

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur »

A Walfa y mi pequeña Sofia- Doudou- quienes me acompañaron en esta gran travesía llena de perfumes, de murmullos y de música de alas. Las palabras que puedo verter en esta hoja de papel en blanco, nunca serán suficientes para agradecerles la motivación que su existencia genera en mi vida. Gracias por ser el aire que respiro.

A mis padres quienes están en el origen de todo. A mi hermana, María Paula quien me testimonió de su amor a pesar de la distancia.

REMERCIEMENTS

J'exprime ma très profonde reconnaissance au Professeur Jacques Fialaire pour avoir accepté de diriger ce travail, pour son entière disponibilité, pour la confiance qu'il m'a témoignée, pour son soutien personnel et dans mes recherches, et pour son amitié. Merci de tout cœur.

Je souhaite vivement adresser mes sincères remerciements aux personnes suivantes :

-l'ORGANISATION ALBAN de la Commission Européenne qui m'accordé une bourse d'études pour faire mon doctorat durant trois ans et pour m'avoir permis de présenter mon travail durant la 3^{ème} conférence ALBAN- PORTO 2009 qui s'est tenue en juin 2009.

-la FUNDACION COLFUTURO en Colombie qui m'a accordé une bourse-emprunt qui m'a permis d'achever mes travaux dans de bonnes conditions.

-le Poznan Institute of Human Rigths pour m'accorder une bourse pour participer au 18^{ème} « International protection of human rights course » qui s'est tenu à Poznan (Pologne) en Septembre 2009.

-Mes collègues du Laboratoire de Droit et changement social (DCS) de l'Université de Nantes : Stephanie Morandea, Marie Christine Macé et Françoise Vigouroux. A Marie Graux pour la disponibilité et la gentillesse sans failles qu'elle m'a accordées dans ma recherche documentaire à la Bibliothèque de droit de l'Université de Nantes.

-Monsieur le professeur John Tolan, directeur de la Maison des Sciences de l'homme à Nantes pour m'accorder un bureau à la MSH (Nantes).

-A tous mes amis, qui m'ont accompagné tout au long de ce périple : Denise, Jeanne, Angélique, Françoise, Lionel, Carine, Frank, Harriet, Hervé, Philippe,

Dominique, Jose Luis, Syvie, Gwen, Erwan, Pierre, Anne-Claire, Vincent, Liliana, Didier, Gustavo, Yesid, Maria Margarita, Gonzalo R et Alexis. A mes étudiants de L3 de droit de l'Université de Nantes-La Roche- sur-Yon qui ont nourri mes réflexions intellectuelles.

Last but not the least, je tiens à remercier spécialement Walfa, mon épouse pour m'avoir soutenue et pour l'amour qu'elle m'a témoigné. A ma petite princesse Sofia, qui avec ses 5 ans et demi m'a interrogé sur la signification de la liberté d'expression.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LA MARGE NATIONALE D'APPRECIATION ET SES LIMITES INTRINSEQUES FACE A LA LIBERTE D'EXPRESSION

TITRE I - La marge nationale d'appréciation et ses limites internes

Chapitre I : La marge nationale d'appréciation et sa construction dans le cadre des systèmes européen et américain des droits de l'homme.

Chapitre II. Les limitations de la marge d'appréciation de l'État en fonction du Droit International des droits de l'homme.

TITRE II - La marge nationale d'appréciation : les limites substantielles dans la protection de la liberté d'expression.

Chapitre I : La liberté d'expression et ses fondements dans la théorie juridique.

Chapitre II : Les limites générales, les restrictions indirectes et la censure de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation.

SECONDE PARTIE: LA MARGE D'APPRECIATION ET SES LIMITES EXTRINSEQUES FACE A LA LIBERTE D'EXPRESSION.

TITRE I - Conditionnements procéduraux et jurisprudentiels de l'Etat et du juge international des droits de l'homme fondés sur le principe de subsidiarité.

Chapitre I : Conditionnements procéduraux généraux du juge international des droits de l'homme par les traités : Extension de la marge nationale d'appréciation.

Chapitre II : Conditionnement matériel spécifique de l'État par le juge régional des droits de l'homme : la diminution de la marge nationale d'appréciation face à la liberté de pensée et d'expression.

TITRE II - La marge nationale d'appréciation et ses limites jurisprudentielles devant la liberté d'expression: perspective comparée entre le système européen et américain des droits de l'homme

Chapitre I : Les tensions entre la liberté d'expression et l'intérêt concret dans la liberté d'expression –la réputation d'autrui-

Chapitre II : Les tensions entre les intérêts juridiquement protégés et les intérêts abstraits dans la liberté d'expression

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique- Droit Administrative
AJIL : American Journal of International Law
AV : Avis consultatif
CADH : Convention Américaine des droits de l'homme
CDA: Charte Démocratique Interaméricaine
CDHNU: Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies
CE: Conseil de l'Europe-
CEC: Conseil d'État Colombien
CEF: Conseil d'Etat Français
CECM: Centre d'Études Constitutionnelles de Madrid
CEDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des droits de l'homme
CEJIL : Centre d'études juridique de droit international
CL: Chambre des Lords- (Royaume Uni)
CIJ : Cour International de Justice
CIT: Convention Interaméricaine contre el Terrorisme
Com DESC : Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Com IDH : Commission Interaméricaine des droits de l'homme
Com DH : Comité de droits de l'homme-
Cour CC: Cour Constitutionnelle de Colombie
Cour IDH : Cour Interaméricaine des droits de l'homme
CJUE : Cour Européenne des droits de l'homme
Cour JCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
Cour PIJ: Ancienne Cour Permanente Internationale de Justice
Cour SA: Cour Suprême de Justice d'Argentine
Cour SM : Cour Suprême de Justice de Mexique
CPI: Cour Pénale Internationale-
CPF: Constitution politique de la Ve République en France
CREDHO : Centre de recherches et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire
CSEU: Cour Suprême des États Unis
CV: Convention de Vienne sur le Droit des Traités
DUDH : Déclaration Universelle des droits de l'homme
DADH : Déclaration Américaine de droits et devoirs de l'homme
DR : Recueil des décisions et rapports de la Commission Européenne des droits de l'homme
DPLE: Déclaration de principes sur la liberté d'expression
DE JUSTICIA: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.
Edit: Maison d'édition
FCE: Fondo de Cultura Económica de Méjico.
FLACSO: Facultad latinoamericana de ciencias sociales en América Latina y el Caribe.
IIDH: Instituto Interamericano de derechos humanos
LGDJ : Librairie générale de droit et jurisprudence
LPA : Les petites affiches
ONG: Organisations non-gouvernementales

ONU : Organisation de Nations Unis
OEA : Organisation d'Etats Américaines
PNUD : Programme de Nations Unis pour le développement
PIDCP : Pacte International de New York relatif aux droits civils et politiques
PFPIDCP: Protocole Facultatif du Pacte International de Droits Civils et Politiques-
PIDESC: Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
Protocole de San Salvador : Pacte de droits économiques, sociaux et culturels (OEA)
Protocole de Belen do Para : Pacte de droits pour la prévention de crimes contre les femmes (OEA)
PUG : Presses universitaires de Grenoble
PUR : Presses universitaires de Rennes
Rapp : Rapports de la Com. EDH et de la Com. EDH des droits de l'homme
REBDH: Revista Estudios Básicos de Derechos Humanos del Instituto Interamericano de derechos humanos.
RDH : Revue des droits de l'homme
RDM : Revue de droit de Mc Gill
RGDIP : Revue générale de droit international public
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RUDH : Revue universelle des droits de l'homme
RTDH : Revue Trimestrielle des droits de l'homme
SFDI : Société française pour le droit international
SCIJ-Statut de la Cour Internationale de Justice-
TGI : Tribunal de grande instance
TIAR : Traité Interaméricain d'Assistance Réciproque
UNESCO : Organisation des Nations Unis pour la Science, l'éducation et la culture
UNAM: Universidad Nacional Autónoma de Méjico

« On ne peut contester à un être intelligent l'usage de son esprit, de son jugement et de sa raison. Le droit de communiquer à autrui ce que l'on pense et ce que l'on veut est attaché à la nature d'un être sociable. Tout homme peut donc penser, parler et écrire librement »

Jean Étienne Marie Portalis (1797- Séance du Conseil des Anciens)

INTRODUCTION

La doctrine de la marge nationale d'appréciation s'est constituée à partir de la jurisprudence de la Cour EDH. Par cet intermédiaire, son influence est arrivée jusqu'au système interaméricain des droits de l'homme. Son étude est entourée d'ambiguïté. Pour les défenseurs du droit constitutionnel, elle est le résultat de l'existence de l'État et la conséquence de son autonomie. Pour les internationalistes, il s'agit d'un concept résiduel préservant l'État devant l'interprétation et l'application des droits fondamentaux. Au-delà de cette inépuisable controverse, cette recherche tentera de déterminer les limites de cette marge d'appréciation à partir de la relation qui résulte de l'action herméneutique de l'État et des droits fondamentaux. Dans ce sens, le champ du droit analysé à la lumière de cette marge d'appréciation est la liberté d'expression qui joue un rôle essentiel dans l'existence des systèmes de protection des droits de l'homme et constitue le fondement de la société démocratique.

Afin d'aborder cette étude, cette introduction sera divisée en deux parties. La première apportera certaines précisions conceptuelles sur la « doctrine de la marge nationale d'appréciation » et la liberté d'expression. Quant à la seconde, elle formulera des précisions méthodologiques comme la délimitation du champ d'étude, la méthode utilisée, l'intérêt du sujet abordé et enfin le plan de la thèse.

I. Les précisions conceptuelles

Afin d'expliquer le cadre théorique de nos travaux, il est nécessaire d'aborder deux concepts essentiels qui y seront étudiés. Le premier est la doctrine de la marge nationale d'appréciation¹ et le second, la liberté d'expression. Même si l'un comme l'autre seront étudiés exhaustivement dans ce travail, il est

¹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, n°1, p.25.

important de montrer la portée qu'ils auront sur cette étude. Cela permettra de délimiter l'objet d'étude d'un point de vue logique et rationnel.

A. La marge nationale d'appréciation

En général, la notion de « marge » se réfère à ce qui ne se trouve pas au centre, à ce qui est périphérique. La marge nationale d'appréciation, contrairement à cette définition, possède quelque chose de contradictoire et de paradoxal dans son contenu. Tout d'abord, elle ne se trouve pas à la marge de quelque chose et n'est pas non plus périphérique. La marge nationale d'appréciation, au contraire, se situe au centre de l'État, puisque c'est une conséquence de son existence. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, qui est en principe le lieu où se situe la réflexion et les problèmes abordés dans cette thèse, la marge nationale d'appréciation est décrite non depuis l'État, mais depuis la Cour EDH² - *et postérieurement dans la Cour IDH*- ce qui engage le mot « marge » comme un ensemble d'interprétation et d'application des droits de l'homme attribué à l'État par les Cours régionales des droits de l'homme.

Afin d'aborder cette notion dans la thèse, nous tiendrons compte de l'existence de deux droits, interne et international, pour la déterminer³. Cette approche nous permettra de comprendre son contenu et de déterminer ses limites. Dans ce sens, la marge nationale d'appréciation telle que la rappellent les professeurs Delmas Marty et Izorche, implique la reconnaissance de différents droits et systèmes juridiques⁴. Les auteurs proposent deux composantes de cette marge : l'implicite et l'explicite qui seront utilisés pour la comprendre.

² Sur la relation entre l'action de la Cour EDH et la marge nationale d'appréciation, voir F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, n°1.

³ Les professeurs A-D- OLINDA et C. PICHERAL remarquent que la doctrine permet à l'organe de contrôle de mieux préciser les limites respectives dans lesquelles lui-même et les Etats peuvent agir, dans "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne des droits de l'homme in *RTDH*, 1995, P. 602.

⁴ M. DELMAS- MARTY et M-L. IZORCHE, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste, in *RDM* (2001), Vol. 46, p. 925.

A notre avis, le premier pourrait être défini comme celui qui permet un dialogue entre le droit interne et le droit international à partir de principes fondateurs que l'État adapte dans son ordonnancement. C'est le cas quand l'État signe et ratifie les instruments internationaux des droits de l'homme, et s'oblige ainsi à les respecter et à les garantir. Dans certains cas, l'application de ces dispositions permet une importante marge de manoeuvre de l'État dans leur adaptation. Référons-nous par exemple à l'article 2 de la CADH qui indique que les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour adapter leur ordonnancement interne à ce que prescrit la Convention. Cela signifie que c'est l'État qui est chargé d'interpréter et d'appliquer les droits de l'homme dans le pays, conformément à une législation internationale incorporée dans son ordonnancement interne.

Quant au second, la situation est différente. L'État se voit ici confronté à l'apparition de la juridiction internationale mue par l'action des plaignants victimes de violations des droits de l'homme. Ils font appel aux Cours internationales qui protègent de façon subsidiaire ces droits de l'homme, par le biais du principe de proportionnalité lequel permet de déterminer l'idonéité, la nécessité et la proportionnalité au sens strict des mesures de restriction prises par l'État. La Cour EDH ainsi que la Cour IDH, se réfèrent à la marge nationale d'appréciation dans une perspective externe comme l'espace d'interprétation limitée de l'État devant les droits fondamentaux.

Pour les professeurs Delmas Marty et Izorche⁵ il existe une distinction entre la marge d'interprétation et la marge d'appréciation. La première est celle qui apparaît quand le juge national -le récepteur- interprète une norme juridique émise par l'organe législatif -l'émetteur-. Alors que la seconde part du principe de l'existence d'un législateur international qui émet la norme et qui permet au récepteur -l'Etat-, de posséder une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation et l'application de celle-ci.

⁵ Idem., p. 938-940.

Cette distinction n'est pas partagée dans cette thèse pour trois raisons. En premier lieu, la marge d'appréciation, ainsi que celle d'interprétation dans le cas des droits fondamentaux, diffère d'une simple analyse des règles, comme l'expose les auteurs. Ensuite, la marge d'appréciation prend non seulement en compte l'action du juge comme la personne qui crée le droit, mais en même temps, l'action des autres pouvoirs publics, et enfin, parce que cela n'a pas de sens de « créer » un certain législateur supranational, quand c'est l'État qui conçoit lui-même volontairement ces normes dans une sorte de dédoublement fonctionnel.

Il est possible d'en avoir un exemple avec le cas des juges locaux qui interprètent et appliquent le droit dans des cas concrets. Cette action du juge intervient sur une norme juridique qui interprète et applique un droit, non seulement parce que le législateur le reconnaît de façon autonome, mais également parce qu'il intègre les traités des droits de l'homme, dans ce cas, la CEDH et la CADH par l'intermédiaire d'une loi dans l'ordonnancement juridique interne. Par conséquent la marge d'interprétation et la marge d'appréciation sont similaires dans la mesure où l'interprète juridique national bénéficie d'un espace de réflexion et d'application des droits de l'homme. Ses limites sont justement celles qui lui sont imposées sur le plan interne et celles que le juge international détermine quand le processus judiciaire dépasse le cadre interne et atteint le niveau international⁶. Ces éventualités seront abordées dans cette thèse et permettront de comprendre l'unité intrinsèque et extrinsèque de la marge d'appréciation.

L'apparition de cette doctrine qui reconnaît l'existence de la volonté de l'État dans l'interprétation des droits de l'homme provient du droit constitutionnel comme nous l'expliquerons dans le premier chapitre de cette thèse. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, la doctrine est apparue par le biais de l'interprétation de l'article 15 de la CEDH qui établit la

⁶ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention Européenne de droits de l'homme", Thèse non publiée, 2006, p. 117.

possibilité de suspendre certains droits en vertu d'un danger public⁷. En 1960 dans l'affaire Lawless contre Irlande⁸, la Com EDH a indiqué que l'État possédait une certaine marge d'appréciation sur les actions qu'il devait prendre pour protéger la vie de la nation.

Plus tard, l'affaire Linguistique Belge en 1968 a permis à la Cour EDH d'indiquer que la Convention européenne des droits de l'homme avait un caractère subsidiaire face à la volonté d'action de l'État. Dans cette affaire, la Cour EDH a rappelé qu'il existe des aspects de la vie sociale où « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »⁹.

En 1971, quand la Cour EDH utilise pour la première fois l'expression « *marge nationale d'appréciation* » dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp contre la Belgique¹⁰, elle indique que la mesure de détention contre un groupe de vagabonds n'était pas contraire à l'article 8.2 de la CEDH car l'État avait pu avoir des raisons valables et nécessaires pour défendre l'ordre et prévenir les infractions pénales contre la morale, la santé et la réputation des autres. Cette ligne de jurisprudence s'est maintenue dans l'affaire Handyside contre Royaume-Uni où cette doctrine a été appliquée pour la première fois dans une affaire relative à la liberté d'expression. Ensuite dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni, la Cour EDH a signalé :

« Il incombe d'abord à chaque Etat contractant, responsable de la vie de la nation, de déterminer si un danger public la menace et dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper.

(...) les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme

⁷ Voir A-D. OLINGA et C. PICHERAL "La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des droits de l'homme, RTDH, 1995.

⁸ Cour EDH, Affaire Lawness c. l'Irlande, arrêt du 15 novembre 1960 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹ Cour EDH, Arrêt relatif à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique, 23 juillet, 1968, A/6, GACEDH, N.8 : p.10

¹⁰ Cour EDH, Affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. la Belgique, arrêt du 10 mars de 1972 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 de la CEDH leur laisse en la matière une large marge d'appréciation »¹¹.

Après cette décision, la Cour EDH a continué à utiliser la doctrine de la marge nationale d'appréciation, en la reliant non seulement aux conditions de suspension générale des droits qui se déduisent de l'article 15 de la CEDH, mais également aux restrictions spécifiques exercées par l'État sur les droits. Quant aux suspensions de droits, les États peuvent les effectuer dans le respect de la norme établie. Dans le cas interaméricain, cette circonstance apparaît avec l'article 27 de la CADH, que la Cour IDH a utilisé pour effectuer des analyses de proportionnalité des droits qui permet d'appliquer cette notion de marge nationale d'appréciation¹². Quant aux restrictions, les normes qui consacrent les droits indiquent dans quels cas ceux-ci peuvent être restreints, comme nous le verrons dans cette étude en abordant les limites intrinsèques de la liberté d'expression.

Les limites de cette marge nationale d'appréciation sont contrebalancées par le biais du contrôle matériel extrinsèque exercé par les Cours régionales des droits de l'homme qui déterminent, quand l'affaire dépasse l'ordonnement interne, le contrôle de proportionnalité des mesures. Dans ces circonstances, le principe de proportionnalité est un référent matériel essentiel pour contrôler la marge d'appréciation de l'État.

Au vu de ce qui précède, la notion de marge nationale d'appréciation sera comprise comme celle que l'État possède quand il interprète ou applique un droit fondamental, et dans la présente thèse, la liberté d'expression. En

¹¹ Cour EDH, Affaire Irlande c. le Royaume Uni, arrêt du 25 janvier 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹² Voir Cour IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 et 29 Convention Américaine sur les Droits de l'Homme). AC-5/85 du 13 novembre 1985, § 70. Voir également l'affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 2 juillet 2004, § 112; l'affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 31 août de 2004. § 82; l'affaire Kimel c. Argentina, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 2 mai, 2008 § 87 et 88 in <http://www.corteidh.or.cr/>

résumé, cette notion permet une interprétation qui respecte les identités culturelles, en comprenant que son exercice a des limites qui ne peuvent être dépassées sans aucune « justification »¹³.

B. La liberté d'expression dans le droit international des droits de l'homme

La liberté d'expression a été abordée depuis diverses perspectives d'études. Ainsi, du point de vue de la science politique, de l'histoire ou de la philosophie, des travaux l'ont abordé. Certains auteurs nord-américains comme Carl Sunstein¹⁴ et Owen Fiss¹⁵ ont dénoncé des versions libérales et individualistes de la liberté d'expression en démontrant comment l'État doit intervenir pour la protéger.

