confirmer cette jurisprudence en précisant que le fait de brûler le drapeau américain est protégé par le Premier amendement, l'incendie constituant, au sens de l'opinion de la Cour défendue par le Juge Brennan, l'élément de la communication d'une opinion (24).

Les réactions à cette décision ont été particulièrement violentes, en particulier de la part des associations de vétérans qui ont suscité, en octobre 1989 le vote du *Flag Protection Act* qui autorisait les poursuites pénales contre toute personne qui « *knowingly mutilates, defaces, physically defiles, burns, maintains on the floor or ground, or tramples upon any flag of the US* ». Mais dès le 11 juin 1990, la Cour suprême, dans une décision *United States v. Eichman* a déclaré ce texte inconstitutionnel, persistant à considérer le « *Burning Flag* » comme protégé par le Premier amendement (25). Bénéficie ainsi de la protection de la Constitution le manifestant qui a brûlé le drapeau pour protester contre la loi interdisant... de brûler le drapeau (26).

Il ne reste donc plus aujourd'hui aux défenseurs du drapeau qu'à promouvoir l'idée d'un amendement constitutionnel protégeant son intégrité. Leur démarche ne rencontre cependant qu'un succès mitigé. C'est ainsi que le 29 mars 2000, le Sénat, pourtant républicain, a rejeté un amendement en ce sens, par 63 voix contre 37. A l'inverse, les partisans du « *Burning Flag* » s'appuient sur le Premier amendement et la liberté d'expression pour revendiquer le droit de s'en prendre à la Bannière étoilée, et Internet permet désormais au citoyen américain de procéder à un incendie virtuel et d'user

(22) Article 431-3 et suivants du Nouveau Code pénal.

(23) Cour suprême, *Street v. New York*, 394 US 576 (1969).

(24) Cour suprême, *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989).

(25) Cour suprême, *United States v. Eichman*, 486 US 310 (1990).

(26) Cour suprême, *United States v. Haggerty*; on notera que dans cette affaire, la Cour a été saisie de la condamnation d'un manifestant qui avait brûlé le drapeau pour protester contre... la nouvelle loi interdisant de brûler le drapeau. Cf. Paul L. MURPHY, « Symbolic Speech and the First Amendment », in *The Bill of Rights in Modern American After 200 Years*, Indiana University Press, 1999, p. 39.

ainsi d'un « *symbolic speech* » de plus en plus symbolique (27). En revanche, il est interdit de brûler des drapeaux étrangers, car cela serait porter atteinte aux emblèmes d'Etats souverains, pouvant engager la responsabilité des Etats-Unis sur le plan international.

Quoi qu'il en soit, l'exemple du « *Burning Flag* » montre que la liberté d'expression fait l'objet d'une protection beaucoup plus sourcilleuse aux Etats-Unis qu'en France. Toutes les opinions peuvent s'exprimer. Tous les moyens d'expression sont justifiés. Par ailleurs, l'existence même d'un débat sur cette question témoigne de l'intérêt porté par les Américains aux questions intéressant les droits de l'homme. Le débat politique suscité par le « *Burning Flag* » ne s'est en effet développé qu'à partir du moment où il s'est déplacé vers le domaine des droits de l'homme. Dès lors que brûler le drapeau devenait un élément de la liberté d'expression, cette activité méritait d'être protégée.

La Constitution et la peine de mort

On sait que la France a aboli la peine de mort par la loi du 9 octobre 1981. Cette démarche unilatérale a été confortée par la ratification le 17 février 1986 du Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi la tendance à l'internationalisation que l'on constate dans la pratique française des droits de l'homme a permis de rendre quasi irrémédiable l'abolition de la peine de mort, en interdisant au législateur toute modification du droit en vigueur. Elle fait, de plus, de l'abolition de la peine une valeur européenne qu'il convient de promouvoir. Le Conseil de l'Europe s'y emploie, comme l'Union européenne qui conditionne son élargissement à l'abolition de la peine de mort par les Etats candidats à l'adhésion. La peine de mort apparaît ainsi comme un châtiment définitivement abandonné par les systèmes juridiques européens et rejeté par l'idéologie dominante. Une campagne initiée par Amnesty International et relayée par de nombreux media s'est en outre développée contre la peine de mort aux Etats-Unis.

La peine de mort fait l'objet d'un traitement totalement opposé aux Etats-Unis, essentiellement parce que les droits de l'homme n'y subissent aucune influence du droit international (28), mais trouvent leur fondement

(27) On peut brûler le drapeau américain de manière virtuelle sur : <http://www.esquilax.com/flag/burn5.html>.

(28) S'il est vrai que les Etats-Unis ont adhéré au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ils ont néanmoins apporté d'importantes réserves à ses articles 6 et 7 afin d'exclure l'application de la peine de mort des obligations qu'ils contractaient. Voir : William A. SCHABAS, « Les réserves des Etats-Unis d'Amérique au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qui concerne la peine de mort », *RUDH*, septembre 1994, p. 137. Récemment, plusieurs actions ont été entreprises devant la Cour internationale de Justice par des Etats contre l'application de la peine de mort à leurs ressortissants (Paraguay, puis Allemagne), mais sur une autre base. Il s'agit de contester la non-application de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, dans la mesure où les accusés n'ont pu obtenir l'assistance de leurs autorités consulaires, faute qu'elles aient été informées par les autorités locales. Les Etats-Unis n'ont pas respecté

juridique dans la seule Constitution et dans l'interprétation qui en est faite par le juge. Or, le domaine pénal relève presque exclusivement de l'autonomie des Etats fédérés. Leurs réglementations et leurs pratiques sont très différenciées à cet égard. Certains Etats ne l'ont jamais intégrée dans leur arsenal juridique (Hawaii); d'autres ont adopté un moratoire (Illinois); 12 Etats l'ont purement et simplement abolie (29); 7 ont renoncé à requérir la peine de mort, sans pour autant l'abolir formellement (30); 29 enfin, et ce sont les plus nombreux, continuent à procéder à des exécutions (31).

Dans ces conditions, l'éventuelle abolition de la peine de mort sur l'ensemble du territoire fédéral suppose une interprétation judiciaire de la Constitution. Les abolitionnistes ont, dans un premier temps, cherché à obtenir de la Cour suprême un jugement considérant que ce châtement constitue un « *cruel and unusual punishment* » prohibé par le 8^e amendement. Cette stratégie a cependant échoué. Dans sa décision *Furman v. Georgia* de 1972, la Cour a certes annulé trois sentences de mort sur ce fondement, mais la majorité de la Cour, par 5 voix contre 4, a estimé que l'inconstitutionnalité ainsi relevée trouvait son origine dans les conditions de procédure dans lesquelles la peine était prononcée, le jury n'étant guidé par aucun critère objectif (32). Cette jurisprudence aboutissait ainsi, de manière un peu paradoxale, à renforcer la peine de mort, dès lors que la Cour suprême en admettait la constitutionnalité, principe d'ailleurs confirmé par la décision *Gregg v. Georgia* de 1976 (33).

La Cour suprême se refuse donc à entrer dans le débat de fond : la peine de mort n'est pas, en soi, un « *cruel and unusual punishment* », et le juge s'interdit d'entrer dans le débat éthique ou philosophique qui l'entoure. Le seul débat juridiquement acceptable est celui qui s'interroge sur la manière dont la peine est prononcée ou appliquée. C'est ainsi qu'elle doit être prononcée par un jury impartial à son égard : est annulée pour inconstitutionnalité la loi d'Etat qui prévoit la récusation automatique des jurés qui se déclarent hostiles à la peine de mort (34). De même, elle doit être appliquée selon des modalités que la Cour accepte de contrôler au regard du 8^e amendement. Elle s'est ainsi déclarée compétente le 26 octobre 1999 pour examiner la constitutionnalité de l'électrocution comme méthode d'exécution (35).

les Ordonnances de la CIJ demandant la suspension des exécutions. Les autorités fédérales ont toutefois, sans succès, demandé aux autorités fédérées de respecter ces ordonnances. Le problème tient là encore à la structure fédérale de l'Etat.