Cette position rejette de fait l'idée proposée par le juge de la Cour Suprême des Etats-Unis Oliver Wendell Holmes qui a indiqué que la liberté d'expression était un marché libre des idées¹⁶. Pour certains historiens et sociologues français, l'étude de la liberté d'expression doit partir de la participation de la société dans les débats publics.

Nous remarquerons à ce sujet ce que signalent les professeurs Rosanvallon et Pech :

« ... l'État n'est pas l'unique acteur sur scène : sa volonté n'épuise pas le champ du vouloir collectif. Ces préférences sont en effet l'œuvre d'une construction à plusieurs mains. Le sentiment d'un déclin du pouvoir politique ne signe pas la fin du pouvoir, mais son déport partiel vers la société civile et une multitude de régulations et d'agents, des plus organisés aux moins organisés »¹⁷.

¹³ P. LAMBERT, Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité dans "L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 89.

¹⁴ C. SUNSTEIN, The partial constitution, Cambridge, Harvard University, 1999.

¹⁵ O. FISS, La ironía de la libertad de expresión, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 12.

¹⁶ Cour Suprême de Justice des Etats-Unis, Arrêt, Abraham c. Etats Unis (1919)

¹⁷ T. PENCH, et P. ROSANVALLON, Paris, La République des Idées, La Nouvelle critique sociale, Seuil /Le Monde, 2006, p.18.

Bien que cette thèse tienne compte de certaines perspectives scientifiques sur la liberté d'expression, son analyse se centrera sur le droit international des droits de l'homme, et plus particulièrement sur ce que signale le système interaméricain dans l'article 13 de la CADH, la doctrine de la Com IDH, la jurisprudence de la Cour IDH ainsi que les rapports de l'Observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH. Dans le système européen, nous tiendrons compte de ce qui est établi dans l'article 10 de la CEDH, et dans la jurisprudence de la Cour EDH et de l'ancienne Com EDH. Cette limitation de la matière d'étude n'empêchera pas l'utilisation d'autres sources nationales comme la jurisprudence de certains tribunaux constitutionnels afin d'apporter du sens au travail réalisé.

Rappelons, comme le signale Lauriane Josende, que : « *La liberté d'expression est un postulat philosophique qui, (...) a permis l'émergence du régime libéral* »¹⁸. Comme nous le verrons, la liberté d'expression est le résultat de la réponse révolutionnaire contre l'État monarchique dans la mesure où son existence est liée à la notion de démocratie qui est apparue au cours du XIXe siècle comme l'élément fondateur des nouvelles républiques et l'emblème distinctif face à l'ancien régime. A ses débuts, cette liberté était encadrée par les différents textes constitutionnels fondateurs des républiques, en Europe comme en Amérique latine.

Au XX^e siècle, la liberté d'expression a entraîné une évolution importante en Europe comme en Amérique pour deux raisons. Tout d'abord avec la création de Tribunaux ou de Cours constitutionnelles qui avaient et ont toujours la fonction de contrôler la constitutionnalité de la loi, ce qui a permis au juge constitutionnel d'interpréter et de réinterpréter constamment la liberté d'expression. Ensuite, l'abondante jurisprudence sur la liberté d'expression de la Cour Suprême de justice des Etats-Unis lui a donné de la portée et a permis de comprendre le caractère dynamique des droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression qui fait partie du premier amendement de la Constitution Américaine et devient le bastion de la démocratie de ce pays,

¹⁸ L. JOSENDE, *Liberté d'expression et démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.414.

élément qui a été repris par les juridictions internationales des droits de l'homme en Amérique comme en Europe.

Avec ces énormes avancées constitutionnelles, à partir de la fin de la seconde guerre mondiale, un processus de codification du droit international a débuté et a conduit à la construction du concept international de la liberté d'expression qui a été introduit dans le texte des instruments internationaux approuvés, certains dans le cadre des organismes régionaux et d'autres dans le cadre des Nations unies. Parmi les textes universels qui l'ont inclus se trouvent la Déclaration Universelle des droits de l'homme et le Pacte International des droits civils et politiques ; en Amérique, la Déclaration Américaine des droits et des devoirs de l'homme, et la Convention Américaine des droits de l'homme ; et en Europe, la Convention Européenne des droits de l'homme sous l'égide du Conseil de l'Europe. Le fondement de l'existence de ces traités fut le soutien démocratique des Etats partie dans ces documents.

Dans ce tableau général, la jurisprudence de la Cour IDH et de la Cour EDH ont établi que « *la liberté d'expression est un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement* »¹⁹. Ces expressions n'ont pas été propres à la jurisprudence mais ont émané de certains doctrinaires, d'organisations non gouvernementales et du droit interne des différents Etats. Nous pouvons déduire de ce qui précède que la liberté d'expression a sa place dans le catalogue des droits de l'homme et son existence se trouve rattachée à la démocratie qui sera étudiée au cours de cette recherche dans la mesure où elle constitue la base essentielle de l'existence d'une marge nationale d'appréciation conforme aux droits de l'homme.

¹⁹ Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume Uni, arrêt du 7 Décembre, 1976, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

En résumé, la notion de liberté d'expression qui sera abordée dans cette thèse se fonde sur l'existence d'un dialogue culturel²⁰ et libre²¹ intégrant deux dimensions dans l'exercice de cette liberté d'expression : celle de la recherche et de la diffusion d'opinions véridiques sur des faits²² ou de jugements de valeur²³. En partant de cette double dimension nous aborderons les limites de la marge d'appréciation de l'État devant cette liberté. Son étude sera normative et jurisprudentielle, du fait que les sources utilisées ne seront autres que la multiplicité de décisions judiciaires tant internes qu'internationales qui ont permis de rendre compte de la portée de cette liberté.

II. Les précisions méthodologiques

Cette seconde partie de l'introduction mettra en évidence la délimitation du champ d'étude de cette thèse, la méthode utilisée, l'intérêt de cette étude pour le droit public en général et pour le droit international des droits de l'homme en particulier, et enfin, nous exposerons le plan qui nous permettra de rendre compte du sujet étudié dans les pages suivantes.

A. La délimitation du champ d'étude et la méthode utilisée

La notion de marge nationale d'appréciation a été abordée dans de multiples domaines de la connaissance comme l'anthropologie ou la sociologie. Elle sera abordée dans cette thèse comme le produit de l'exercice jurisprudentiel de la Cour EDH et de la Cour IDH dont la fonction a été de faire appliquer les droits de l'homme consacrés dans la CEDH et la CADH. Dans ce sens, l'objectif de ce travail est de déterminer les limites de cette marge

²⁰ P. ROSANVALLON, La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance, Paris, Seuil, 2006.

²¹ J. S. MILL, John Stuart, On liberty, New York, Prometheus Books, 1986.

²² Sur la véracité comme limite interne de la liberté d'informer, on notera l'article de R. UPRIMNY, C. BOTERO, J-F. JARAMILLO, La información de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada, in "Libertad de prensa y derechos fundamentales, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 19-20.

²³ L-M. DÍEZ- PICAZO, Sistema de derechos fundamentales, Madrid, Thomson- Civitas, 2003, p. 282.

d'appréciation par rapport à la liberté d'expression. Pour cette raison, les autres droits qui ont été étudiés par les tribunaux des droits de l'homme selon cette doctrine ne seront pas abordés. Des études postérieures sur les limites de la marge nationale d'appréciation pourront prendre en compte cette situation afin de poursuivre le parcours scientifique initié par cette thèse.

La méthode utilisée sera comparative dans la mesure où le système européen comme le système interaméricain seront évalués. Le système africain ne sera pas étudié pour la simple raison qu'il n'existe pas de jurisprudence de la Cour ADH qui permette de réaliser une étude comparative entre les trois systèmes. L'évaluation des deux systèmes n'impliquera pas la réalisation d'une étude sur chaque pays de façon particulière. L'analyse sera effectuée par rapport à la CEDH, la CADH ainsi que la jurisprudence des Cours EDH et IDH. Ces traités et ces décisions jurisprudentielles permettront d'observer les limites intrinsèques et extrinsèques de la marge nationale sur la liberté d'expression.

B. L'intérêt de l'étude

Effectuer une étude sur les limites de la marge nationale d'appréciation, quant à la liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour IDH des droits de l'homme, permet d'approfondir les études de droit comparé qui ont été réalisées sur les systèmes de protection des droits de l'homme. La doctrine de la marge nationale d'appréciation étudiée sur le continent européen n'a pas montré un effort comparable au système interaméricain, ce qui fournit un intérêt tant dans le domaine du droit public en général que dans le droit international des droits de l'homme pour comprendre la façon de concevoir le droit sur les deux continents. Dans ce sens, nous approfondirons la réflexion sur la doctrine de la marge nationale d'appréciation, sur ses limites et sur la liberté d'expression qui sont interprétées et appliquées de façon quotidienne tant par le juge constitutionnel que par le juge international. L'intérêt d'avoir choisi la liberté d'expression vient du fait que c'est sur ce droit que se fonde la société démocratique et la notion de liberté comme le

rappellent les préambules de la CEDH et de la CADH, ainsi que la jurisprudence constante de la Cour EDH et de la Cour IDH. La liberté d'expression est non seulement un droit qui fonde un système juridique mais également une façon de comprendre notre monde.

C. Le plan de la thèse

Cette thèse essaiera de répondre à plusieurs interrogations sur la doctrine de la marge nationale d'appréciation devant la liberté d'expression. Il s'agit tout d'abord de déterminer son propre contenu afin de définir ses limites. Ce travail sera effectué sur les éléments de l'État et l'existence d'une société démocratique (I). En conséquence, ses limites intrinsèques seront abordées par le biais de son analyse devant la liberté d'expression (II). Ces limites sont définies par la Convention européenne ainsi que par la Convention américaine des droits de l'homme. Ces traités font partie du droit interne quand ils sont ratifiés par les Etats respectifs.

Nous aborderons dans la seconde partie de la thèse les limites extrinsèques –*les conditionnements formels et matériels*-, qui proviennent de l'existence d'une action internationale effectuée par les personnes touchées par la violation d'un droit. Ces dernières seront réunies autour du principe de proportionnalité (I). Dans le second titre de la thèse nous effectuerons une analyse comparée de la jurisprudence de la Cour EDH ainsi que de la Cour IDH ce qui permettra de constater les limites matérielles dans l'action des Cours (II). Afin d'expliquer le plan de cette seconde partie de la thèse, nous aborderons de façon préliminaire le principe de subsidiarité qui sous-tend l'existence des conditionnements appartenant à l'État, et qui limitent par conséquent sa marge d'appréciation quant à l'interprétation et l'application des droits de l'homme. Cela explique la façon de structurer la seconde partie de cette thèse de doctorat.

En résumé, cette thèse tente d'apporter une réponse à la question de savoir si la doctrine de la marge nationale d'appréciation a une incidence sur

l'exercice d'interprétation des droits de l'homme, en particulier ce qui concerne de la liberté d'expression. En second lieu, nous chercherons à expliquer et à rationaliser les limites de cette marge nationale d'appréciation. Ces deux hypothèses maintenant posées, nous continuerons avec une problématique qui part du postulat que la marge nationale d'appréciation est une notion ambiguë et sans contenu qui a été introduite dans le domaine jurisprudentiel pour maintenir un équilibre politique entre le droit interne et le droit international.

PREMIERE PARTIE : La marge nationale d'appréciation et ses limites intrinsèques face à la liberté d'expression

Dans le premier titre de la première partie, nous aborderons la notion de marge nationale d'appréciation et ses principales composantes internes - *existence d'un État de droit et existence de la démocratie*-, pour que son application par l'État soit compatible avec l'ensemble des normes internationales des droits de l'homme.

La mise en évidence de cette existence permettra d'aborder la façon de comprendre les limites intrinsèques de cette marge d'appréciation par rapport au type de droit en cause et au type de contexte dans lequel la violation des droits de l'homme s'est présentée. Ce sujet conduira à situer les débats autour de l'universalisme, du pluralisme et de la globalisation des droits de l'homme en démontrant que la marge nationale d'appréciation se défend constamment face à ces postures théoriques.

Dans le second titre, nous aborderons les limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation par rapport à la liberté d'expression. Cela nous permettra d'approfondir son concept et d'invoquer les limites imposées à l'État à partir des descriptions normatives de la liberté d'expression consacrées dans l'article 10 et 13 de la CEDH et de la CADH.

TITRE I : La marge nationale d'appréciation et ses limites internes

L'existence d'une marge nationale d'appréciation est un élément naturel pour un État. Elle est la conséquence de sa fonction d'organisation de la vie sociale par le biais des missions qu'il distribue aux différentes branches du pouvoir politique. Un État dans lequel il n'y a pas de système démocratique, où les droits fondamentaux des personnes ne sont pas respectés, où les juges ne sont pas soumis à une loi interne existante, établie par un organe législatif n'est pas en mesure d'administrer une justice de qualité. Contrario sensu, un État démocratique qui respecte les droits fondamentaux, dont la branche judiciaire est soumise à la loi et où le principe de souveraineté s'applique, est respectueux des droits de la personne.

Cette partie abordera la notion de la marge nationale d'appréciation selon le droit international des droits de l'homme. Nous clarifierons ensuite la question de l'élargissement et de la restriction de la marge nationale d'appréciation et nous démontrerons pourquoi l'universalisme dans le droit international des droits de l'homme n'est pas contraire à la marge nationale d'appréciation et, soit dit en passant, au relativisme.

Chapitre I : La marge nationale d'appréciation et sa construction dans le cadre des systèmes européen et américain des droits de l'homme

Ce chapitre développera la notion de marge nationale d'appréciation ainsi que ses différentes composantes. A partir de là, il sera possible de déterminer l'articulation entre le droit interne et le droit international. Cette relation permettra d'établir où se situe l'Etat face à cette doctrine qui lui reconnaît la faculté de résoudre au préalable les affaires de droits de l'homme qui lui sont soumises.

On approfondira ensuite le débat entre la diversité et l'unité autour de cette doctrine, ce qui permettra de déterminer les limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation.

Section I : La place et la notion de marge nationale d'appréciation

La notion de marge d'appréciation n'a pas été abordée par la doctrine et par la jurisprudence avec l'importance qu'elle devrait avoir. La symbiose qui existe entre le droit international des droits de l'homme et le droit interne permet de trouver des liens entre les deux espaces juridiques. Nous aborderons dans ce sens la notion de marge nationale d'appréciation et ses composantes. Il s'agira pour nous de contribuer à rationaliser la marge d'appréciation, au regard de la relation entre l'État et les juges internationaux des droits de l'homme.

§ 1 : L'articulation de la marge nationale d'appréciation entre le droit interne et le droit international

La doctrine de la marge d'appréciation dans le domaine du droit international des droits de l'homme vise à faire comprendre la particularité de l'action judiciaire internationale, qui ne peut s'appuyer sur des conceptions absolutistes face aux droits de l'homme. Les régimes établis peuvent faire l'objet de multiples interprétations, en particulier en ce qui concerne la liberté d'expression. Nous allons étudier cette doctrine en cernant la notion, son origine, et sa portée dans le domaine des droits de l'homme.

La notion de marge d'appréciation peut être définie comme le champ d'action et d'interprétation des droits fondamentaux laissé aux autorités souveraines de l'Etat et aux juges internationaux. Ce champ n'est pas illimité, mais se trouve au contraire encadré par un domaine de protection dudit droit. Arai Takahashi, le définit à son tour comme « *la possibilité pour le gouvernement d'évaluer des situations pratiques et, en même temps, d'appliquer des dispositions inscrites dans les traités internationaux relatifs aux droits de*

l'homme »²⁴. À cet égard, Mahoney pense que la doctrine peut être vue « *comme le résultat naturel entre la diffusion et l'application standardisée des valeurs de la Convention* ». Pour lui, « *la doctrine sert à prendre en compte des questions culturelles et sociales dans une société donnée* »²⁵. Kastanas, pour sa part, la définit ainsi : « *Concept à géométrie variable, dont les contours sont définis par la jurisprudence, qui permet aux organes de Strasbourg d'accorder un brevet de conventionalité à l'appréciation de la légalité interne par les autorités étatiques et aux mesures prises par les États pour concrétiser, restreindre les libertés garanties par la CEDH, ou y déroger* »²⁶. Enfin Callewaert, considère quant à lui cette notion comme étant celle qui « *laisse, en effet, aux autorités nationales le soin d'apprécier la nécessité et l'ampleur de certaines ingérences dans des libertés consacrées par la C.E.D.H*²⁷ ».

La Cour Européenne des droits de l'homme (dorénavant Cour EDH), l'a défini comme « *la marge de manœuvre qui doit être laissée à l'État quand surviennent des circonstances d'urgence publique qui menacent la vie de la nation et qui impliquent la suspension de droits consacrés par la Convention Européenne* »²⁸. Dans l'affaire linguistique belge, la Cour a indiqué qu'il existe des aspects de la vie sociale où « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention*²⁹ ».

De son côté, la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (dorénavant Cour IDH), ne l'a pas expressément défini ni expressément signalé dans ses

²⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 2.

²⁵ P. MAHONEY, « *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights*, 1990, p.1.

²⁶ E. KASTANAS, *Unité et diversité : Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p.16.

²⁷ J. CALLEWAERT, *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : La dimension substantielle*, dans « *L'Europe de la subsidiarité* », Bruxelles, Bruylant, 2000, p.52.

²⁸ Cour EDH, *Affaire Ireland c Royaume Uni*, arrêt du 25 janvier 1976 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²⁹ Cour EDH, *Affaire relatif à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique*, arrêt du 23 juillet, 1968 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

décisions. Cependant, on observe dans la pratique jurisprudentielle que le tribunal utilise les tests de proportionnalité, en reconnaissant une marge d'appréciation à l'État. Ainsi par exemple dans le cas Perozo contre le Venezuela, où le tribunal interaméricain a établi la responsabilité internationale de l'État pour avoir violé l'article 13 concernant la liberté d'expression, la marge d'appréciation de l'État a été reconnue, en raison des limites établies par la CADH. Dans ce sens, la Cour IDH a indiqué que : « *La liberté d'expression, particulièrement dans des cas d'intérêt public, est une clef de voûte de l'existence même d'une société démocratique* »³⁰. *Il faut non seulement garantir le respect de la diffusion d'information ou d'idées qui sont favorablement reçues ou considérées inoffensives ou sans importance, mais également celles qui sont ingrates envers l'État ou tout autre secteur de la population. Voici les attentes du pluralisme, qui implique de la tolérance et un esprit d'ouverture, sans lesquels une société démocratique n'existe pas. N'importe quelle condition, restriction ou sanction dans ce domaine doit être proportionnelle au but légitime recherché. Malgré tout, la liberté d'expression n'est pas un droit absolu et peut être soumise à des restrictions* »³¹.

A ce sujet, le tribunal expose les limites de l'État quant à la liberté d'expression, en laissant une marge de manœuvre pour que l'État puisse avoir une vision propre -marge d'appréciation- dans les limites strictes fixées par la Cour. Cette position met en évidence la façon dont est reconnue la marge nationale d'appréciation par la Cour IDH.

De la même façon que les approches théoriques et jurisprudentielles signalées les rejoignent, la doctrine de la marge d'appréciation présente une véritable tension herméneutique entre les lois du pays, les traités internationaux et les décisions prises par la Cour EDH et la Cour IDH. Cette

³⁰ Cour IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 et 29 Convención Americana sobre Derechos de l'Homme). AC-5/85 du 13 novembre 1985, § 70. Voir également l'affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 2 juillet 2004, § 112; l'affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 31 août de 2004. § 82; l'affaire Kimel c. Argentina, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 2 mai, 2008 § 87 et 88 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³¹ Cour IDH, Affaire Perozo et autres c Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparation du 28 janvier 2009, § 116, l'affaire Palamara Iribarne c. Chile. Fond, Réparations et dépends, arrêt du 22 novembre 2005, § 79 in <http://www.corteidh.or.cr/>

tension est alimentée par la construction de marges d'interprétations issues de différents cercles juridictionnels qui s'alimentent, à leur tour, de notions générales comme le bien commun, l'ordre public ou la sécurité nationale, élaborées par le juge international où le juge du pays selon le problème juridique posé.

L'origine de la notion de marge d'appréciation est apparue dans le cadre du droit administratif français³² dans lequel se trouve l'idée de pouvoir discrétionnaire de l'administration propre du droit administratif. Ultérieurement la notion fut reprise par le droit constitutionnel et le droit international des droits de l'homme.

Elle a une double dimension. La première est de caractère fonctionnel et renvoie aux branches des pouvoirs publics constitutionnels de l'Etat au sein desquelles la fonction « d'administrer la justice » se structure. La deuxième est de caractère processuel car au moment de construire des systèmes internationaux de droits de l'homme, des principes de droit constitutionnel ont été pris en compte pour leur fondation. Dans cet ordre d'idées, une corrélation constante a dû être établie entre le droit international et le droit du pays³³.

Ainsi, la notion de marge d'appréciation ou de marge d'action³⁴ a été utilisée par la justice administrative et constitutionnelle, afin de rendre compte des niveaux d'interprétation laissés aux instances de l'État quant au contenu des droits fondamentaux. Les limites extrêmes de cette représentation se situent dans le pouvoir de l'État face à des circonstances exceptionnelles comme la guerre ou les urgences de caractère interne. Dans ce cas les limites d'interprétation de l'État s'étendent, et l'application des droits peut tendre à se réduire. Sur le plan international –*que ce soit la CADH ou la CEDH*– des

³² Voir Y. ARAI-TAKAHASHI, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, o.p cit. p. 2 et voir J. GARCÍA ROCA, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos, Madrid, Thompson Reuters, 2010, p. 108.

³³ Un exemple de cette corrélation se matérialise par l'inclusion de chapitres de droits fondamentaux dans les Constitutions des États coïncidant avec les droits de l'homme tels qu'ils ont été reçus dans la CADH et la CEDH.

³⁴ Expression utilisée par le juriste allemand R. ALEXI dans son texte « Teoría de los derechos fundamentales », CECM, Centre d'Études Constitutionnelles de Madrid, 1993.

clauses limitatives générales des droits de l'homme ont été établies, et de la même façon, des domaines de restriction de leur exercice ont été créés, quand les fondements de l'État ayant signé ou ratifié le traité sont mis en danger. Comme nous pouvons l'observer, les limitations des droits de l'homme sur le plan international ou interne, se fondent sur la protection de l'État.

Pour aborder cette question, il est pertinent de se référer au droit romain qui a utilisé l'institution de la dictature³⁵ pour faire face à des crises institutionnelles et, par conséquent, étendre les marges d'appréciation sur les droits des citoyens. Pour justifier l'action limitative, la République romaine a créé la figure de la « *Raison d'État* » que l'on retrouve dans l'ouvrage du juriste romain Tacite³⁶ qui la définit à partir de la notion d' « *Arcana Imperio* » où l'État garde la possibilité de décider sur les affaires publiques, sans tenir compte de l'obligation d'en informer ses habitants. Cette figure a ensuite été reprise par Machiavel³⁷ qui considère que sous la dictature : « ...le dictateur peut prendre toutes les mesures qu'il juge bonnes sans être assujéti à l'intervention consultative ou délibérative d'une autre instance et décider des peines, qui ont immédiatement l'autorité de la chose jugée »³⁸.

L'État constitutionnel moderne prend cette notion de *–raison d'État³⁹–* et l'adapte à ses besoins selon le juriste allemand Carl Schmitt qui l'explique à partir de deux notions. La première « *arcana imperio* » et la deuxième « *arcana dominationis* ». La première définit « *le rapport de force existant de*

³⁵ Sur ce point, le juriste allemand, Carl Schmitt a souligné : « *la dictature est une sage invention de la république romaine ; le dictateur est un magistrat romain extraordinaire qui a été établi après l'expulsion des rois afin qu'existe un puissant imperium pendant les périodes de péril, qui ne soit pas entravé, comme c'était le cas de l'autorité des consuls, par la collégialité, le droit de veto des tribuns de la plèbe et la provocatio ad populum (l'appel au peuple). Le dictateur, qui est désigné par le consul, sur requête du Sénat, a pour mission de mettre fin à la situation périlleuse qui est la raison de sa nomination, soit en menant une guerre (dictature rei gerendae), soit en réprimant une sédition interne (dictature seditionis sedandae)* » C. SCHMITT, La dictature, Paris, Seuil, 2000, p.23 ».

³⁶ TACITE, Annales, I, VI, 3 in <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/tac/AnnI.html>.

³⁷ MACHIAVEL, Le Prince, Folio Classique. p. 137 et 153 et citée par C. SCHMITT, La dictature, Paris, Seuil, 2000,

³⁸ Ibid., p.26.

³⁹ F. OST souligne que la raison d'État ne désarme jamais et il pourrait bien arriver qu'entraînée par le pragmatisme de sa jurisprudence relative à la pesée des intérêts, au principe de proportionnalité et à la marge nationale d'appréciation, la Cour Européenne de droits de l'homme s'accommode aussi d'atteintes portées à ces droits dits pourtant intangibles dans, Le Temps du droit, Paris, Editions Odile Jacob, 1999, p.95.

facto en temps normal », alors que la deuxième, « se réfère à la protection et à la défense de ceux dont le pouvoir est mis en péril par des événements extraordinaires, rébellions ou révolutions, et aux moyens permettant d’y faire face »⁴⁰.

Est ici consacrée la thèse selon laquelle les limites renvoyant à la marge d’appréciation sont en relation directe avec la marge de manœuvre laissée à l’État pour affronter des circonstances exceptionnelles. Ceci peut être illustré par deux exemples, en droit colombien et en droit français. Dans le cas colombien, l’article 213 de la Constitution de 1991 établit la possibilité de légiférer de façon extraordinaire en cas de guerre, de trouble interne, de crise économique et sociale ou de catastrophes écologiques, de façon limitée⁴¹. Dans le cas français, cette faculté apparaît dans l’article 16 de la Constitution de 1958 qui permet au Président de la République de prendre des mesures devant l’existence de menaces graves et imminentes contre l’État⁴². Ces hypothèses coïncident avec celles établies dans la CADH –article 27– et la

⁴⁰ C. SCHMITT, *La dictature*, op.cit., p.34

⁴¹ L’article 213 de la Constitution de la Colombie -1991- dispose : Le Président de la République, avec la signature de tous les ministres, pourra déclarer l’État de Guerre Extérieure. Par cette déclaration, le Gouvernement aura les facultés strictement nécessaires pour repousser l’agression, défendre la souveraineté, faire face aux besoins de la guerre, et revenir à la normalité. La déclaration de l’État de Guerre Extérieure ne sera effective que lorsque le Sénat aura autorisé la déclaration de guerre, sauf si selon l’appréciation du Président il se révèle nécessaire de repousser l’agression. Tant que l’État de Guerre se maintient, le Congrès se réunira en possession de toutes ses attributions constitutionnelles, et le Gouvernement l’informerait spontanément et de façon périodique des décrets qu’il aura édicté et sur l’évolution des événements. Les décrets édictés par le Gouvernement suspendant les lois incompatibles avec l’État de Guerre, seront en vigueur pendant la durée qu’ils auront eux même déterminée et ne seront plus en vigueur dès que le retour à la normale sera déclaré. Le Congrès pourra, à tout moment, les réformer ou les abroger à la majorité des deux tiers des membres de l’une ou l’autre chambre.

⁴² L’article 16 de la Constitution française de 1958 affirme : Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L’Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d’exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l’Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d’examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d’exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. Disposition modifiée issue de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République).

CEDH –article 15– qui déclinent des catalogues de droits pouvant être suspendus quand des circonstances exceptionnelles sont vérifiées, une discussion s’ensuit sur la limitation des droits entre la position du juge du pays, et celle du juge international, au nom de la « *marge d’appréciation* »⁴³.

En résumé, la notion de marge d’appréciation appliquée par le juge international et le juge national est la reconnaissance d’une capacité des deux juridictions à interpréter les droits de l’homme⁴⁴. En résumé et selon Mackay, c’est une façon de réconcilier l’application effective des Conventions avec les pouvoirs souverains et avec les responsabilités d’un gouvernement dans une démocratie⁴⁵. La notion de « raison d’État », qui permet à l’État de suspendre et de restreindre les droits fondamentaux doit être compensée par des contrepoids. Un contrôle de ces limites est effectué par les juridictions régionales des droits de l’homme qui les rationalisent par des interprétations extensives des droits fondamentaux en s’appuyant sur la théorie de la proportionnalité, et par les stipulations tant de la CADH que de la CEDH. L’apparition de ces juridictions a retiré à l’État son pouvoir de définition du contenu des droits fondamentaux et a transféré un important pouvoir aux juridictions régionales des droits de l’homme, leur permettant d’imposer leurs interprétations des droits aux États parties.

§ 2 : La construction de la marge nationale d’appréciation dans le respect du droit international des droits de l’homme

A) L’existence de l’État de Droit

⁴³ Sur ce sujet voir notamment A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, *RTDH*, 1995, p. 567.

⁴⁴ Il faut prendre note du paradoxe qui existe sur l’imbrication inextricable entre le droit interne et le droit International au sujet des droits de l’homme et des différentes postures prises par les juges dans chaque juridiction pour leur protection. Leur formulation coïncide mais pas leur portée dans de nombreux cas.

⁴⁵ L. MACKAY OF CLASHFERN « The margin of appreciation and the need for balance, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 840

Dans le cadre du droit international des droits de l'homme, l'existence de l'État est une condition préalable au processus d'acceptation et de signature de n'importe quel traité. On comprend ainsi que c'est l'État, de par son existence, qui s'oblige au respect des obligations qui résultent d'un traité. Le préambule de la Convention de Vienne de 1969 établit que ce sont les États qui s'obligent à les respecter. Il reste que dans le cadre du droit international des droits de l'homme, la référence aux droits fondamentaux s'ajoute à la notion d'État, pour doter son système juridique d'une unité et d'une cohérence. Nous envisageons donc successivement la Nation, comme composante essentielle de l'État de Droit, et la Souveraineté, en débat entre la territorialité et la non territorialité du droit. Nous verrons tout d'abord comment la nation est conçue du point de vue théorique en référence à diverses disciplines et au sein de l'État comme un élément essentiel de sa composition, en mettant l'accent sur le fait que son existence est essentielle pour concevoir une marge d'appréciation conforme aux standards internationaux des droits de l'homme. Nous présenterons ensuite la souveraineté comme une composante de l'État de Droit associée à la notion de territoire, siège de la juridiction nationale, ainsi que la détermination de la compétence des États sur ce territoire sur le plan international.

1) L'État: présupposé fondamental de la cohérence du système juridique

La complexité de la notion d'État réside dans le fait qu'elle a été traitée par la doctrine à partir de plusieurs points de vue. Afin de préciser le sens de ce concept que nous retiendrons, ils seront expliqués séparément. Nous ferons ressortir la problématique au travers de références à une doctrine multidisciplinaire. Si les juristes ont amplement défini et expliqué l'État. La nation et le territoire ont été développés par des historiens et des sociologues.

Il existe de multiples conceptions de l'État. Nous en retiendrons trois. Kelsen, pour sa part, le définit comme « *un ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatiale et temporelle, soumis immédiatement au droit international, et généralement efficace dans*

*l'ensemble*⁴⁶ ». Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, par exemple, considèrent que l'État « est un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé et sur lequel s'exerce une autorité politique exclusive »⁴⁷.

Gellner, quant à lui, nous donne le référent théorique pour aborder le concept d'État. C'est ainsi qu'il reprend la définition de Weber dans le sens où il le conçoit comme l'agent qui détient le monopole de la violence légitime dans la société⁴⁸. Pour l'auteur, l'État représente la spécialisation et la concentration du maintien de l'ordre. L'État « *est cette institution ou ensemble d'institutions spécifiquement mises en relations pour conserver l'ordre. L'État existe où des agents spécialisés dans cette conservation existent, comme la police et les tribunaux* »⁴⁹.

Pour Gicquel, l'État contient trois éléments qui permettent sa définition : la population, le territoire et l'autorité politique construite par le constituant primaire qui la détermine. Gellner le définit en s'appuyant sur la dernière de ces dimensions, l'existence d'une autorité politique qui se matérialise par l'intermédiaire d'un appareil institutionnel contenant une division tridimensionnelle du pouvoir public, qui à son tour, est en relation avec l'appareil judiciaire. Kelsen adhère à cette dernière opinion en le limitant à un ordre juridique, c'est-à-dire à l'existence d'un droit positif créé par l'État. Ces définitions combinent 3 types de caractères : (i) personnel; (ii) matériel et (iii) formel. Le premier renvoie à la nation; le second, au territoire; et le troisième, à la souveraineté.

Sur la nation, les constitutionnalistes se sont divisés sur l'origine ; cependant, le débat s'est articulé autour de deux thèses : (i) l'une objective et (ii) l'autre subjective. La première a été soutenue par Thiesse qui a considéré la nation comme le résultat d'éléments objectifs, tels que la géographie, la langue, la

⁴⁶ H. KELSEN, *Théorie Pure du droit*, Bruylant, 1999, p. 362

⁴⁷ J. GICQUEL et J-E, GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e Edition, Domat droit public, 2008, p.54.

⁴⁸ M.WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1922.

⁴⁹ E. GELLNER, *Naciones y Nacionalismos*, Buenos Aires, Alianza, 1993, pp. 16-17.

religion, l'idéologie et la race⁵⁰. La thèse subjective défendue par Renan⁵¹, part d'éléments immatériels tels que l'esprit d'un peuple et le besoin de vivre en communauté. En termes modernes, l'idée de nation implique que cette communauté soit liée par la citoyenneté⁵².

L'historien anglais Eric Hobsbawm⁵³ présente trois critères qui définissent la nation : (i) une association historique avec un État qui existait à ce moment-là ou un État avec un passé suffisamment long et récent ; (ii) l'existence d'une ancienne élite culturelle, détentrice d'une langue vernaculaire littéraire, administrative nationale et écrite et (iii) une capacité de conquête prouvée.

Benedict Anderson définit la Nation comme « une communauté politiquement imaginée⁵⁴ et de ce fait limitée et souveraine »⁵⁵. Cette définition est pleine de sens du fait qu'elle englobe une construction de la communauté autour de certaines traditions qui sont définies par le développement social de chacun des peuples. En replaçant cette définition dans son contexte, Anderson signale que c'est une communauté imaginée car : « même les membres de la plus petite Nation ne connaîtront jamais la plupart de leurs compatriotes, ils ne les verront pas et n'entendront même pas parler d'eux ». Elle est limitée puisqu'elle a des frontières, en effet, au-delà de ses limites se trouvent d'autres nations. On y retrouve le concept de souveraineté qui est dual : politique et juridique. Le concept de souveraineté a été défini par la doctrine spécialisée comme un élément propre de l'État, du fait que les États sont des organisations territoriales qui exercent un contrôle dans le cadre de leurs territoires respectifs, à l'exception des pouvoirs des autres organismes

⁵⁰ A-M THIESSE, Les identités nationales : un paradigme transnational, dans « Repenser le nationalisme, Sous la direction de Alain Dieckhoff et Christophe Jaffrelot, Paris, Sciences Po, 2006, p. 193-226

⁵¹ E. RENAN, Qu'est-ce qu'une nation? Paris, P. Bordas et fils, 1991.

⁵² P. BRAUD, Sociologie Politique, 9e édition, L.G.D.J, 2008, p.152.

⁵³ E. HOBSBAWM, Nations et Nationalisme depuis 1780, Barcelona, E. Crítica, 1990, p. 46-47.

⁵⁴ Au sujet de l'expression imaginée, Benedict Anderson a été fortement critiquée par le sociologue Sydney Tarrow dans son texte "El poder en movimiento, los movimientos sociales, la acción colectiva y la política". L'auteur manifeste dans son texte qu'en plus d'être imaginées, les communautés doivent être invisibles, car Anderson est guidé par un structuralisme fort "*le terme évocateur de communautés imaginées pourrait conduire un lecteur non averti à conclure que l'imagination crée des communautés nationales*".

⁵⁵ B. ANDERSON, Comunidades Imaginadas, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 23-24.

souverains⁵⁶. De la même façon, Anderson conçoit la Nation comme une communauté car « au-delà de l'inégalité et de l'exploitation, la nation se conçoit toujours comme une camaraderie profonde et horizontale »⁵⁷. Si l'on regarde avec attention ce qu'a écrit Anderson, on constate que sa définition réunit les éléments qui définissent l'État, en ce qui concerne les limites qui définissent le cadre territorial de l'État, et qui permettent de posséder un contrôle souverain d'une communauté sur une autre.

Gellner rejoint la proposition d'Anderson, quand il indique que la communauté est imaginée et construite. La référence sociologique de Gellner et celle culturelle d'Anderson les différencient. Ainsi, Gellner « (...) *laisse entendre qu'il existe de véritables communautés qui peuvent se juxtaposer de façon favorable aux nations* »⁵⁸. Quant à la nation, Gellner la définit comme une construction des convictions, des fidélités et des solidarités entre les hommes. Ces deux positions, celle d'Anderson qui conçoit la nation en tant que communauté imaginée et celle de Gellner en tant qu'instrument, processus de génie social ou construction, conduisent à rechercher une définition intermédiaire. Par conséquent, nous devons appréhender la nation dans sa fonction subjective comme construction inventée, dans laquelle des identités objectives s'expriment comme la langue, les croyances, etc., et qui, grâce au contrôle du territoire et du pouvoir, construisent leurs identités.

La seconde composante, le territoire, comme la nation, est un élément essentiel de l'État. Il est circonscrit par les limites terrestres, aériennes et maritimes. Du point de vue de sa responsabilité nationale ou internationale, l'État encourt une responsabilité du fait de préjudices nés à l'intérieur de ses frontières, c'est-à-dire, sur son territoire. Les limites terrestres sont déterminées par une formule dont l'apport provient du droit international américain : l'*uti possidetis juris*⁵⁹, qui signifie « comme vous avez possédé,

⁵⁶ A. REMIRO BRETONS, R. RIQUELME, J. DÍEZ, L. PEREZ y E. ORIHUELA, *Derecho Internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, p. 76.

⁵⁷ B. ANDERSON, *Comunidades Imaginadas*, op.cit. p. 25

⁵⁸ *Ibid.*, p. 23-24.

⁵⁹ Sur ce concept voir les ouvrages suivants: A. ÁLVAREZ, *Le droit International Américain*, Paris, 1910, p.65, B. CHECA DROUET, *La doctrina americana del Uti possidetis de 1810*, Lima, 1936,

vous continuerez à posséder »⁶⁰. Du point de vue juridique il est défini comme une norme généralement acceptée pour la démarcation des frontières⁶¹. Cela signifie que lorsqu'un État change de forme, de gouvernement, ou se libère d'une occupation, il conserve le territoire qu'avait au préalable l'occupant. Ce principe du droit romain qui selon Jésus Maria Yepes « signifie que les nouvelles républiques, du fait qu'elles possédaient un territoire déterminé au moment de leur émancipation, avaient également le droit de continuer à posséder le même territoire »⁶².

Enfin, la dernière caractéristique de l'État, « la souveraineté », est le fondement de sa structure. Le français Jean Bodin a conçu la souveraineté comme la *summa potestas*, c'est-à-dire, l'autorité suprême au sein du royaume⁶³. Cette définition liant la souveraineté à l'absolutisme étatique a été reformulée au moment de la Révolution et de la construction de la République dans le sens d'une souveraineté populaire.