(29) Alaska, Dakota du Nord, District of Columbia, Iowa, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Rhode Island, Vermont, Virginie occidentale, Wisconsin.

(30) Dakota du Sud, New Hampshire, Nouveau Mexique, Connecticut, New York, New Jersey, Kansas.

(31) Missouri, Wyoming, Maryland, Idaho, Oregon, Nebraska, Colorado, Washington, Georgie, Utah, Pennsylvanie, Ohio, Nevada, Kentucky, Delaware, Indiana, Virginie, Texas, Tennessee, Oklahoma, Montana, Louisiane, Floride, Caroline du Nord, Caroline du Sud, Californie, Arkansas, Arizona, Alabama.

(32) Cour suprême, *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972); E. ZOLLER, *Grands Arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, n° 45.

(33) Cour suprême, *Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976).

(34) Cour suprême, *Witherspoon v. Illinois*, 391 US 510 (1968).

(35) Bill DEDMAN, « Supreme Court to Review Use of Electric Chair », *New York Times*, 28 octobre 1999.

De fait, les exécutions qui avaient été suspendues dans les années soixante, en raison du doute subsistant sur leur constitutionnalité, ont repris en 1977 avec celle de Gary Gilmore en Utah. Depuis cette date, plus de 700 condamnés à mort ont été exécutés aux Etats-Unis, le rythme des exécutions s'accroissant régulièrement chaque année (36).

Dans l'état actuel des choses, il ne reste aux abolitionnistes qu'à espérer un éventuel revirement de jurisprudence, ou à militer en faveur d'une révision constitutionnelle. Dans tous les cas, l'abolition de la peine de mort ne passe pas par une ouverture au droit international, mais par l'adoption d'une norme de valeur constitutionnelle. On doit cependant observer qu'une telle évolution paraît actuellement peu probable, car la peine de mort est, pour le moment, fort peu contestée aux Etats-Unis, au point que cette question n'a guère été débattue lors de la dernière campagne électorale, présidentielle et sénatoriale. Ainsi la liberté de brûler le drapeau donne lieu à des discussions passionnées, alors que le châtiment suprême est infligé dans une indifférence quasi générale.

L'individu et le droit de porter des armes

Le droit français s'est toujours montré très méfiant à l'égard des armes : leur acquisition et leur détention demeurent très encadrées par le droit. Selon les catégories d'armes, leur régime juridique va ainsi de l'interdiction pure et simple pour les matériels de guerre, au régime d'autorisation ou de déclaration pour les autres matériels. Dans tous les cas, le port d'armes n'est pas revendiqué comme liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution. Il est considéré comme une police spéciale de nature technique, et est ainsi logiquement organisé par décret (37). Le développement d'une politique communautaire dans ce domaine n'a d'ailleurs pas modifié cette perspective (38) : porter les armes n'est pas considéré comme un droit, mais comme une tolérance exceptionnelle justifiée par des raisons très précises et soumise à un régime juridique rigoureux.

Aux Etats-Unis au contraire, le droit de porter les armes donne lieu à un débat sur le terrain des droits de l'homme. D'un côté, les partisans du port d'armes s'appuient sur une tradition qui veut que la défense du régime constitutionnel repose sur le citoyen américain lui-même. De l'autre, ceux qui désirent limiter le droit de porter les armes invoquent le droit à la sécurité et les 20 000 crimes commis chaque année avec des armes à feu. Dans tous les cas cependant, il est intéressant de noter que la discussion constitu-

(36) 68 sentences ont été exécutées en 1998 et 98 en 1999. Source : www.peinedemort.fr.