Dans le cas de l'Amérique latine cette notion de souveraineté a été défendue avec acharnement par le juriste chilien Alejandro Alvarez et le colombien Jesús Maria Yepes qui ont animé la construction du panaméricanisme à la fin du XIX^e siècle jusqu'au milieu du XX^e siècle. Il est nécessaire d'indiquer que la défense de la souveraineté s'est conjuguée avec la construction du principe de « non intervention ». Selon Yepes ce principe se compose de « l'interdiction de l'intervention d'un État dans les affaires d'un autre, qui est l'une des pierres angulaires du droit des individus en Amérique ». Entre parenthèse, nous croyons utile de dire que le concept de la non-intervention est l'un des traits qui caractérisent et différencient le plus profondément la

p.39 et J-M YEPES, Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954, Caracas, Academia Nacional de Historia, 1955, p.167.

⁶⁰ T. ALVARADO GARAICOA, Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano, Quito, 1951. pp.252 et 253.

⁶¹ Du point de vue de la codification internationale, ce principe a été inclus dans l'article 7 du Traité de Lima de 1848. La norme prévoit : «*Les républiques confédérées déclarent avoir parfaitement le droit de conserver les limites de leurs territoires comme ils existaient au moment de l'indépendance de l'Espagne, ceux des Vice-royaumes respectifs, des Capitaineries Générales, ou présidences qui divisaient l'Amérique Espagnole (...)*».

⁶² J.M YEPES, Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954, Caracas, Academia Nacional de Historia Venezolana, 1955, p.167.

⁶³ J. BODIN, Les six livres de la République, (1568), 6 Vols. Corpus des œuvres de philosophie en langue française, Paris, Fayard, 1986.

mentalité juridique américaine⁶⁴. C'est ainsi que la souveraineté comme élément de l'État a été liée en Amérique latine au principe de « non intervention » qui a ensuite été codifié par l'Organisation des Nations Unies dans l'article 2.4 de la charte⁶⁵.

La Constitution de l'État est une condition nécessaire pour qu'une marge nationale d'appréciation existe. L'État, comme nous l'avons exposé, doit contenir les éléments matériels du territoire et de la souveraineté et doit concevoir le caractère national du point de vue subjectif. Une fois les éléments constitutifs de l'État réunis, il est possible de dire qu'une décision de l'État est conforme aux traités régionaux des droits de l'homme et à la jurisprudence des cours régionales.

2) La justice: composante de l'État de droit et de la marge nationale d'appréciation

La structuration d'un État implique un système harmonieux de normes et de compétences qui signe son institutionnalisation. Pour cette raison, la justice qui émane de ce système ordonné et harmonieux joue un rôle important dans la construction d'une marge nationale d'appréciation. La justice, comme cela a été le cas pour l'État, est une notion très controversée dans la doctrine. En principe, la justice est le résultat de la prévalence d'un ordre général qui doit tendre vers le respect et la garantie des droits des citoyens.

La justice est une condition déterminante pour définir l'État et la Nation selon les théoriciens précédemment cités ; elle s'affirme dans le cadre de la répartition tripartite des pouvoirs. Sa relation avec la Nation permet d'inclure le citoyen dans un projet commun représenté par de multiples topiques, où l'on retrouve ceux de l'égalité, la liberté et la solidarité.

⁶⁴ J.M YEPES, Le Panaméricanisme du point de vue historique, juridique et politique, Paris, Éditions internationales, 1936, pp.136-137.

⁶⁵ L'article 2.4. indique que: Les Membres de l'Organisation, dans leurs relations internationales, s'abstiendront d'utiliser la menace ou l'usage de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, ou tout autre forme qui soit incompatible avec les objectifs des Nations unies, la charte des Nations unies, adoptée le 26 juin 1945.

Ulpiano affirme : « La justice, c'est donner à chacun ce qui lui correspond ». Cicéron l'a défini comme l'habitude de l'âme, respectée dans l'intérêt commun, et qui donne sa dignité à chacun⁶⁶; Saint-Thomas comme « l'habitude selon laquelle, avec une volonté constante et perpétuelle, le droit est reconnu à chacun »⁶⁷. Ces définitions délimitent la justice d'un point de vue subjectif, c'est-à-dire, celle qui est déterminée pour un être humain. Par ailleurs, la justice dans un sens objectif, représente la proportionnalité des actes des hommes parmi les autres. La justice subjective repose sur celle objective. C'est la mieux établie dans la doctrine juridique. Dans sa « Théorie générale de la politique », Bobbio, en montrant la relation entre la justice et l'ordre, a montré que depuis Platon, « *la justice en tant que vertu préside la constitution d'une totalité composée de parties, et en tant que telle, permet aux parties d'être ensemble, de partager, de ne pas se dissoudre pour retomber dans le chaos originel, et par conséquent, de constituer un ordre* ». La justice en tant que vertu est en étroite relation avec la valeur de l'entente⁶⁸. Kant et Radbruch ont considéré que l'égalité était la justice. Ce dernier a déclaré que la justice (égalité), la finalité et la sécurité juridique sont « trois facettes de l'idée de droit » qui dominent le droit dans tous ses aspects et dont les contradictions ne peuvent être comprises comme antinomiques mais plutôt comme « un conflit de la justice avec elle-même »⁶⁹.

Ainsi, le principe d'égalité signifie que l'égal doit être traité de façon égale et l'inégal, analogiquement, de façon inégale. L'égalité est une abstraction de l'inégalité⁷⁰. Cette valeur a été divisée par Aristote en justice commutative et distributive. La première régle les relations entre toutes les personnes. Le principe fondamental doit être celui d'égalité des prestations réciproques⁷¹. C'est la justice des inégaux par nature. La seconde, la justice distributive est en relation avec la distribution de bénéfices possédés par l'État, pour les

⁶⁶ CICÉRON, "República", III, 22, comentario de Antonio Pérez García, Madrid, Imprenta de Repulles, 1848.

⁶⁷ SANTO TOMAS DE AQUINO, "Summa Teológica", II-II, c, 58, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2002.

⁶⁸ N. BOBBIO, "Teoría General de la Política", Madrid, Editorial Trotta, Pp. 344-345, 2003.

⁶⁹ F. BARBOSA DELGADO, J R BOHÓRQUEZ et C-C FONNEGRA, Ética Pública: Cómo promover una cultura de legalidad, Bogotá, Conciencia, 2004, p. 26,

⁷⁰ N. BOBBIO, Norberto, Teoría General de la Política, op.cit., p.295

⁷¹ R. NOGUERA, Introducción General al Derecho, Vol. I, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996, p.134.

particuliers. C'est un rapport de la proportionnalité qui caractérise cette justice. Selon Kaufman c'est la première forme de justice, car la justice commutative relevant du droit privé suppose un acte public de la justice distributive, par exemple, la concession d'un statut déterminé⁷². Il s'agit de l'égalité proportionnelle dans le traitement des personnes, dans la répartition de droits et de devoirs, dans le principe de *suum cuique tribuere*.

La justice légale établie par Saint-Thomas envisage l'obligation des sujets membres d'une société de procurer le bien commun. En outre, comme le rappelle Bobbio⁷³, pour Aristote le juste possède deux sens. Pour l'un d'eux, la conformité au droit ou la légalité, l'injuste signifie alors le non respect de la loi ou à l'illégalité.

En ce qui concerne le rendu de la justice, Rawls déclare : « (...) les actions exigées et interdites par les normes légales doivent être de telle sorte qu'il est raisonnable d'attendre que les hommes les respectent et les évitent. *Un système qui s'adresse à des personnes rationnelles pour organiser leur conduite se concentre sur ce qu'elles peuvent faire ou non. Ce système ne doit pas imposer de faire ce qui ne peut l'être. Deuxièmement, la notion que le devoir implique du pouvoir, suppose l'idée que ceux qui promeuvent les lois et donnent des ordres le font de bonne foi. Les juges, les législateurs et d'autres fonctionnaires publics du système doivent être convaincus que les lois peuvent être respectées et que tout ordre donné peut être exécuté* »⁷⁴.

Dans ce sens il affirme : « (...) *Le règne de la loi implique également le concept que des cas similaires doivent être traités de façon similaire. (...) le précepte nullum pena sine lege doit être respecté, c'est-à-dire, que les lois doivent être connues et expressément promulguées, que leur signification doit être clairement exposée, que les lois soient générales, que ce soit dans leurs*

⁷² A. KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 297,

⁷³ N. BOBBIO, *Teoría General de la Política*, op. cit., p. 333-346,

⁷⁴ J. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Méjico, Fondo de Cultura Económica- FCE- 1971, p.60.

déclarations ou dans leurs dispositions et qu'elles ne soient pas utilisées pour léser des particuliers »⁷⁵.

Bobbio donne une explication assez claire des relations qui doivent exister entre la loi et l'égalité. On y retrouve la notion de justice, et la reconnaissance qu'à partir du XIXe siècle, la norme juridique est apparue comme un instrument d'application judiciaire. C'est pourquoi ces normes possédaient une composante de généralité et d'abstraction. Pour la première, « *il est entendu que la prescription de la norme s'adresse à une catégorie de personnes ou de statuts* »⁷⁶ ; et la deuxième « *que l'objet de la réglementation est un acte (vol, homicide, péculat, mutuel ou emphytéose etc.) Et très rarement un acte spécifique* »⁷⁷. Le juriste italien poursuit en ces termes : « (...) *les caractéristiques de la généralité et de l'abstraction connues, une loi, quelle qu'elle soit, assure une première forme d'égalité, celle formelle, comprise comme le traitement équitable de ceux qui appartiennent au même rang* ».

On retiendra que l'État doit appliquer la justice de façon adéquate pour que sa marge d'appréciation dans le domaine des droits de l'homme soit conforme aux standards internationaux. Dans le cas contraire, l'inaction –impunité- ou la non application inadéquate de la justice face aux citoyens conduirait à la réactivation des mécanismes internationaux des droits de l'homme, permettant un déplacement de la fonction de décision.

B) L'existence de la démocratie : une condition nécessaire pour la marge nationale d'appréciation selon le droit international des droits de l'homme

1) Panorama conceptuel

⁷⁵ N. BOBBIO, *Teoría General de la Política*, op. cit., p.224.

⁷⁶ N. BOBBIO, *Teoría General de la Política*, op.cit., p. 337.

⁷⁷ N. BOBBIO, *Teoría General de la Política*, op.cit., p.338.

La notion de démocratie -pouvoir du peuple- a fait l'objet de débats dans plusieurs domaines de connaissance : la philosophie politique, la sociologie, l'histoire et le droit. Au-delà de la variété des définitions de la démocratie et de la façon dont elle a été comprise, deux orientations théoriques dominent⁷⁸, (i) une formaliste et (ii) une systémique.

La première approche privilégie les aspects juridiques et formels de la démocratie. Elle a pour principale caractéristique de surévaluer les procédures formelles d'élection, sans prendre en compte les aspects supra démocratiques qui se superposent au simple geste du citoyen qui dépose un suffrage dans les urnes pendant une période électorale. On retrouve dans ce sens l'analyse de Pactet et Melin- Soucramanien qui limitent la démocratie à une règle formelle dont les composantes sont le pluralisme et le principe des majorités⁷⁹.

L'approche systémique développe une analyse consciencieuse de la démocratie du point de vue matériel, en s'intéressant à sa concrétisation pratique au-delà de ses mécanismes de fonctionnement. C'est à partir de cette dernière tendance que nous essaierons de présenter la démocratie comme un facteur essentiel pour l'existence d'une marge d'appréciation qui soit conforme au droit international des droits de l'homme. C'est ainsi qu'est entendue la notion de démocratie utilisée par les tribunaux régionaux des droits de l'homme, comme nous le vérifierons plus loin.

La notion de démocratie est apparue en Grèce et s'est principalement appuyée sur les thèses contractuelles. Ainsi Protagoras affirme au V^e siècle avant Jésus-Christ : « L'origine des États est une réunion d'hommes libres jusqu'à ce moment-là ». Plus tard, Hobbes, Locke et Rousseau ont exposé leurs thèses sur la théorie du contrat social. Hobbes a fondé sa théorie de l'État sur le principe du contractualisme absolutiste, plaçant l'homme dans une société à la nature extrêmement cruelle et dangereuse où il peut être

⁷⁸ Le professeur C. JAFFRELOT présente les deux modèles dans son article d'introduction « Comment expliquer la démocratie hors d'Occident » dans « Démocraties d'ailleurs », Karthala, 2001, pp. 7-12

⁷⁹ P. PACTET, et F. MELIN- SOUCRAMANIEN, Droit Constitutionnel, 27 édition, Paris, Dalloz, 2008. pp. 84-85

facilement détruit. Il doit pour cette raison transférer à l'État sa volonté pour que celui-ci le défende de façon absolue. Locke a fondé sa pensée sur le contractualisme politique, qui justifie l'existence de l'État à partir d'un consensus de groupe qui permet la vie en harmonie et sans ennui. Jean Jacques Rousseau structure le contractualisme social, à partir de la volonté formelle de la société de créer un État qui permette de continuer à coexister de façon pacifique⁸⁰. Enfin, Tocqueville⁸¹ est surpris de constater lors de son séjour aux États-Unis comment la démocratie américaine a fait disparaître l'individu pour faire naître une sorte de communauté sociale qui renouvelle l'opinion contractuelle de Rousseau.

Dans le contractualisme, certains penseurs modernes⁸² ont présenté leur conception de la démocratie. Pour Norberto Bobbio, la démocratie est définie par trois principes institutionnels : (i) un ensemble de règles établissant qui est autorisé à prendre les décisions collectives et selon quelles procédures; (ii) la règle selon laquelle un régime est d'autant plus démocratique qu'un plus grand nombre de personnes participent directement ou indirectement à la prise de décision et enfin (iii) le principe selon lequel les choix à faire doivent être réels⁸³. Pour Touraine, la démocratie ne se réduit jamais à des procédures ou même à des institutions ; elle est la force sociale et politique qui s'efforce de transformer l'État de droit afin qu'il corresponde aux intérêts des dominés, tandis que le formalisme juridique et politique l'utilise dans un sens opposé, oligarchique, en barrant la route du pouvoir politique aux demandes sociales qui mettent en danger le pouvoir des groupes dirigeants⁸⁴.

Quant à Dworkin, il considère que la démocratie propose une égalité politique qui « suppose que les membres les plus faibles d'une communauté politique

⁸⁰ J.J ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Nathan, 2004

⁸¹ A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 2008. Sur la notion de démocratie de Tocqueville, voir le premier chapitre « Définition de la démocratie » du livre de Pierre Manent « Tocqueville et la nature de la démocratie », Paris, Gallimard, 1993, pp.13-28.

⁸² Remarque sur ce point la pensée du philosophe K. POPPER qui déclare : « La liberté, si elle est illimitée, conduit à son contraire ; car si elle n'est pas protégée et restreinte par la loi, la liberté conduit nécessairement à la tyrannie du plus fort sur le plus faible » in « La société ouverte », Chapitre 12, section 2. Paris, Ed. Seuil, 1979.

⁸³ N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990 extrait de Touraine, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie*, Fayard, 1994, p. 19.

⁸⁴ A.TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie*, Paris, Fayard, 1994, p. 38.

ont droit à une attention et à un respect de la part de leur gouvernement égal à ceux que les membres les plus puissants s'assurent pour eux-mêmes, de sorte que si certains individus ont la liberté de prendre des décisions, quels qu'en soient les effets sur le bien commun, tous les individus doivent avoir la même liberté »⁸⁵.

Pour Boris Dewiel la démocratie peut se définir « comme un débat institutionnalisé autour du sens véritable et de l'importance relative de la liberté, de l'égalité et de la communauté. Au cœur même de la démocratie, on retrouve certaines institutions comme la compétition partisane, les élections et les débats législatifs. La démocratie est un conflit entre valeurs, institutionnalisé et sans fin, qui s'est coulé dans le moule familier du conflit idéologique »⁸⁶. Braud, la définit comme « un univers de pratiques politiques dominées par l'idée de négociation, d'écoute et de dialogue »⁸⁷.

Robert Dahl la considère comme un système de gouvernement –*polyarchie pour l'auteur*– qui permet aux citoyens de participer aux affaires publiques et permet des conditions acceptables de compétition⁸⁸. Jaffrelot la définit comme « le système politique qui, dans un État souverain, remet le contrôle du pouvoir exécutif à des représentants du peuple désignés lors d'élections régulières au suffrage universel « scrutins autour desquels les citoyens peuvent tous -ou presque- se porter candidats et qui garantit constitutionnellement la liberté d'expression et d'association »⁸⁹. Pour Josende, « la démocratie est donc bien pluraliste, mais ce pluralisme implique la recherche permanente du consensus pour permettre l'action politique »⁹⁰.

Formulant sa théorie du droit, Kelsen a déclaré qu'il n'était pas possible de concevoir la démocratie sans l'existence de la liberté et de l'égalité. Pour le juriste allemand « les théories d'extrême droite ou marxiste, méconnaissant

⁸⁵ R. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p.199

⁸⁶ B. DEWEIL, *La démocratie: histoire des idées*, Les presses de l'Université, Collection zéthesis, 2005, pp. 244-245.

⁸⁷ P. BRAUD, *La démocratie politique*, Éditions du Seuil, 1997, p. 233.

⁸⁸ R. DAHL, *On democracy*, Yale University, Press New Haven, 1998.

⁸⁹ C. JAFFRELOT, «*Démocraties d'ailleurs*», Karthala, 2001, p. 12.

⁹⁰ L. JOSENDE, *Liberté d'expression et démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 244.

l'un ou l'autre de ces éléments, ne peuvent pas être considérées comme démocratiques »⁹¹. Cette opinion de Kelsen explique très bien comment dans le domaine des droits de l'homme, la démocratie est indispensable, et comment des facteurs qui lui sont intrinsèques comme la liberté ou l'égalité, coïncident avec l'architecture théorique des droits de l'homme. Quant à Lowenstein, il a créé l'expression de « démocratie constitutionnelle » en indiquant qu'elle « *dépend de l'existence ou du manque d'institutions efficaces qui distribuent l'exercice du pouvoir politique aux détenteurs du pouvoir, et qui les soumet au contrôle des destinataires du pouvoir* »⁹².

Enfin, Jürgen Habermas et Pierre Rosanvallon se rejoignent dans leur réflexion sur la démocratie, en se plaçant dans la vision systémique de la démocratie. Pour le premier, le processus démocratique implique que les citoyens participent de façon effective à l'élaboration des normes sociales, tout en se constituant en auteurs rationnels de ces normes. Il en résulte que le processus de création de ces normes reproduit le processus d'argumentation et de consensus de la raison communicative⁹³. Rosanvallon considère que la démocratie ne doit pas se limiter à la vérification d'un processus formel d'élection ; au contraire, selon lui, la démocratie est intégrale s'il existe une appropriation où il distingue deux aspects : (i) une politique citoyenne de défiance qui contraste avec la confiance propre de l'exercice électoral et permet la construction d'une société civile qui contrôle l'exercice du pouvoir et (ii) le fonctionnement des organes de démocratie indirecte, tels que les cours constitutionnelles et les autorités indépendantes de régulation⁹⁴. Ces deux postures permettent de comprendre de façon intégrale qu'au-delà des mécanismes formels d'élection, la démocratie doit être comprise de façon large, ce qui coïncide avec la façon dont les tribunaux régionaux des droits de l'homme l'abordent. Il est nécessaire d'étudier la

⁹¹ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, pp. 16 ss.

⁹² K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 149

⁹³ J-A, GARCÍA AMADO, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p.19.

⁹⁴ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique; Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 347-350.

démocratie dans son dynamisme, dans sa perfectibilité⁹⁵, dans sa prétention au modernisme⁹⁶ et dans sa mutation vers de nouvelles formes⁹⁷. De cette façon la démocratie se place dans le champ d'application du droit international des droits de l'homme pour reprendre le postulat de Kelsen, et se constitue comme le principe « *sine qua non* » pour que la marge d'appréciation des juges soit conforme aux droits de l'homme.

2) Panorama institutionnel

a. Regard historique dans les systèmes de protection des droits de l'homme

Du Panaméricanisme à la démocratie dans le système interaméricain

Bien que le concept de démocratie n'apparaisse dans les textes américains qu'à partir du milieu du XXe siècle, il est important de connaître le processus de développement du système interaméricain pour comprendre l'apparition de la notion de démocratie liée aux droits de l'homme. Nous décomposerons son évolution en trois phases : (i) l'organisation du modèle intégrateur ; (ii) sa mise en place et (iii) la consolidation du processus.

La première phase de formation du système interaméricain débute en 1826 à l'initiative du libérateur Simon Bolivar qui était à la tête du Congrès Amphictyonique de Panama, qui fut installé le 2 juillet 1826 et resta en session jusqu'au 15 juillet de la même année. Des représentants de Colombie⁹⁸, d'Amérique centrale⁹⁹, du Pérou et des États-Unis du Mexique assistèrent au Congrès. Il déclara dans un de ses communiqués aux représentants de la confédération :

⁹⁵ Sur ce point, l'historien Gauchet présente la démocratie comme une révolution moderne qui se trouve en mouvement permanent, et qui contient des inventions et des idoles qui sont nocives pour elle. Dans Gauchet, Marcel, *La révolution moderne*, Paris, Gallimard, 2007, pp. 187-206.

⁹⁶ Voir, G. COUFFIGNAL, *Réinventer la démocratie: le défi latino-américain*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992. pp. 19-45.

⁹⁷ Selon le philosophe Claude Lefort, avec l'apparition de la démocratie moderne une nouvelle forme d'État, de société, de peuple et de nation apparaît. Dans "L'invention démocratique", *Biblio essais*, 1981, p.85.

⁹⁸ De nos jours la Colombie, le Venezuela, l'Équateur et le Panama.

⁹⁹ De nos jours le Costa Rica, le Nicaragua, Honduras et le Salvador.

« Rien en ce moment -disait-il- n'intéresse autant le gouvernement de la Colombie que la formation d'une ligue vraiment américaine. Une telle confédération ne doit pas simplement se fonder sur le principe d'une alliance défensive et offensive ordinaire ; elle doit être bien plus étroite que celle qui s'est formée récemment en Europe contre la liberté des peuples ; il faut que la nôtre soit une véritable société des nations sœurs qui, bien que séparées pour le moment, dans l'exercice de leur souveraineté par l'enchaînement des événements humains, soient néanmoins unies et disposent d'une force suffisante pour résister aux agressions de la puissance étrangère »¹⁰⁰.

Le 15 juillet 1826, les quatre États signèrent un traité qui créa la ligue et la confédération perpétuelle pour soutenir en commun, de façon défensive et offensive, la souveraineté et l'indépendance des puissances alliées contre toute domination étrangère¹⁰¹, et ainsi, donner toute son efficacité à la doctrine Monroe¹⁰², qui avait été énoncée trois ans auparavant par le président James Monroe pour protéger les États Américains de la force de la Sainte Alliance établie en 1815¹⁰³. Les congrès de Lima en 1847 et 1864,

¹⁰⁰ Extrait de J-M, YEPES, dans « Le panaméricanisme du point de vue historique, juridique et politique », Paris, Les Éditions internationales, op.cit., p.24.

¹⁰¹ Ce mandat est consacré dans la Charte de l'OEA et dans le Traité interaméricain d'assistance réciproque, TIAR.

¹⁰² Selon le professeur Yepes, la doctrine Monroe a les composantes suivantes:

1. Les Etats du nouveau monde qui se sont déclarés indépendants ont un droit acquis à cette indépendance;
2. Le continent américain n'est plus susceptible d'une nouvelle colonisation ou occupation de la part d'une puissance Européenne;
3. Est interdite l'intervention de l'Europe dans les affaires américaines et celle des Etats-Unis dans la politique purement européenne.
4. Le gouvernement de fait est le gouvernement légitime in "Le panaméricanisme du point de vue historique, juridique et politique, Paris, Les Éditions internationales, 1936. p.24.

¹⁰³ L'accord Européen de 1815 a changé l'ordre international et a ouvert les voies vers une professionnalisation de la diplomatie. Pendant la détention de Napoléon à l'île d'Elbe (1814), le représentant de l'Autriche, le prince von Metternich ; de Grande-Bretagne, lord Castlereagh ; de Russie, le tsar Alexandre 1er ; de France, Talleyrand ; et de Prusse, le prince von Hardenberg ; se sont réunis à Vienne dans le but de proposer la création d'un nouvel ordre après l'effondrement de l'empire napoléonien. Metternich qui, a été le cerveau de la réunion, a proposé l'équilibre du pouvoir entre les États triomphants face à la France. Les pays de cette grande alliance possédaient un système de valeurs partagées, ce qui réduisit la possibilité de l'usage de la force par les États parties de cette Conférence. Extrait de F. BARBOSA DELGADO Francisco "La Guerra: Una Puerta Abierta hacia el Infierno", in *Revista de los Jueces y Fiscales de Medellín "Berbiquí"*, pp. 49- 61. Voir Aussi, C. ZORGBIBE, C. METTERNICH « Le séducteur diplomate », Paris, Fallois, 2009.

ceux de Santiago du Chili et de Washington en 1856 et ceux de Lima de 1864-65¹⁰⁴ ont ensuite été organisés.

La seconde étape du panaméricanisme se développe avec les conférences internationales américaines de Washington, 1889-1890 ; du Mexique, 1901-1902 ; de Rio de Janeiro, 1906 ; de Buenos Aires, 1910 ; de Santiago du Chili, 1923 ; de La Havane, 1928 ; de Montevideo, 1933 ; de Lima, 1938 ; les trois réunions de consultation : 1939, 1940 et 1942 ; et la conférence sur les problèmes de la paix et de la guerre du Mexique de 1945.

La première conférence panaméricaine a eu lieu dans la ville de Washington en 1889. Cuba et la République Dominicaine n'y ont pas assisté. Parmi les résolutions approuvées, on peut relever les suivantes : « (i) Le droit de conquête demeure exclu du droit public américain. (ii) Les étrangers ont les mêmes droits civils que les nationaux, et ils peuvent les exercer de la même manière qu'eux. (iii) L'adoption de l'arbitrage est une mesure obligatoire »¹⁰⁵.

La deuxième conférence panaméricaine a eu lieu au Mexique entre 1901 et 1902. Son but principal était d'intégrer les principes établis par les Conventions de la Haye en 1889, qui constituent le fondement de la codification¹⁰⁶ des accords de Genève de 1949 sur le Droit International Humanitaire. La conférence a adopté notamment les conventions sur la propriété industrielle et les droits d'auteur.

La troisième conférence panaméricaine a eu lieu à Rio de Janeiro en 1906. Plusieurs traités furent signés, en particulier sur la nationalité en tant qu'attribut de la personne humaine. Les États ont également reçu des instructions pour réaliser une convention d'arbitrage qui devrait suivre les voies de la deuxième conférence de la Haye de 1907.

¹⁰⁴ Sur ces conférences, voir les chapitres III et IV de la première partie du livre du Professeur A. ALVAREZ, *Le droit International Américain*, A Pedone, Paris, 1909.

¹⁰⁵ A. ALVAREZ, Alejandro, *Le droit international Américain*, A. Pedone Editeur, Paris, 1909, pp. 216-217.

¹⁰⁶ J-M, YEPES, *Le Panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique*, Paris, Éditions internationales, op.cit., p.130.

La quatrième Conférence Panaméricaine a eu lieu à Buenos Aires en 1910. Elle essaya de formuler l'organisation de l'Union Panaméricaine. Trois grands projets y furent discutés : (i) un projet de code de droit international public, (ii) un projet de code de droit international privé et (iii) un texte présenté par le juriste Alejandro Alvarez intitulé « la codification du droit international »¹⁰⁷.

La cinquième Conférence Panaméricaine s'est réunie à Santiago du Chili en 1923. Cette réunion n'a eu lieu qu'à cette date en raison des dommages dont l'humanité a souffert avec la première guerre mondiale. La guerre a en outre freiné le développement galopant des pays du continent américain. Lors de cette conférence, le traité pour éviter ou prévenir les conflits entre les États Américains appelé « pacte Gondra » fut signé. Dans ce sens, des accords sur les marques et la nomenclature douanière ont été réalisés.

La sixième Conférence Panaméricaine s'est réunie à la Havane en 1928. A cette occasion, le traité de droit international privé, la convention sur les traités publics, sur la situation des étrangers, sur l'asile, sur le droit et les devoirs dans le cadre d'une guerre civile et la convention sur la propriété artistique¹⁰⁸ ont été adoptés.

La septième Conférence Panaméricaine a eu lieu à Montevideo en 1933. Plusieurs conventions y ont été approuvées sur la nationalité des femmes, l'extradition, l'enseignement de l'histoire. Une convention a également été approuvée sur les droits et devoirs des États qui a de nouveau repris des éléments du droit public dans le cadre du principe de souveraineté et de non intervention des États.

La Conférence Interaméricaine de Consolidation de la Paix après la guerre du Chaco s'est réunie à Buenos Aires en 1936. Trois thèmes y furent discutés : la non intervention, le système de consultations et la solution pacifique des

¹⁰⁷ Ibid., p.131.

¹⁰⁸ Sur ce point, voir le livre de A. ÁLVAREZ, *Le Panaméricanisme et la VI Conférence panaméricaine*, Paris, 1928.

conflits. La Convention sur le Maintien, le Renforcement et le Rétablissement de la Paix a été approuvée ainsi qu'un protocole sur la non intervention.

La huitième Conférence Panaméricaine s'est réunie à Lima en 1938. Elle adopta la Déclaration des Principes de la Solidarité d'Amérique, qui réaffirme la procédure de consultation. Des résolutions sur la liberté d'association et l'expression libre des ouvriers, sur l'enseignement¹⁰⁹ ont entre autres été approuvées.

Comme pour les conférences spécialisées, les États américains ont utilisé d'autres genres de réunions pour adopter des documents d'intégration : celles de consultation. C'est ainsi qu'en 1939 ils se sont pour la première fois réunis au Panama. Les pays du continent américain s'y sont déclarés neutres face à la Seconde Guerre Mondiale et ont créé la zone de sécurité du continent qui, encore aujourd'hui, s'appelle TIAR¹¹⁰.

La deuxième réunion de consultation a eu lieu à La Havane, à Cuba, en 1940. Un système d'administration provisoire pour les colonies et les possessions d'Europe y a été créé. La troisième réunion de consultation a eu lieu à Rio de Janeiro en 1942. Il y a été demandé aux pays américains de rompre leurs relations diplomatiques avec les pays de l'axe. La conférence sur la sortie de la guerre s'est réunie au Mexique, à Chapultepec, en 1945. Un acte sur l'exercice de la légitime défense collective, laissant de côté la légitime défense individuelle, a été approuvé pour la première fois. Ces décisions se sont matérialisées dans le Traité d'Assistance Réciproque¹¹¹, adopté en 1947. Deux résolutions ont également été approuvées. La première, la XXV^e, donne au Comité Juridique de Rio les fonctions de codification, et la XXXIX^e, qui ordonne de formuler un avant-projet de Système Interaméricain de Paix qui permette de solutionner pacifiquement les conflits.

¹⁰⁹ R. NIETO NAVIA, *Introducción al Sistema Interamericano*, editorial Temis, 1993, p. 17.

¹¹⁰ Le Traité Interaméricain d'Assistance Réciproque, TIAR, a été signé en 1947 au Brésil. Deux ans plus tard, l'Europe occidentale crée son propre organisme de défense régionale appelée OTAN. En 1954 l'Europe de l'Est crée le sien sous le nom de Pacte de Varsovie.

¹¹¹ Ces postulats sont résumés dans l'article 3 du TIAR.

Enfin, l'étape de consolidation se développe avec la Conférence de Petropolis en 1947, la neuvième Conférence Panaméricaine de Bogotá en 1948, et la dixième Conférence de Caracas en 1954. La première a eu lieu à Petropolis, au Brésil, en accord avec la deuxième et la troisième partie de l'acte de Chapultepec approuvé en 1945. Le Traité Interaméricain d'Assistance Réciproque, TIAR, y a été adopté, et constitue le seul organe créé par les pays du continent pour protéger la paix et la sécurité américaine. Il formule, dans l'hypothèse où un État américain serait attaqué, le principe d'assistance par les autres pays.

La neuvième Conférence Panaméricaine a eu lieu à Bogotá le 30 mars et le 2 mai 1948¹¹². La Conférence a sans aucun doute été la plus importante de toutes celles qui ont eu lieu. Plusieurs instruments y furent approuvés, parmi lesquels : (i) la Charte de l'OEA ; (ii) le Traité Américain de Solutions Pacifiques ; (iii) l'Accord Économique de Bogotá ; (iv) la Charte Internationale Américaine de Garanties Sociales ; (v) les Conventions sur les Garanties Politiques et Sociales de la Femme. Cependant, les documents les plus importants furent la Charte de l'OEA¹¹³ qui fut modifiée par le Protocole de Buenos Aires de 1967 et la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme qui constitue l'antécédent direct de ce qui plus tard deviendra la Convention Américaine des Droits de l'Homme.

En ce qui concerne la Charte de l'OEA, on remarque que l'article 2.b établit un lien indissoluble entre la démocratie et les droits de l'homme. Ainsi, parmi les propositions de l'organisation, il est indiqué qu'elle doit « promouvoir la *démocratie représentative* comme une condition indispensable pour la stabilité, la paix et le développement de la région et consolider sur le continent, dans le cadre des *institutions démocratiques*, un régime de liberté

¹¹² Son déroulement s'est fait dans le deuil en raison de l'assassinat du dirigeant et chef du Parti Libéral Colombien, Jorge Eliecer Gaitan, fait qui a entre autres produit un grand bouleversement social en Colombie, et a scindé son histoire politique.

¹¹³ La Charte de l'OEA, souscrite en 1948, est entrée en vigueur en 1951; c'est elle qui a permis la création de cet organisme régional.

individuelle et de justice sociale, fondée sur le respect des droits essentiels de l'homme » (*italiques en dehors du texte*)¹¹⁴.

Lors de la Conférence américaine de 1954 à Caracas l'expression « démocratie » est de nouveau utilisée et mise en avant : « (...) la conviction des États Américains qu'un des moyens les plus efficaces pour fortifier leurs institutions démocratiques consiste à renforcer le respect des droits individuels et sociaux de l'homme, sans aucune discrimination, et à maintenir et stimuler une politique de bien-être économique et de justice sociale efficace afin d'élever le niveau de vie de leurs habitants » ; et la résolution sur le Renforcement du Système de Protection des droits de l'homme, son importance résidant dans le fait que ce fut le premier programme d'action visant à promouvoir ces droits »¹¹⁵.

Plus tard, lors de la cinquième réunion de consultation des ministres des affaires étrangères, la Résolution III fut adoptée, elle a recommandé au Conseil Interaméricain de Jurisconsultes, « (...) *l'étude de la relation possible entre le respect des droits de l'homme et l'exercice effectif de la démocratie représentative* »¹¹⁶. Des années plus tard, la charte de l'OEA a été modifiée à quatre reprises¹¹⁷, deux d'entre elles mentionnant l'importance capitale de la démocratie comme support de l'Organisation et des droits de l'homme¹¹⁸.

Lors de la réforme du Pacte de Bogotá réalisée à Carthagène, le préambule de l'instrument international a été modifié en indiquant que la démocratie représentative est une condition indispensable pour la stabilité, la paix et le développement de la région. L'absence de conditions démocratiques a ensuite été considérée à Washington comme une circonstance impliquant

¹¹⁴ Préambule de la charte de l'O.E.A sur <http://www.cidh.org/Basicos/carta.htm>.

¹¹⁵ Voir OEA: Documents fondamentaux en matière de droits de l'homme in : www.oas.org

¹¹⁶ Le document se trouve sur la page Internet <http://www.oas.org/documents/spa/documents.asp>.

¹¹⁷ Le pacte de Bogotá a été modifié par le protocole de Buenos Aires le 27 février 1967 qui est entré en vigueur le 27 février 1970. Puis, le protocole de Carthagène des Indes adopté le 5 décembre 1985 est entré en vigueur le 16 novembre 1988. Ensuite, le protocole de Washington du 14 décembre 1992 est entré en vigueur le 25 septembre 1997. Enfin, le protocole de Managua adopté le 10 juin 1993 est entré en vigueur le 29 janvier 1996.

¹¹⁸ Cet argument est présenté par A. ÚBEDA DE TORRES in "Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos del hombre, Madrid, Colección jurídica general, Editorial Reus, 2007, p.89.

l'exclusion de l'OEA, ce qui a plus tard été réitéré dans la résolution 1080 de 1991¹¹⁹. Cette dernière circonstance doit être analysée conjointement avec l'existence de l'Engagement de Santiago du Chili sur la démocratie et la rénovation du système interaméricain¹²⁰ et avec la Charte Démocratique Interaméricaine¹²¹. Les deux documents rappellent que l'existence de la démocratie est une clef de voute du respect des droits de l'homme. L'Engagement du Chili mentionne le besoin de chercher la « défense et la promotion de la démocratie représentative et des droits de l'homme dans la région », alors que la Charte démocratique interaméricaine approfondit le lien quand elle affirme dans son article 3 que « les éléments essentiels de la démocratie représentative sont, entre autres, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales... »¹²². Le propos qui va suivre aborde la relation entre la démocratie et les droits de l'homme qui repose sur l'idée selon laquelle « *la démocratie est indispensable pour l'exercice effectif des libertés fondamentales et des droits de l'homme, de par son caractère universel, indivisible et interdépendant, consacrés dans les différentes constitutions des États et dans les instruments interaméricains et internationaux de droits de l'homme* »¹²³.

Nous venons de mesurer combien le travail de construction du système interaméricain est intense. Bien que la démocratie n'ait pas fait l'objet direct de débat lors des conférences, les documents qui y ont été approuvés ont constitué des facteurs favorables à la démocratie qui s'est matérialisée dans la construction de l'Organisation des États Américains, et avec elle, à la formation de son système de protection des droits de l'homme. Cette édification progressive de l'organisation américaine, prouve le caractère évolutif de la démocratie et de la protection des droits de l'homme. La construction d'un système juridique commun a été rendue possible grâce aux

¹¹⁹ Cette résolution présente le besoin de réunions préalables à la tête du secrétaire général pour évaluer la supposée rupture démocratique d'un pays de la région. Il a été adopté le 5 juin 1991 par l'assemblée générale de l'Organisation des États Américains.

¹²⁰ Approuvée le 4 juin 1991 par l'assemblée générale de l'Organisation des États Américains. www.oas.org.

¹²¹ Approuvée le 11 septembre 2001 in www.oas.org.

http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm

¹²² Article 3 de la Charte Démocratique Interaméricaine sur <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos15.htm>.

¹²³ Article 7 de la Charte Démocratique Interaméricaine sur <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos15.htm>.

travaux conjoints développés tout au long de multiples conférences dans le but de construire une vision panaméricaine des droits de l'homme. Cette vision passe d'un aspect purement politique à une dimension juridique par l'établissement d'un système de protection des droits de l'homme, dont le pilier judiciaire est formé par un tribunal des droits de l'homme.

Une fois cette relation établie entre la démocratie et l'origine du système interaméricain des droits de l'homme, il est nécessaire d'établir l'origine de la démocratie dans le processus de construction du Conseil de l'Europe comme seule alternative des cendres laissées après la seconde guerre mondiale.

Les antécédents de la notion de démocratie dans le processus de construction du Conseil de l'Europe.

Le Conseil de l'Europe est l'institution intergouvernementale du vieux continent qui place la démocratie comme condition essentielle du respect des droits de l'homme et comme centre de l'intégration des divers États européens. Ce ciment intégrateur est apparu après la deuxième guerre mondiale. Son statut indique que le Conseil protège le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²⁴. Bien que le mot « démocratie » ne soit pas indiqué dans le statut du Conseil de l'Europe, le préambule de la CEDH –*produit de ce pacte européen*–, indique que le système de protection des droits de l'homme sur le continent européen est fondé sur le maintien d'un régime politique réellement démocratique, et sur une conception et un respect commun des droits de l'homme qu'ils invoquent¹²⁵. Il existe ainsi un lien permanent entre les droits de l'homme et la démocratie qui a été à de nombreuses reprises expliqué par (i) les travaux administratifs réalisés au sein du Conseil de l'Europe et (ii) les décisions de l'ancienne Commission EDH et de la Cour EDH.