(37) Décret n° 94-791 du 8 septembre 1994, *JO*, 10 septembre 1994; Laurent-Franck LIÉNARD, « Droit des armes : dans l'attente d'une refonte globale », *Les Petites Affiches*, 4 novembre 1994.

(38) Directive 91/477 du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes; Directive n° 93/15 du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil; Décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, *JO*, 7 mai 1995, p. 7458.

tionnelle s'est développée avant toute intervention de la Cour suprême dans ce domaine. Les partisans du port d'armes demeurent attachés à une vision très traditionnelle d'un état de nature dominé par la violence, et dans lequel chacun doit assurer sa propre sécurité. L'Amérique d'aujourd'hui revendique ainsi l'héritage du Far West : à une époque où les frontières n'étaient pas nettement délimitées et où la police était peu développée, il était logique de faire du maintien de l'ordre l'affaire de la communauté, et d'autoriser chacun à porter une arme.

De nécessité liée à la sécurité publique, le port d'armes s'est cependant peu à peu transformé en un droit politique. La question qui se pose est alors celle du droit ou des droits que le port d'armes a vocation à protéger. A l'origine, il avait en effet pour mission de protéger les droits du citoyen, dans la mesure où le port d'armes constituait un élément essentiel du droit de résistance à l'oppression. Le droit américain semble directement inspiré du *Bill of Rights* britannique de 1689 qui prévoit que « *les sujets protestants peuvent avoir pour leur défense des armes conformes à leur condition et permises par la loi* ». Ce droit, comme tous ceux formulés par le *Bill of Rights* est accordé « *aux fins d'aviser à ce que la religion, les lois et les libertés ne puissent plus désormais être en danger d'être renversées* » (39). Ainsi, le droit de porter les armes est considéré comme un instrument de lutte contre le despotisme, celui des Stuarts alors accusés d'avoir voulu désarmer la population. Blackstone, dans ses *Commentaries on the Laws of England* en fait d'ailleurs un élément « *of resistance and self-preservation, when the sanctions of society and laws are found insufficient to restrain the violence of oppression* » (40).

Le 2^e amendement trouve ainsi son origine directe dans le *Bill of Rights* britannique : « *Une milice bien réglée étant nécessaire à la sécurité d'un Etat libre, le droit du peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé.* » Et, comme en Angleterre, le droit de porter des armes n'est pas détaché de la résistance à l'oppression. Madison, qui est le rédacteur du 2^e amendement, présente ainsi la population armée comme un contrepoids à la tyrannie (41), et le juge Story commentant la Constitution en 1859 considère cet amendement comme « *the palladium of the liberties of a republic; since it offers a strong moral check against the usurpation and arbitrary power of rulers; and will generally, even if they are successful in the first instance, enable the people to resist, and triumph over them* » (42).

Aujourd'hui cependant, le droit de porter des armes n'est plus présenté comme un élément du droit de résistance à l'oppression, au même titre par exemple que le droit de pétition. Il est surtout revendiqué comme un droit

(39) « *Bill of Rights* du 13 février 1689 », dans M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1978, p. 431.

(40) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Rothman Reprints, 1969.

(41) *Le Fédéraliste*, n° 46.

(42) Joseph STORY, *Commentaries on the Constitution of the US*, Boston, 1858, reprint 1987, vol. I, 708.

individuel à l'autodéfense. Ce n'est plus l'agression d'un Etat despotique qui est redoutée, mais celle d'un individu. Le droit de porter les armes n'est plus un droit du citoyen, mais un droit de la personne (43).