¹²⁴ Statut du conseil de l'Europe du 5 mai 1949 sur <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/treaties/html/001.htm>

¹²⁵ Préambule de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, sur "Convention Européenne des droits de l'homme" L-D PETTITI, E. DECAUX, P-H, IMBERT, Paris, Economica, 1999.

En ce qui concerne les travaux administratifs réalisés par le Conseil de l'Europe, on remarquera celui effectué par la Commission Européenne pour la démocratie et le droit, appelée Commission de Venise, chargée de conseiller du point de vue constitutionnel les membres du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre, la démocratie et les droits de l'homme sont essentiels au maintien de l'environnement constitutionnel d'un pays. Ses travaux ont donné des lignes directrices sur le futur de la démocratie¹²⁶, la relation entre les droits de l'homme et la démocratie¹²⁷, ainsi que des rapports d'orientations sur des droits ou des libertés, comme la liberté d'expression¹²⁸. Dans ses rapports, la Commission établit des paramètres qui doivent être respectés par les États et qui sont utilisés par la Cour EDH.

¹²⁶ A ce sujet la commission a manifesté les opinions suivantes: CDL-AD(2004)015 Avis relatif aux possibilités de suivi de la Recommandation 1629 (2003) de l'Assemblée parlementaire sur « l'avenir de la démocratie : renforcer les institutions démocratiques » adopté par la Commission de Venise lors de sa 58e session plénière (Venise, 12 - 13 mars 2004).

CDL (2004)021 Comments on the possible follow-up to Parliamentary Assembly Recommendation 1629 (2003) on "Future of Democracy: Strengthening Democratic Institutions" (U. Mifsud Bonnici).

CDL (2004)020 Comments on the possible follow-up to Parliamentary Assembly Recommendation 1629 (2003) on "Future of Democracy: Strengthening Democratic Institutions" (K. Tuori).

CDL (2004) 019 Parliamentary Assembly Recommendations 1629 (2003) on "Future of Democracy: Strengthening Democratic Institutions".

CDL(2004)019 La Recommandation 1629 (2003) de l'Assemblée Parlementaire sur « L'avenir de la Démocratie: Renforcer les Institutions démocratiques » sur

http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=F&OID=282

¹²⁷ CDL(2006)087list 2nd Meeting on the Study on Democratic Control of the Security Services (Paris, Friday 1st December 2006):

CDL(2007)098 PACE Recommendation 1801(2007) on "Secret Detentions and Illegal Transfers of Detainees involving Council of Europe Member States: Second Report" Venice Commission's comments in view of the reply to the Committee of Ministers (J. HELGESEN)

CDL(2007)082 PACE Recommendation 1801(2007) on "Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe Member States: Second Report" Venice Commission's comments in view of the reply by the Committee of Ministers (J. HELGESEN)

CDL-AD(2007)016 Report on the Democratic oversight of the Security Services adopted by the Venice Commission at its 71st Plenary Session (Venice, 1-2 June 2007)

CDL-AD(2007)016 Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité adopté par la Commission de Venise lors de sa 71ème Session plénière (Venise, 1er-2 juin 2007)

CDL-DEM(2007)001 Draft Report on the Democratic Oversight of the Security Services (I. CAMERON, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, J. HELGESEN, I. LEIGH, F. MATSCHER, V. ZORKIN)

CDL (2007)051 Comments on democratic oversight of special services in Eastern Europe (V. ZORKIN) sur http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=F&OID=388.

¹²⁸ CDL(2008)040 Rapport sur l'indépendance des organes de régulation des médias (C. GRABENWARTER) Français 07/04/2008

CDL(2008)039 Report on self-regulation within the media in the handling of complaints (H. THORGEIRSDOTTIR)

CDL(2008)038 Report on challenges faced by journalists in preserving their editorial independence in a media environment (D. Kevin) en http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=F&OID=415.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour EDH, on doit admettre qu'à tout moment, le juge a considéré que les droits peuvent être restreints, si des conditions démocratiques existent. On soutiendra que l'analyse de la notion de proportionnalité des droits se matérialise par la conjonction d'éléments qui permettent de comprendre que la démocratie est une condition sine qua non pour que l'État ne perde pas sa capacité de résoudre les affaires qui concernent des violations des droits fondamentaux.

En résumé, la démocratie est une condition nécessaire pour que l'État puisse exercer de façon adéquate sa marge d'appréciation. Pour reprendre les mots d'Amaya Ubeda, « *le principe démocratique et les droits de l'homme sont une condition indispensable pour pouvoir admettre de nouveaux États* »¹²⁹. Dans le cas où la démocratie ne serait pas complète, tant dans sa composante formelle que matérielle, l'État serait soumis au contrôle strict des tribunaux de droits de l'homme¹³⁰, à chaque fois que son action serait marquée par l'autoritarisme, élément répréhensible au vu des normes internationales des droits de l'homme.

Après avoir abordé la notion de démocratie dans le développement des deux systèmes de protection des droits de l'homme étudiés dans cette thèse, nous ferons apparaître la notion de démocratie au sein des traités, en montrant le lien inextricable entre la démocratie et les droits de l'homme.

b. Regard conventionnel dans les traités de protection des droits de l'homme

La démocratie constitue l'élément essentiel de la construction des systèmes de protection des droits de l'homme. Ce système a la vocation de façonner un

¹²⁹ A. ÚBEDA DE TORRES, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos del hombre*, op.cit., p.83.

¹³⁰ Cette analyse est effectuée par les cours internationales des droits de l'homme en appliquant le test de proportionnalité dans lequel la démocratie se caractérise comme une des conditions essentielles de l'existence des droits de l'homme. Ses caractéristiques : la tolérance, le pluralisme et l'esprit d'ouverture se défendent contre des mesures qui sont supposées aller à l'encontre des droits de l'homme par leur autoritarisme.

modèle de consensus entre les citoyens qui peuvent participer à toutes les formes de gouvernement. Dans ce sens, la démocratie peut contribuer à la résolution des conflits. Son corollaire est l'élection de représentants et le contrôle a posteriori de la gestion des gouvernants. L'étroite relation entre la démocratie et la protection des droits de l'homme est institutionnalisée dans les conventions internationales.

Cette relation se retrouve dans de multiples documents émanant du système interaméricain et européen qui permettent la construction d'un lien entre la démocratie et les droits de l'homme. L'existence de la démocratie témoigne non seulement de la création d'institutions comme le Conseil de l'Europe ou l'OEA, mais se conçoit en outre dans les traités relatifs aux droits de l'homme comme un élément indispensable de ce processus, comme nous l'avons vu précédemment.

Dans le système interaméricain, les normes relatives aux droits de l'homme, qui ont permis d'instituer les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, ont été fondées sur le respect de la démocratie. Ce pilier se retrouve dans de multiples dispositions de la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme et de la CADH. L'Article XXVIII de la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme établit que « *les droits de chaque homme sont limités par le droit des autres, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien-être général et du déroulement démocratique* ».

Dans ce sens, le préambule de la CADH déclare : « *En réaffirmant sa décision de consolider sur ce continent, dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté personnelle et de justice sociale, fondée sur le respect des droits essentiels de l'homme* ». Elle prévoit ainsi que de multiples droits de l'instrument international tels le droit à la réunion, celui d'association, celui de circulation ne peuvent être restreints que conformément à l'existence d'une loi qui le permette, et à l'existence d'une société démocratique.

L'article 29 de la CADH confirme le lien entre les droits de l'homme et le contexte démocratique, en établissant qu'aucune disposition de la Convention ne peut être interprétée dans la mesure où elle exclut d'autres droits et garanties qui sont inhérents à l'être humain ou « *qui proviennent de la forme démocratique représentative de gouvernement* ».

Dans le système européen, comme nous l'avons déjà signalé, la CEDH établit dans son préambule la condition pour le respect et la garantie des droits de l'homme, en mettant l'accent sur l'existence d'un régime démocratique¹³¹. De la même façon, l'instrument inclut dans la description de chaque droit un pilier qui permet de comprendre que si le droit doit être limité, la mesure à prendre doit être nécessaire pour une société démocratique. Le professeur Sudre a souligné que « *aux termes du préambule de la Convention, le maintien des libertés fondamentales repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique et que le juge européen a incontestablement mis l'accent sur le pluralisme des idées et sur le pluralisme politique* »¹³². Quant à la Cour EDH, dans le cas du parti unifié de Turquie, elle indique¹³³ : « *la démocratie apparaît comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, par conséquent, le seul qui soit compatible avec elle* ». Cette décision de la Cour, reprend la formule déjà exprimée dans l'arrêt Handyside contre l'Angleterre : « *(...) le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »¹³⁴.

La relation entre la démocratie et les droits de l'homme a pour corollaire que toutes les normes relatives aux droits de l'homme doivent être comprises en se référant au modèle démocratique dans les cadres intégrateurs tels que l'OEA et le Conseil de l'Europe. La fin de la guerre froide, au profit du modèle démocratique universel de liberté et de démocratie, a été perçue comme « la

¹³¹ Préambule de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, sur "Convention Européenne des droits de l'homme" L-D PETTITI, E. DECAUX, P-H, IMBERT, Economica, 1999.

¹³² F. SUDRE, Frédéric, Le pluralisme saisi par le juge Européen, dans "Droit et pluralisme", Dr. L. FONTAINE, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 266.

¹³³ Cour EDH, Affaire du Parti unifié de Turquie et autres, arrêt du 30 janvier 1998, §45 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹³⁴ Cour EDH, Affaire Handyside c Royaume Uni, arrêt du 7 décembre 1976, §46. in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

fin de l'histoire » ¹³⁵, renforçant la thèse explicatrice des droits de l'homme dans le seul cadre des démocraties. Ce postulat est cohérent avec l'économie générale des traités régionaux des droits de l'homme selon laquelle l'État peut avoir une marge nationale d'appréciation conforme aux standards internationaux des droits de l'homme seulement en présence de conditions démocratiques.

La jurisprudence permanente des tribunaux des droits de l'homme confirme que la démocratie est un pilier essentiel de l'existence de ces droits. Ce mode d'interprétation des droits a conduit les tribunaux à recourir à des formules de proportionnalité, en mettant en avant les besoins au sein d'une existence démocratique comme une condition sine qua non de toute appréhension large ou restrictive des droits de l'homme inscrits dans les instruments internationaux qui consacrent leur protection.

Nous avons abordé dans cette section le concept de marge nationale d'appréciation en comprenant que son existence prend forme à partir de l'existence première de l'État. C'est la raison pour laquelle l'utilisation de cette marge d'appréciation présente d'énormes défis pour le droit international des droits de l'homme, car il est dans de nombreux cas difficile de concilier les intérêts en jeu. Cette notion est apparue par le biais des éléments qui la composent, l'existence de l'État de droit et l'existence de la démocratie, comme un système unique où prend forme la protection des droits de l'homme selon les traités fondateurs des systèmes de protection des droits de l'homme. La section suivante abordera la diversité et l'unité de la marge nationale d'appréciation dans le domaine du droit international des droits de l'homme.

¹³⁵ Voir, F. FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1993.

Section II : La marge d'appréciation: entre la diversité et l'unité devant le droit international des droits de l'homme¹³⁶

Cette section présentera le paradoxe autour de l'existence de la marge nationale d'appréciation quant à l'existence d'une autonomie de l'État sur la définition de la portée des droits fondamentaux et l'existence de standards internationaux qui proviennent des interprétations des tribunaux régionaux des droits de l'homme qui contrôlent cette marge. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur la diversité des applications des droits de l'homme ce qui présentera un défi herméneutique avec d'importantes conséquences pratiques. Dans un deuxième temps, l'unité dans l'application des droits de l'homme sera abordée, ce qui fera ressortir un autre défi sur la différence et la théorie relativiste des droits fondamentaux.

§ 1 : La diversité des applications des droits de l'homme: une nouvelle problématique de la marge d'appréciation

Ce paragraphe mettra en évidence comment la marge d'appréciation de l'État varie selon l'interprétation et l'application des droits de l'homme dans le système européen et interaméricain des droits de l'homme. Nous envisagerons également les discours universalistes et relativistes des droits de l'homme face à la notion de marge d'appréciation nationale. Ainsi, l'étendue de cette marge est déterminée de façon interne et existe du fait de la relation entre l'État et les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques, sociaux et culturels d'autre part.¹³⁷

Nous abordons les deux branches d'un mouvement herméneutique : selon le type de droit et selon le type de contexte d'application du droit.

¹³⁶ Sur ce point, voir le texte de S. VAN DROOGHENBROECK, La proportionnalité Européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 97 et ss.

¹³⁷ Cette division est faite car dans le droit international des droits de l'homme elle est utilisée dans tous les traités internationaux qui les régulent. Quand nous aborderons la liberté d'expression dans le second titre de cette thèse, nous utiliserons la distinction entre droits intangibles et condition, développée par le droit public. Cette formulation sera en accord avec les préceptes internationaux qui régulent le droit international des droits de l'homme.

A) En fonction du droit concerné

Un des paramètres généraux de développement de la doctrine élaborée par les Cours de droits de l'homme sur la marge d'appréciation est le type de droit à respecter. Les traités internationaux des droits de l'homme ont établi que les droits civils et politiques doivent être respectés et garantis de façon immédiate devant les obligations négatives de l'État. Par contre, les droits économiques, sociaux et culturels ont été renvoyés par les traités et la jurisprudence au rang de droits programmatiques, ce qui confère à l'État un degré d'appréciation supérieur. Nous établirons tout d'abord l'origine de la classification des droits que les États doivent respecter et que nous appellerons dans le cadre de cette étude droits civils et politiques, et droits économiques, sociaux et culturels, puis son explication par rapport au rôle que l'État assume et à sa faible marge d'action sur ces droits.

1) L'origine des droits civils et politiques

Les droits civils et politiques sont ceux qui sont clairement énumérés dans les traités internationaux des droits de l'homme. Ils tiennent leur origine du développement politique et constitutionnel issu des révolutions libérales d'Angleterre, des États-Unis et de France. Les droits civils et politiques impliquent une limite de la marge d'appréciation de l'État. Dans ce sens, il est établi que l'action de l'État est largement limitée et, par conséquent, sa capacité de restreindre ce genre de droits est soumise à une vigilance internationale qui émane des organismes de protection des droits de l'homme. L'origine peut être perçue sous deux angles : (i) du point de vue historique et constitutionnel et (ii) du point de vue du droit international des droits de l'homme.

Selon la vision historique et constitutionnelle, les droits civils et politiques s'expliquent par la convergence entre une multitude de cultures qui ont

affirmé dans leurs lois ou par d'autres manifestations sociales, le respect de l'être humain. Ils s'expliquent également à partir de l'existence même du droit naturel. C'est ainsi que l'apparition de ces droits politiques provient en principe de la conception de grands juristes comme Manu ou Bouda, qui proposèrent le Code des Cinq Libertés Humaines Essentielles et des Cinq Vertus Nécessaires pour une Bonne Vie¹³⁸. Comme nous pouvons le voir, ces dix postulats illustrent ce qui sera plus tard appelé droits de l'homme. Néanmoins, ce décalogue n'était pas respecté à son époque car dans la pratique, des cultures esclavagistes se sont développées dans les premières civilisations.

Plus tard, les Grecs ont étudié l'homme. Ils ont construit l'homme comme un être particulier, loin de la démesure du despote et de la masse homogène et grégaire des sujets¹³⁹. Sophocle (493-406 av. J.C.) a pris en compte dans *Antigone*¹⁴⁰ le concept de droits de l'homme comme un corps de normes supérieures. Il indique dans le même texte : « *Le droit politique -c'est-à-dire le droit de chaque cité- a une partie naturelle et une autre légale. Est naturel ce qui a en tout lieu la même force et ne dépend pas des différentes opinions des hommes ; est légal tout ce qui, en principe, peut-être indifféremment d'une façon ou d'une autre, mais qui cesse de l'être quand la loi l'a résolu* »¹⁴¹. Les sophistes¹⁴², quant à eux, ont conçu la distinction entre la loi divine, la loi naturelle et la loi positive. Ils ont reconnu l'*isonomie* -égalité

¹³⁸ Le code des cinq libertés humaines essentielles et des cinq vertus nécessaires pour une bonne vie contient les principes suivants : 1. La libération de la violence. 2. La libération de la misère. 3. La libération de l'exploitation. 4. La libération de la violation ou du déshonneur. 5. La libération de la mort et des maladies du nourrisson. Les cinq possessions ou vertus individuelles sont : 1. L'absence d'intolérance. 2. La compassion ou les sentiments envers son prochain. 3. La sagesse. 4. La liberté de pensée et de conscience. 5. La libération de la peur et de l'insatisfaction ou du désespoir. Dans Camargo, Pedro Pablo, *Manual de derechos del hombre*, editorial Leyer, primera edición, p. 6. Dates

¹³⁹ EMIL, NACK ET WILHEIM, *El país y el pueblo de los antiguos helenos*, 1954, Méjico, Editorial Porrúa.

¹⁴⁰ Voir, W. JAEGGER, *Paideia*, editorial Fondo de Cultura Económica, y Sófocles, *Antigona*, 1994. Son œuvre raconte l'histoire du roi Créon, qui interdit la sépulture du cadavre de Polynice, frère d'Antigone. Celle-ci enterre son frère en invoquant les lois des dieux qui, selon elle, sont supérieures à celles des gouvernements. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote considère l'existence de trois vertus majeures : la prudence -entre la témérité et la couardise- ; la tempérance -entre l'intempérance et l'insensibilité- ; et la justice -entre l'égoïsme et d'oubli de soi-

¹⁴¹ R. NOGUERA LABORDE Rodrigo, *Introducción general al derecho*, Bogotá, serie Mair Universidad Sergio Arboleda, volumen 1, pp. 156-161.

¹⁴² Professeurs ambulants de la Grèce antique qui prenaient une rémunération pour leur travail.

devant la loi-, l'*isotimie* -respect égal pour tous- et l'*isogorie* -liberté de parole pour tous-¹⁴³.

Il apparaît donc que les philosophes grecs croyaient en un droit qui dépassait les hommes et régissait le destin des différentes communautés. Comme nous le verrons, ces principes ont été repris par les philosophes chrétiens, et ont ensuite été utilisés comme socle des textes conventionnels qui prescrivent actuellement le comportement des États pour le respect et la protection des droits de l'homme.

Après les Grecs -qui ont posé les fondements de la civilisation occidentale-, nous trouvons les Romains qui, avec à leur tête Cicéron, ont étudié le droit naturel. Pour cet illustre juriste, « (...) *la loi naturelle ou le droit naturel est celui qui émane de la nature, et qui conformément à la doctrine stoïcienne, n'est autre que la raison divine, qui se reflète dans la raison de l'homme, la loi ou le droit supérieur à celui des hommes* »¹⁴⁴.

Au Moyen Âge, la philosophie chrétienne a réussi à imposer les principes qui ont ouvert la voie vers la reconnaissance et le respect des droits de l'homme. La proclamation de l'égalité de tous les hommes devant Dieu a permis d'atteindre le concept de dignité humaine.

La Grande Charte de 1215 apparaît comme le premier signe d'ordonnement dans le domaine des droits de l'homme. Cependant, la véritable régulation dans ce domaine apparaît au XVIe et XVIIe siècle à la faveur des luttes entre la royauté et le Parlement en Angleterre pour les garanties judiciaires des accusés et des condamnés, et la possibilité des européens de découvrir d'autres continents. L'acte d'Habeas Corpus de 1679 et la Bill of Rights de 1689 ont ensuite suivi et constituent les documents précurseurs des déclarations des droits.

Locke, à cette époque indiqué que tout gouvernement nécessite l'accord des gouvernés et qu'un gouvernant qui perd la confiance du peuple perd le droit de gouverner, ce qui témoigne de son profond respect pour le

¹⁴³ P.P CAMARGO, *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, Leyer, 1997, p. 6.

¹⁴⁴ R. NOGUERA LABORDE, *Introducción general al derecho*, op.cit., 156-161.

changement qui approchait et qui marquerait la préoccupation fondamentale des gouvernements dans l'exercice de leurs fonctions.

La colonisation aux États-Unis a débuté au XVIIIe siècle. Les individus qui avaient eu la possibilité d'accéder à l'éducation ont apporté les idées libérales qui étaient dans l'air du temps en Europe. C'est pour cette raison que les droits de l'homme ont été établis en Amérique du Nord comme le reflet de situations externes.

En France, c'est au moment de la fondation de la République et de l'abandon de « l'Ancien Régime » que se sont matérialisés les droits civils et politiques. La déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 fut le fondement institutionnel qui a donné naissance à la Constitution des États-Unis de 1787 et à la Déclaration des droits et devoirs de l'homme de 1789. Dans ce sens, les amendements de la Constitution américaine ont établi les droits civils, comme le droit à la vie, à la sécurité personnelle, à l'accès à la justice, à la liberté d'expression, au droit de réunion, au droit d'avoir sa propre religion, entre autres. Comme nous pouvons le voir son apparition vient d'un processus de longue haleine et de multiples constructions historiques. Cette existence apparaît dans le cadre d'un État libéral pur, non interventionniste, protecteur des droits et des libertés. Dans cet ordre d'idées, les droits civils ont fait l'objet de débats ignorant l'existence de droits économiques, sociaux ou culturels qui n'entraient pas dans la définition catégorique de droits subjectifs et, par conséquent, ne pouvaient être garantis par la justice.

Du point de vue du droit international des droits de l'homme, les droits civils et politiques ont fait partie d'une codification qui a débuté à la fin de la deuxième guerre mondiale et qui a donné naissance à la Déclaration universelle des droits de l'homme -1948- et au Pacte International des droits civils et politiques de 1966. Dans ce sens, deux systèmes régionaux de droits de l'homme se sont construits. Le premier en Europe avec l'adoption de la Convention Européenne des Droits de l'Homme signée à Rome, le 3

septembre 1950¹⁴⁵. En principe, ce système, qui a été complété par la Charte Sociale Européenne, signée en octobre 1961 et qui a évolué avec l'adoption de plusieurs protocoles, s'appuyait sur la Commission Européenne des droits de l'homme et la Cour Européenne des droits de l'homme, en tant qu'organes exécuteurs de ces politiques. La Commission a été supprimée après une réforme, par le protocole 11 de 1995. De nos jours, la Cour Européenne des droits de l'homme remplit en plus de ses fonctions traditionnelles celles qui correspondaient à la Commission Européenne des droits de l'homme.

Quant au système interaméricain des droits de l'homme mis en place par la Convention américaine sur les droits de l'homme adoptée le 22 novembre 1969, qui s'est fondée sur la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme, approuvée à Bogotá en 1948 pendant la IX^e Conférence Panaméricaine, il a également inclus ces droits intangibles.

2) L'origine des droits économiques, sociaux et culturels

Certains droits économiques, sociaux et culturels ont été énoncés dans la déclaration girondine du 26 avril 1793 et montagnarde du 21 juin 1793, comme le droit à l'instruction et l'assistance aux démunis¹⁴⁶. Plus tard, la Constitution française du 4 novembre 1848 comprend un catalogue axiologique qui élargit la liste des droits sociaux et formule une nouvelle façon de comprendre la relation entre l'État et le citoyen. Nous pouvons sur ce point mentionner l'article 1er qui pose :

« la République propose comme objectif de marcher plus librement dans la voie du progrès et de la civilisation, d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société, d'augmenter l'aisance de chacun par la réduction graduelle des dépenses publiques et des impôts, et de conduire tous les citoyens, sans nouvelle commotion, par l'action

¹⁴⁵ Sur l'origine de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, voir K. VASAK, La convention Européenne des droits de l'homme, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 4-14.

¹⁴⁶ J. FIALAIRE et E. MONDIELLI, Droits fondamentaux et libertés publiques, Ellipses, Paris, 2005, p.60.

successive et constante des institutions et des lois, vers un degré toujours plus élevé, de moralité, de lumières et de bien être ».

La matérialisation de ces droits a pour antécédent la Constitution allemande de Weimar du 11 août 1919 qui retient certains droits sociaux, comme le droit à l'éducation et certains droits économiques. L'adoption de ces droits a pour origine la lutte entre l'État libéral et l'État social qui intervient pour compenser les inégalités sociales en abandonnant son rôle abstentionniste, écho du principe « laissez faire, laissez passer ». Le débat sur la construction de nouveaux États sociaux¹⁴⁷, se développa sur le continent européen, après la 2ème guerre mondiale.

En 1948 la déclaration universelle des droits de l'homme tend à promouvoir l'enseignement et l'éducation. Plus tard, l'assemblée générale des Nations Unies, en 1966, inquiète devant l'intensification du problème de la décolonisation en Afrique, a élaboré un texte de trois pactes qui explicitaient le développement de la Déclaration de 1948. i) Pacte International des Droits Civils et Politiques. ii) Protocole facultatif. iii) Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels¹⁴⁸

Malgré l'établissement de ces droits en Europe, l'Amérique latine reste imprégnée par la théorie néolibérale diffusée par le professeur et prix Nobel d'économie Milton Friedman. Les efforts pour établir des États sociaux sont sapés malgré la résistance conduite par la CEPAL de Raul Prebisch, et l'influence des conceptions économiques comme la politique de développement à outrance. Cette résistance se termine avec le Consensus de Washington de 1990 qui dicte les règles pour les États Américains sur le plan politique et économique, en proposant la privatisation de l'appareil d'État et le retour à l'État libéral du XIXe siècle. Cette nouvelle conception de l'État a

¹⁴⁷ Voir le premier chapitre de J. DELORS et M. DOLLÉ, *Investir dans le social*, Paris, Odile Jacob, 2009 et F. DUBET, *Les places et les chances « Repenser la justice sociale »*, Paris, Edit, Seuil, 2010.

¹⁴⁸ Deux ans plus tard à Téhéran-Iran –à propos des 20 ans d'existence de la Déclaration–, la première conférence mondiale des droits de l'homme s'est tenue et a débattu sur les avancées du respect des droits de l'homme dans le monde, et de quelle façon la déclaration universelle avait changé l'esprit de certaines nations. La proclamation de Téhéran qui reconnaît ce progrès a été souscrite à la fin de la conférence.

été appelée « État néolibéral ». Toute progression des droits sociaux, économiques et culturels a été abandonnée en empêchant de les rendre justiciables. L'apparition de la notion de droits de troisième génération provient du juriste français Guy Braibant en 1978, bien que le professeur Karen Vasak en revendique la paternité¹⁴⁹. On remarquera parmi ceux-ci le droit au développement, le droit à l'intervention humanitaire, le droit à la paix. La deuxième conférence mondiale des droits de l'homme a eu lieu à Vienne¹⁵⁰ en 1993 et établit que les droits de l'homme sont universels et indivisibles, ce qui conduit à réfléchir sur l'égalité d'application de droits civils et politiques, et économiques, sociaux et culturels.

En Amérique latine, ces droits ont été inclus dans l'article 26 de la Convention américaine des droits de l'homme, en donnant à la norme un caractère progressif, en cohérence avec la réalité dans la région. Plus tard, le protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels a été adopté. Il a permis l'exécution directe devant la Cour IDH du droit à l'éducation et du droit des personnes à organiser des syndicats et à s'y affilier librement. Il y a, jusqu'à maintenant, très peu de décisions de la Cour IDH prises en application du protocole de San Salvador.

La Convention européenne des droits de l'homme ignore dans son texte la possibilité de faire appliquer les droits sociaux comme elle le reconnaît pour les droits civils et politiques. La Cour EDH s'est cependant prononcée à plusieurs reprises sur ces droits ce qui a conduit le tribunal européen à permettre une application des droits économiques, sociaux et culturels (DESC). Il faut ajouter que la charte sociale européenne¹⁵¹ qui énonce les droits sociaux a été élaborée plus tard, sans que leur contentieux relève directement de la Cour EDH. Il faut ajouter que, du fait que cette juridiction est garante de l'action de l'État pour protéger les droits de l'homme sur la base d'une obligation large de respect et de garantie, une réelle action de

¹⁴⁹ J. FIALAIRE et E. MONDIELLI Droits fondamentaux et libertés publiques, op.cit., p.60.

¹⁵⁰ Cette conférence mondiale a eu lieu du 14 au 25 juin 1993 dans la ville de Vienne en Autriche. .

¹⁵¹ Elle a été signée le 18 Octobre 1961 in

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_en.asp.

protection des droits sociaux existe, que ce soit par la possibilité de recours devant les cours ou les tribunaux constitutionnels ou par les politiques inspirées du concept d'État providence.

3) Entre l'application immédiate et l'application progressive

La différence entre l'application immédiate des droits civils et politiques et l'application progressive des droits économiques, sociaux et culturels a une importance capitale dans les différentes classifications qui ont été faites sur le plan national et international. La discussion sur ces deux types de droits se fait en fonction de leur contenu essentiel et de leur instrumentalisation dans les traités internationaux des droits de l'homme.

Ces catégories de droits ont toutes deux des raisons d'exister car des éléments ontologiques propres à chacune empêchent leur confusion. Les droits intangibles sont ce que la doctrine du droit international des droits de l'homme appelle « les droits civils et politiques » qui ont été élaborés par l'État libéral de la fin du XVIIIe et pendant tout le XIXe siècle. Les droits économiques, sociaux et culturels ont été construits en raison de la crise de l'État libéral et de l'élargissement des fonctions de l'État dans la société.

On peut avancer une explication juridique¹⁵² selon laquelle les deux catégories de droits répondent à une série d'obligations. Les droits civils et politiques renvoient à des obligations négatives ou d'abstention de l'État qui est chargé de respecter l'application des droits. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme le respect qui provient de ces obligations négatives repose sur les droits civils et politiques. Il s'agit notamment de respecter et de garantir le droit à la vie, la liberté d'expression ou de ne pas discriminer les accusés en imposant des peines qui n'existent pas dans l'ordonnement légal. Les droits économiques, sociaux et culturels, qui comme leur nom l'indique, sont conditionnés dans leur accomplissement à

¹⁵² On peut remarquer à ce sujet l'article d'A. TRUJILLO ET I. TRUJILLO, "La polémique relative à la juridicité des droits sociaux" dans *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L. Harmattan, 2003, pp. 429-438.

certaines obligations, ont une application beaucoup plus restreinte à partir du moment où ils dépendent d'obligations positives, c'est-à-dire que l'État met en œuvre une multitude d'actions pour les rendre effectifs. C'est ce que la doctrine a appelé « des obligations positives ». Ainsi en va-t-il des politiques de service ou d'accès universel aux communications pour des personnes qui ne bénéficient pas de ces services ou bien de la mise en place de politiques éducatives pour toute la population.

Pour Abramovich et Courtis cette distinction radicale des droits reposant sur des schémas d'obligations positives et négatives est artificielle car « *la structure des droits civils et politiques peut se caractériser comme un complexe d'obligations négatives et positives de l'État : L'obligation de s'abstenir d'agir dans certains domaines et de réaliser une série de fonctions, afin de garantir la jouissance de l'autorité individuelle et d'empêcher qu'elle soit lésée par d'autres particuliers* ». Et il conclut en affirmant que «... dans cette perspective, les différences entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels sont de degré, plus que des différences substantielles »¹⁵³.

Cette position doctrinale est recevable en ce qu'elle explique que les droits civils et politiques tout comme les droits économiques, sociaux et culturels contiennent des obligations négatives et positives. Par exemple, garantir la liberté d'expression implique d'abord une obligation d'abstention, mais fait en même temps appel à des obligations positives de l'État pour adapter des normes afin que la liberté puisse s'exercer dans le cadre de conditions effectives et adéquates. Cette façon de comprendre les obligations positives dépasse l'argument selon lequel sa mise en place implique l'approvisionnement de fonds pour sa réalisation. Les obligations positives, selon Abramovich et Courtis peuvent se justifier par « *l'inexistence d'un certain type de régulation, l'existence d'une régulation qui limite ou restreint les facultés de personnes privées* »¹⁵⁴. Comme nous pouvons l'observer,

¹⁵³ V. ABRAMOVICH, et C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p.25.

¹⁵⁴ Ibid. p. 35

distinguer les droits par la nature des obligations induites à la charge de l'État néglige la conjonction des droits.

Le corollaire de la disparition de la distinction entre les obligations négatives et positives en ce qui concerne les droits intangibles et les droits condition ou les droits économiques, sociaux et culturels résiderait dans une diminution de la marge d'appréciation de l'État. Il perdrait sa capacité d'alléger sa charge en garantissant les droits économiques, sociaux ou culturels ou les droits politiques. Van Hoof¹⁵⁵ propose que la catégorie des droits soit encadrée par des obligations de respect, de protection, de garantie et de promotion. Ces obligations permettraient de classer les droits, en comprenant leurs structures communes et leur unité. Van Hoof présente un exemple concernant la liberté de pensée et d'expression où il indique que cette liberté « *requiert non seulement le respect de l'interdiction de censure mais exige également l'obligation de créer des conditions favorables pour laisser l'exercice de la liberté se manifester –par la protection policière-, et le pluralisme de la presse et des moyens de communication en général* »¹⁵⁶.

Les traités relatifs aux droits de l'homme, comme nous l'avons indiqué, ont présenté des distinctions manifestes entre les droits civils et politiques d'une part et économiques, sociaux et culturels d'autre part. Ces distinctions renvoient à un discours des droits de l'homme, ou la lecture d'un droit civil et politique privilégie l'exécution directe du droit plutôt que celle d'un droit économique, social et culturel qui le place automatiquement dans la progressivité.

Dans le système interaméricain des droits de l'homme, cette position est clairement exprimée dans l'article 26 de la CADH¹⁵⁷ qui considère que les

¹⁵⁵ G.H.J, VAN HOOF, The legal nature of economic, social and cultural rights: A Rebuttal of some traditional views, en P. ALSTON et K. TOMASEVSKI, The right to food, Utrecht, 1984.

¹⁵⁶ Ibidem in V. ABRAMOVICH, et C. COURTIS, Los derechos sociales como derechos exigibles, op. cit, p.29.

¹⁵⁷ L'article 26 de la Convention Américaine des droits de l'homme dispose : "Développement progressif. Les États parties s'engagent à adopter des décisions, que se soit au niveau interne ou par l'intermédiaire de la coopération internationale, particulièrement économique et technique, pour atteindre progressivement la pleine effectivité des droits qui proviennent des normes économiques, sociales et sur l'éducation, la science et la culture, contenues dans la Charte de l'Organisation des

droits condition ou DESC ont un développement progressif dans le domaine du droit interne. Cette disposition doit être analysée conformément à l'article 2 du protocole de San Salvador qui avance trois critères principaux que les États doivent respecter face à un DESC : (i) adopter des mesures internes¹⁵⁸, (ii) utiliser au maximum les ressources disponibles dans leur contexte et développement, et (iii) réussir à le respecter de façon progressive.

La Cour IDH dans l'affaire « Cinco Pensionistas contre le Pérou¹⁵⁹ » concernant les droits à la pension de retraite a indiqué que « les droits économiques, sociaux et culturels ont un développement progressif, sur lequel le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies¹⁶⁰ s'est déjà prononcé ». La cour a ajouté qu'il fallait prendre en compte la couverture croissante des droits économiques, sociaux et culturels en général, et du droit à la sécurité sociale et à la retraite en particulier pour l'ensemble de la population, en tenant compte des impératifs de l'équité sociale¹⁶¹.

Dans le système européen des droits de l'homme, comme nous l'avons indiqué, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas exigibles devant la Cour EDH, mais ont été intégrés dans la charte sociale européenne, ce qui ne les rend pas justiciables. Leur nature ne varie pas par rapport à ce qui est établi par le système interaméricain dans le sens où leur contenu progressif est similaire, ce qui fait que l'action de l'État l'est également. Cependant, cela n'empêche pas l'État de les protéger sur le plan interne, sans que des recours adéquats et effectifs existent en justice. Pour la Cour

États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, dans la mesure des ressources disponibles, par voie législative ou tout autre moyen approprié”.

¹⁵⁸ Protocole de San Salvador, Art. 2, “Obligation d’adopter des dispositions de droit interne”; Art.3. “Obligation de non discrimination”.

¹⁵⁹ Cour IDH, Affaire Cinco Pensionistas c. Pérou, arrêt du 28 février, 2003 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

¹⁶⁰ Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies, Observation Générale No. 3: La nature des obligations des États Parties (paragraphe 1 de l’article 2 du Pacte), adoptée pendant la Cinquième Période de Sessions, 1990, point 9.

¹⁶¹ Cour IDH, Affaire Cinco Pensionistas c. Pérou, arrêt du 28 février, 2003 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

EDH, les droits ne peuvent être exigés directement mais ont été protégés à maintes reprises par des mécanismes connexes¹⁶².

Sur le plan universel, l'Organisation des Nations Unies a distingué les deux types de droits par l'élaboration d'un Pacte international relatif aux droits civils et politiques (dorénavant PIDCP) et un Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (dorénavant PIDESC). La distinction entre ces deux instruments se matérialise par la façon de structurer les obligations face à l'un ou l'autre type de droit.

Le PIDCP contient des obligations d'abstention exigeant que l'État n'intervienne pas et laisse la possibilité aux États autant qu'aux personnes civiles ou morales de déposer une plainte contre un État partie qui n'aurait pas respecté un ou plusieurs des droits contenus dans le Pacte. Cette possibilité n'est pas permise dans le Pacte DESC pour les personnes civiles ou morales.

Pour le Pacte DESC, les principes de Limbourg, de Maastricht et de son Comité, et du Comité du Pacte ont retenu que les obligations contenues dans l'article 2.1 sont de deux types : (i) des obligations de comportement et (ii) des obligations de résultat. Les premières ont été traitées par le comité du pacte DESC qui a indiqué dans son OG/03¹⁶³ : « *la pleine réalisation des droits pertinents peut être obtenue de façon progressive (...) dans un délai raisonnable* »¹⁶⁴. Cette observation permet donc de comprendre que les droits condition ne sont pas viables de façon immédiate, mais qu'ils dépendent de l'action de l'État pour être appliqués. Les secondes permettent de conclure que la progressivité des DESC n'est pas absolue. Par conséquent, les principes de Limbourg établissent que les États doivent définir des niveaux

¹⁶² Nous pouvons prendre les exemples suivants : Cour EDH, Affaire Bulga c Turquie, arrêt du 20 septembre 2005, Cour EDH, Syndicat national de police belge c Belgique, arrêt du 27 octobre 1975, Cour EDH, Affaire D c. Royaume- Uni, arrêt du 2 mai 1997, parmi d'autres in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁶³ Comité DESC, Observation Générale #3, sur la nature des obligations des États parties.

¹⁶⁴ La Cour IDH dans l'affaire Genie Lacayo c. Guatemala a pris en compte les éléments présentés par la CEDH afin de déterminer le délai raisonnable, qui sont : 1. La complexité de l'affaire, 2. L'activité procédurale de l'intéressé et 3. La conduite des autorités. Suite au jugement de la Cour IDH, affaire Kawas c Nicaragua, arrêt du 3 avril 2009, le tribunal a ajouté en autre élément du délai raisonnable : la situation juridique de la personne dans le procès judiciaire, dans <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

minima de respect des droits¹⁶⁵, ainsi qu'une politique publique d'engagement sur les DESC qui permette une gestion adéquate des ressources et des politiques dirigées vers les actions positives de populations systématiquement discriminées. Ces conditions font que la marge d'appréciation sur les DESC n'est pas absolue. Un exemple tient dans la possibilité d'exiger –selon la clause de compétence incluse dans le Pacte de San Salvador- le droit à l'éducation dans le système interaméricain. Dans ce cas spécifique, les États doivent atteindre des minima de respect de ce droit.