La Cour suprême n'est intervenue que fort tardivement sur cette question, après le vote du 14^e amendement. La première décision pertinente est *United States v. Cruikshank* de 1874 (44). A propos du massacre d'esclaves libérés en Louisiane par des membres du Klu Klux Klan, la Cour estime que le droit de porter des armes est un droit individuel qui appartient à chaque citoyen des Etats-Unis, y compris bien entendu aux anciens esclaves. La Cour ajoute cependant que les membres du Klan qui voulaient interdire aux anciens esclaves de porter des armes ne peuvent pas être poursuivis sur la base du 2^e amendement car il protège contre les seules violations réalisées par la loi fédérale, et non pas contre celles provenant des personnes privées. A la fin du XIX^e siècle, il est donc acquis que la Constitution consacre un droit individuel, solution d'ailleurs confirmée par la décision de la Cour suprême *Presser v. Illinois* en 1886 (45).

Cette analyse n'a pas été modifiée de manière substantielle, alors même que la hausse de la criminalité suscitait une série de lois fédérales destinées, non pas à interdire la possession d'armes, mais à la limiter. Dans un premier temps en effet, s'est développée l'idée selon laquelle l'armement devait être interdit aux « classes dangereuses ». En témoignent évidemment les « codes noirs » mis en place par les Etats du Sud après la Guerre de Sécession, qui interdisaient aux esclaves libérés de posséder une arme, et qui ont donné lieu aux premières décisions de la Cour suprême sur cette question (46). Plus tard, ce sont les Américains d'immigration récente, soupçonnés d'être des criminels et des anarchistes, qui se sont vus interdire l'exercice de ce droit (47). Aujourd'hui, il n'est plus de mise de porter le discrédit sur certaines catégories de population et le législateur préfère interdire la possession de certaines armes jugées dangereuses et inadaptées aux exigences de la défense de l'individu. Le *National Firearms Act* de 1934 soumettait ainsi à un contrôle très strict la vente des mitraillettes automatiques utilisées alors par différents gangs. De même, le *Gun Control Act* de 1968 interdisait la vente de certaines armes, notamment les armes de guerre importées. Actuellement, un débat se développe visant à interdire les armes semi-automatiques (*assault rifles*), considérées comme particulièrement meurtrières.

(43) Sur cette question : Robert J. CONTROL et Raymond T. DIAMOND, « Public Safety and the Right to Bear Arms », in *The Bill of Rights in Modern American After 200 Years*, Indiana University Press, 1999, pp. 72 et suiv.

(44) Cour suprême, *United States v. Cruikshank*, 92 US 542 (1874); Cf. Stephen P. HALBROOK, FREEDMEN, *The Fourteenth Amendment and the Right to Bear Arms, 1866-1876*, Praeger, 1998, 227 p.

(45) Cour suprême, *Presser v. Illinois* 116 US 252 (1886).

(46) Cour suprême, *Presser v. Illinois* 116 US 252 (1886).

(47) Ainsi la Loi Sullivan de 1911, à New York. Cf. Don B. KATES, « Towards a History of Handgun Prohibition in the US », in Don B. KATES (dir.), *Restricting Handguns : The Liberal Skeptics Speak Out*, Croton on Hudson, NY, 1979, pp. 7-30.

On constate ainsi que les opposants au droit de porter les armes ont tendance à aborder la question de manière indirecte, en limitant la prohibition à certaines armes, voire à certaines personnes. L'interdiction totale serait sans doute considérée comme une atteinte au droit de chacun à se défendre dans une société qui n'exclut pas la violence. Mais elle risquerait aussi, et surtout, d'être censurée par la Cour suprême, sur le fondement du 2^e amendement. En effet, pour admettre une interdiction générale de porter les armes, il faudrait interpréter cette disposition comme consacrant un droit purement collectif des Etats, droit d'organiser une milice chargée de la sécurité publique. Or, la Cour suprême n'a donné aucun signal tendant à montrer qu'elle était prête à cautionner une telle interprétation. Au contraire, elle a admis qu'un citoyen, même non enrôlé dans la milice, peut invoquer le 2^e amendement pour contester la validité d'une loi texane qui interdisait le port de certaines armes (48). De plus, elle mentionne souvent, de manière incidente, le droit de porter les armes parmi les « *constitutional rights* » dont sont titulaires tous les citoyens américains (49).

Ainsi, le droit de porter les armes paraît solidement ancré dans la société américaine, au point qu'aucune loi d'Etat n'est intervenue pour prononcer une interdiction générale et absolue. Toute tentative en ce sens se heurte d'ailleurs à la toute-puissante *National Rifle Association* qui milite pour la liberté totale en ce domaine.

CONCLUSION

La prétendue universalisation des droits de l'homme comporte donc de profondes ambiguïtés. Ce ne sont ni les mêmes conceptions ni les mêmes techniques qui sont à l'œuvre. La conception américaine s'appuie essentiellement sur une philosophie politique américaine, ou endogène, qui peut avoir vocation à être imitée, mais pas à être internationalisée par des instruments obligatoires. La conception française a nourri les instruments européens, et s'appuie désormais sur eux pour moderniser son propre régime juridique, même si elle s'en sépare sur plusieurs points. Entre la préférence pour un système national, qui protège au surplus l'autonomie des entités fédérées, et l'internationalisation qui vise à unifier un cadre régional, le chemin de l'universalité apparaît, au-delà de la rhétorique, pavé de beaucoup d'embûches (50).

(48) Cour suprême *US v. Miller*, 307 US 178 (1935).

(49) Par exemple : Cour suprême *Moore v. City of East Cleveland* 431 US 494 (1977) ; Cour suprême *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey* 505 US 833 (1992).

(50) On retrouve cette divergence avec la création d'une Cour internationale pénale à compétence universelle pour connaître des crimes contre l'humanité et autres atteintes graves au droit humanitaire (Convention de Rome du 17 juillet 1998). Les pays européens y ont joué un rôle pilote, cependant que les Etats-Unis y sont opposés, en particulier parce qu'ils refusent que leurs ressortissants puissent relever d'une telle cour. L. CONDORELLI, J.A. CARILLO-SALCEDO, S. SUR, « La Cour pénale internationale en débat », *RGDIP*, 1999, pp. 7-45.

L'individu est au centre de l'idéologie des droits de l'homme aux Etats-Unis. C'est lui qui définit le contenu des droits : chaque Américain est compétent pour donner son interprétation du texte sacré qu'est la Constitution, pour « lire » la Constitution de la même manière qu'il est compétent pour lire la Bible. De même chaque Américain est également fondé à défendre ses droits, à travers les instruments que lui offre le système juridique, mais aussi avec ceux qu'il n'interdit pas. Le droit de porter les armes, comme celui de manifester ses opinions, y compris par l'action symbolique, tous ces éléments incitent à présenter l'individu comme l'auteur et l'acteur de l'idéologie des droits de l'homme. Dans l'idéologie française, au contraire, la définition des droits de l'homme comme sa protection sont médiatisées. L'Etat se voit attribuer un rôle de définition des valeurs à défendre, et de leur garantie effective. Dans ces missions, la puissance publique est évidemment assistée par des juges, voire par des ONG mais le citoyen individuellement se voit exclu du champ des droits de l'homme. Tout au plus son adhésion est elle demandée, adhésion à des valeurs dont la définition lui échappe, adhésion à des procédures dont il peut bénéficier. On peut se demander à cet égard si le domaine des droits de l'homme ne voit pas resurgir une ancienne distinction que l'on croyait bien oubliée entre citoyens actifs et citoyens passifs.

Ainsi, les débats politiques aux Etats-Unis ont tendance à envahir le champ des droits de l'homme pour susciter l'intérêt de la population. Au contraire, en France, les questions essentielles relatives aux droits de l'homme sont souvent ramenées au champ politique et abandonnées aux représentants et à un petit nombre d'organisations militantes. Alors que les droits de l'homme sont l'affaire de chaque citoyen américain, ils demeurent en France le pré carré d'un nombre restreint de professionnels. Il reste donc aux citoyens français à se réappropriier les droits de l'homme.