On retiendra que les principes de Maastricht, de Limbourg ou les normes du pacte DESC permettent de comprendre qu'instrumentalement les droits économiques, sociaux et culturels sont fondés sur une action lente et progressive de l'État, sans que leurs manquements puissent être appréhendés en justice, sauf des cas spécifiques comme le droit à l'éducation.

Cette vision instrumentale des droits de l'homme a conduit à comprendre que malgré la convergence entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, les différences persistent au vu du droit international des droits de l'homme, aboutissant au fait que l'État se réserve une plus grande marge d'appréciation face aux droits conditionnels qui ne sont pas exigibles de façon immédiate. Cette conséquence a été réfutée en droit interne par la mise en place de Cours Constitutionnelles en Amérique comme en Europe offrant ainsi aux citoyens le pouvoir de revendiquer le bénéfice des violations de ces droits afin qu'elles puissent être analysées comme des atteintes indirectes contre les droits civils et politiques. Néanmoins, l'existence et la justification des droits économiques, sociaux et culturels restent inchangées.

¹⁶⁵ Principes de Maastricht Art. 9 dans http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/institutional_and_economic_framework/treaties_maastricht_fr.htm

B) En fonction du contexte

Le contexte d'application des droits de l'homme est un élément pris en compte par les cours régionales pour assortir l'application d'une plus ou moins grande marge d'appréciation des États. Ainsi la Cour EDH a considéré que la démocratie n'ayant été établie dans les pays de l'Est que depuis les années quatre-vingt-dix, cela impliquait que la marge d'appréciation des États soit inférieure à celle applicable dans les pays de l'Europe occidentale. Dans ce sens la Cour EDH a formulé dans l'arrêt Vajnai contre la Hongrie à propos de la violation de la liberté d'expression dans un contexte différent de celui existant durant le communisme¹⁶⁶ : *« La Cour rappelle que l'article 10 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. Elle considère que M. Vajnai, un homme politique, avait décidé de porter l'étoile rouge en public afin d'exprimer ses opinions politiques. En outre, lorsque la liberté d'expression est exercée comme un discours politique – ce qui était le cas du requérant – il ne se justifie d'appliquer des restrictions qu'en cas de besoin social particulier, impérieux et clairement défini. La Cour admet que les violations massives des droits de l'homme qui ont été notoirement commises sous le régime communiste ont discrédité l'étoile rouge, et que le fait d'arborer un tel symbole puisse créer un malaise chez les personnes et leurs familles qui ont été victimes de ce régime. Or près de deux décennies se sont écoulées depuis que s'est effectuée en Hongrie la transition vers un régime pluraliste et ce pays, qui est désormais membre de l'Union européenne, a prouvé qu'il constituait une démocratie stable. Aucun élément ne donne non plus à penser qu'il y ait un réel danger qu'un mouvement ou parti politique restaure la dictature communiste en Hongrie. De surcroît, un simple sentiment de malaise, aussi compréhensible soit-il, ne saurait justifier que l'on fixe des limites à la liberté d'expression ».*

¹⁶⁶ Cour EDH, Affaire Vajnai c Hongrie, arrêt du juin 8 2008, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39882087&skin=hudoc-fr&action=request>

Dans le système interaméricain, la cour a formulé des appréciations comparables en distinguant plusieurs aspects des droits fondamentaux qui aboutissent à des regards différents en ce qui concerne la façon d'analyser sa marge d'appréciation, dans l'interprétation qu'elle retient des droits de l'homme¹⁶⁷.

Dans ce sens, la Com IDH dans plusieurs rapports spéciaux sur la Colombie, le Salvador¹⁶⁸ et l'Argentine¹⁶⁹ a repris cette préoccupation. Cependant, le cas colombien est le plus grave, et elle indique dans son dernier rapport que : « *En général, on accepte que la situation des droits de l'homme en Colombie soit actuellement une des plus difficiles et graves des Amériques. La gravité de la situation provient de la violation massive et constante des droits de l'homme les plus fondamentaux, en particulier le droit à la vie et le droit à l'intégrité personnelle. La nature et les causes de cette situation des droits de l'homme sont multiples. Mis à part la violence liée aux conflits armés, en particulier la violence attribuable à des extrémistes de droite et de gauche, d'autres sources de violence existent qui provoquent la mort et d'autres violations des droits fondamentaux. Le narcotrafic, les abus d'autorité, la violence socio-économique enracinée dans l'injustice sociale et les différends pour les terres sont quelques-unes des sources de violence qui ont conduit à la détérioration de la situation des droits de l'homme en Colombie* »¹⁷⁰.

Cette façon de distinguer les contextes d'application des droits de l'homme est en rapport avec la conception que les Cours des droits de l'homme se font de l'État qui est supposé avoir violé ces droits. Dans cet ordre d'idées, les Cours des droits de l'homme vérifient si des mécanismes effectifs et appropriés existent dans les États pour faire appliquer les droits quand ils ne sont pas reconnus dans le droit national. Cette action se comprend dans le

¹⁶⁷ Voir, Cour IDH, Affaire du Massacre de la Rochela c. Colombie, arrêt du 11 mai 2007, § 219-221 in <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁶⁸ Com IDH, rapport spécial sur la situation des droits de l'homme au Salvador du 11 février 1994 in <http://www.cidh.org/countryrep/EISalvador94sp/indice.htm>.

¹⁶⁹ Com IDH, rapport spécial sur la situation des droits de l'homme en Argentine du 11 avril 1980 in <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>.

¹⁷⁰ Com IDH, troisième rapport spécial sur la situation des droits de l'homme en Colombie, le 26 février 1999, § 1 in <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/Introduccion.htm>.

cadre de la collaboration des tribunaux supranationaux devant la législation interne¹⁷¹. Cette façon d'observer l'action de l'État face à la garantie et à la protection des droits est à restituer dans le processus historique de formation de ces droits au XIXe siècle et au début du XXe siècle, un État non interventionniste a été construit, qui a sur la base d'une position abstentionniste fait prévaloir la reconnaissance de libertés sans restrictions par les États. Puis est intervenu le déclin du modèle et l'affirmation d'un État interventionniste, protégeant les droits économiques, sociaux et culturels. Pour certains, cette rupture porte atteinte aux libertés de l'individu. Elle est pour d'autres nécessaire pour équilibrer la structure d'une société.

En définitive, l'aménagement de la marge nationale d'appréciation dépend des droits qui sont en discussion, en reconnaissant qu'il existe des doutes ontologiques sur leur distinction du fait que l'État a pour les uns et pour les autres des obligations positives ou négatives. Cette distinction joue un rôle important en ce qui concerne le droit international des droits de l'homme qui a permis la distinction et a empêché que l'exigibilité judiciaire des droits condition soit immédiate et possible, ce qui contraste avec ce qui s'est passé avec les droits civils et politiques.

De la même façon, tout dépend du contexte dans lequel la violation du droit est constatée et du niveau de respect des droits de l'homme existant dans l'État concerné. L'existence d'actions appropriées et effectives de l'État en ce qui concerne les droits de l'homme est prise en compte, qu'ils soient inhérents ou condition. Cela permet aux tribunaux de moduler leur action. Ce point sera plus amplement développé dans la deuxième partie de cette thèse avec l'étude des instruments de rationalisation utilisés par les Cours pour déterminer la marge nationale d'appréciation. Nous envisagerons les rapports de la liberté d'expression avec d'autres droits également protégés par les instruments internationaux des droits de l'homme.

¹⁷¹ Cette fonction provient de l'article 1er de la Convention Américaine sur les droits de l'homme et du préambule de la Convention européenne des droits de l'homme.

§ 2 : L'unité d'application des droits de l'homme: une solution dans la marge nationale d'appréciation

La marge nationale d'appréciation, comme nous l'avons expliqué tout au long de cette étude, permet de comprendre que l'État possède un espace herméneutique face aux droits de l'homme, limité par les prescriptions établies tant au niveau interne que sur le plan international. L'existence de cet espace produit une panoplie de critiques depuis la position unanime de l'universalisme des droits de l'homme qui permet, selon les épigones de cette doctrine, que les États violent les droits de l'homme comme bon leur semble. Aussi nous nous intéresserons au rapport entre la notion de marge nationale d'appréciation et la globalisation des droits de l'homme. Enfin, nous vérifierons si la marge nationale d'appréciation est compatible avec l'universalisme et avec le phénomène de globalisation affectant le droit international des droits de l'homme.

A) L'Universalisme: un obstacle face à la marge d'appréciation de l'État et au pluralisme des droits de l'homme

Le débat autour des droits culturels s'est porté ces dernières années sur les questions de l'universalisme et du pluralisme. Des doctrines fortes ont été proposées par le droit, la sociologie, l'anthropologie, l'histoire, la science politique et, ce qui a été appelé au cours des dernières décennies, les études culturelles.

En droit, des positions universalistes se sont structurées, après avoir été insérées dans les traités internationaux des droits de l'homme. Elles témoignent d'une indifférence à l'égard des structures sociales, ce qui a produit une réaction d'autres disciplines scientifiques contre ces positions générales et abstraites qui ne reconnaissent pas la diversité. L'universalité a été comprise comme une position théorique où toutes les personnes ont leurs droits et leurs devoirs reconnus de façon égalitaire, sans possibilité de

reconnaissance de particularités. Enfin, l'universalité repose « sur la volonté de réaliser un idéal commun¹⁷² ».

Pour les universalistes, parler d'universalité implique d'imposer des conditions préétablies à partir d'un lieu de production spécifique. L'origine de cette position se trouve dans la vision donnée par le philosophe allemand Emmanuel Kant qui dans son ouvrage « Vers la paix perpétuelle »¹⁷³, préconise de fonder sur la raison et la morale, l'établissement des relations entre les Etats nations naissants. La position de Kant, dérivée du libéralisme naissant et fondée sur l'égalité et la liberté, évite la confrontation avec les minorités. Ce concept apparaît anachronique au XIX ème siècle, alors qu'il sera formulé dans le contexte de la décolonisation dans les années soixante au XXe siècle.

Perez Luño, considère que les droits de l'homme doivent être fondés « *sur un ethos universel, synthèse de valeurs multinationales et multiculturelles ; un ethos qui rende possible la communication intersubjective, la solidarité et la paix* »¹⁷⁴. Cette position envisage la réalisation des droits de l'homme à partir de la centralisation universaliste, en partant du principe d'une direction imposée qui synthétise la culture. La position universaliste postule une sorte d'immobilité sérielle dans un rapport de domination entre deux pôles de l'opposition binaire universaliste-relativiste.

L'universalisme formule des critiques fondées contre le relativisme des droits de l'homme. Celui-ci a servi à justifier leur violation par des régimes non démocratiques qui utilisent son discours culturel pour éviter de les respecter sur leurs territoires. Or la validation des actions comme l'excision –la mutilation du clitoris féminin-, ou la lapidation des femmes en cas d'infidélité emporte le rejet des critères d'humanité que l'on ne peut excuser par des

¹⁷² J. MOURGEON, L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit dans « Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN- JONATHAN, Vol II, Bruxelles, Bruylant, 2004 p. 1278.

¹⁷³ E. KANT, Vers la paix perpétuelle, Paris, Hatier, 2001.

¹⁷⁴ A-E, PEREZ LUÑO, La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, P. 38.

considérations culturelles. Ces excuses sont réfutables en ce qu'il existe une distinction entre le pluralisme culturel qui défend l'existence de multiples traditions et institutions politiques et culturelles, et le relativisme culturel qui considère que toutes les formes culturelles ont une valeur identique¹⁷⁵. Cette dernière position est rejetée par les universalistes du fait qu'ils ne conçoivent pas l'égalité formelle entre les différentes cultures, mais, au contraire, l'échelle de valeurs du centre vers la périphérie. Il ne faut pas oublier, dit le professeur Tavernier, que si : « *l'Etat a disparu et n'existe plus, là le pouvoir est diffus ou éclaté comme en Somalie par exemple, l'affirmation de l'exigence universelle des droits de l'homme apparaît encore plus nécessaire* »¹⁷⁶.

Afin de répondre aux arguments proposés par l'universalisme, Giusti indique que la position relativiste qui défend une vision partielle des droits de l'homme « *a besoin d'une conception morale et juridique qui transcende les limites de sa propre tradition, c'est-à-dire, qui offre une alternative de convivance avec les autres positions qu'elle exclut par principe* »¹⁷⁷. Un des postulats réfutables du particularisme ou relativisme tient en ce que l'effort de régulation s'effectue dans le cadre du communautarisme, ce qui aboutit à l'exclusion de la protection au titre des droits de l'homme ceux qui n'appartiennent pas à un groupe reconnu. Steven Lukes théorise divers types de sociétés face aux droits de l'homme dans son propos sur le communautarisme¹⁷⁸. Il accepte le multiculturalisme et pratique la politique de la reconnaissance ; néanmoins plusieurs problèmes apparaissent dans cette attitude dont ressortent ceux de l'inclusion-exclusion, le relativisme et la déviation¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Ibid, p.41.

¹⁷⁶ P. TAVERNIER « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme dans R.T.D.H, 1997, p. 393.

¹⁷⁷ M. GIUSTI, Miguel, Las criticas culturalistas de los Derechos Humanos en Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad (Editores: F. CORTÉS et M. GIUSTI) Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios filosóficos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Filosofía e Instituto de estudios políticos de la Universidad de Antioquia, 2007, p.304.

¹⁷⁸ Sur le culturalisme, voir un état de l'art du débat où le professeur R. GARGARELLA met ce point en évidence dans son texte "Las teorías de la justicia después de Rawls", Barcelona, Editorial Paidós, 1999, Pp. 125-159.

¹⁷⁹ S. LUKES, Cinco Fábulas sobre los Derechos de l'Homme, en "De los Derechos de l'Homme", Madrid, Editorial Trotta 1998, p.29-46.

En définitive, l'universalisme est défendable s'il s'appuie non sur un impérialisme culturel mais sur le dialogue culturel entre les uns et les autres¹⁸⁰. De cet effort de consensus doit sortir un universalisme renforcé approfondissant ses propres valeurs pour aller à la rencontre de l'autre.

Un courant pluraliste s'est opposé à ce courant universaliste en revendiquant une vision nuancée et plurielle des droits de l'homme. Cette perspective se fonde principalement sur la reconnaissance des différences de genre, de sexe, de race ou de condition. Il est important de prendre en compte que cette vision a permis de protéger de façon intégrale les groupes qui sont historiquement discriminés, ce qui a entraîné une interprétation différente des droits en répondant à ces critères.

Le professeur Rajagopal considère que l'universalisme a été construit selon une certaine idéologie qui se veut « apolitique, juridique et non idéologique »¹⁸¹. Il considère en effet que la façon dont le régionalisme a prétendu faire face à la barrière universaliste s'inscrit dans les constructions émergentes au sein des traités qui interdisent la possibilité de régimes exceptionnels.

Pour Rajagopal, la centralité a été construite à partir du droit, et pour cela « *ce n'est pas surprenant si la plupart de ces critiques relativistes proviennent de la philosophie, de l'anthropologie et des études féministes, c'est-à-dire, des champs extérieurs au droit. Les écrits juridiques ont, dans leur majorité, maintenu le choix de l'universalisme. Cela vient du fait que les juristes des droits de l'homme, comme la plupart des juristes, se situant à l'intérieur du champ normatif mettent en valeur les aspects qui au regard des sources des droits de l'homme, inclinent vers l'universalisme. Les anthropologues, les politologues et les acteurs d'autres disciplines s'intéressant aux droits de l'homme tendent à mettre en valeur les aspects politiques de l'antagonisme des droits de l'homme. Les juristes cherchent l'harmonie et la synthèse à*

¹⁸⁰ M. GIUSTI, Las críticas culturalistas de los Derechos Humanos en Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad, o.p.cit., p.306.

¹⁸¹ B. RAJAGOPAL, El Derecho Internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo, Bogotá, ILSA, 2005, p.242.

partir de principes généraux, alors que d'autres professionnels se centrent sur les différences et le concret »¹⁸².

Cette position de Rajagopal doit être comprise comme une façon de montrer la symbiose qui doit exister entre les différentes sciences sociales pour comprendre le développement et l'application des droits de l'homme. C'est une voie pour en finir avec le dialogue de sourds.

Le courant pluraliste a des épigones dans la sociologie, la philosophie, la politique et le droit. Les objections sont apparues dans les discours sur la culture ou sur le particulier ou relatif. Dans son texte « Citoyenneté multiculturelle » Kymlicka considère la culture sociétale comme celle qui « *donne à ses membres des formes de vie significatives par l'intermédiaire de tout l'éventail d'activités humaines, qui comprend la vie sociale, éducative, religieuse, récréative et économique, et recouvre les sphères publique et privée* »¹⁸³.

Peut-on apaiser le débat entre les 2 grands courants antagonistes dans le domaine du droit international des droits de l'homme ? La réponse est affirmative. Il faudrait pour cela s'appuyer sur les traités régionaux des droits de l'homme et la jurisprudence des Cours internationales. C'est ainsi que dans les conditions d'existence des traités, la condition démocratique et avec elle le pluralisme, ont été des éléments qui permettent de comprendre l'application du droit international des droits de l'homme. Dans cet ordre d'idée, si la démocratie, comme nous l'avons expliqué précédemment est un élément sine qua non pour qu'une marge nationale d'appréciation soit admise conformément aux droits de l'homme, cela implique alors la reconnaissance de la pluralité. Nous pouvons donc conclure que le cadre universaliste des droits de l'homme admet en son sein des différences en évacuant les divergences entre les pluralistes et les universalistes. La marge nationale d'appréciation prend place dans une analyse harmonieuse des droits de l'homme.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ W. KYMLICKA, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona , Paidós , , 1996, p. 112.

Le professeur Frédéric Sudre défend cette position et considère que malgré les efforts de la Cour EDH qui abouti à une multiplicité des interprétations, les juges tendent à uniformiser¹⁸⁴. Il est nécessaire de prendre en compte que le fondement essentiel du respect des droits de l'homme consacrés dans les instruments internationaux, comme nous l'avons indiqué, repose sur l'existence de la démocratie et de la pluralité. L'uniformisation repose sur des décisions des Cours de droit international des droits de l'homme construites sur la pluralité dans la mesure où chaque sentence est le résultat d'un processus de discussion démocratique en son sein. Là où il n'y a pas de consensus sur une conception uniforme des droits au sein des Cours, une marge d'appréciation est reconnue à l'État, permettant la multiplicité des options d'interprétation des droits au niveau de l'État à condition qu'elles ne soient pas utilisées pour méconnaître l'objet et l'objectif des traités. Cette position qui présente la marge d'appréciation comme une alternative pour résoudre la tension entre l'universalisme et le pluralisme a été critiquée par le professeur Redor-Fichot qui considère que : « *sous prétexte de diversité, la marge nationale d'appréciation peut donc être une sorte de cheval de Troie de la raison d'Etat dans la Convention Européenne. Elle est néanmoins nécessaire au maintien de la diversité et limitée en principe par l'interdiction de porter atteinte à la substance même du droit concerné. Quoiqu'elle soit théoriquement destinée à préserver la diversité entre États, la technique de la marge nationale d'appréciation s'avère donc parfois contre productive parce qu'elle aboutit à sacrifier la diversité au sein même de l'État, les droits de la minorité au profit des conceptions majoritaires ; elle se traduit alors par l'assimilation imposée par l'État aux individus* »

Cette critique ne prend pas la marge d'appréciation de l'État comme un mécanisme de solution du débat, mais marque un point de discordance sur le traitement de la diversité au sein de l'État. Le professeur Redor-Fichot oublie

¹⁸⁴ Le professeur SUDRE présente ainsi sa thèse « Le pluralisme saisi par le juge Européen » lors du Colloque de Caen réalisé entre le 30 Novembre et le 1er Décembre 2006 de la façon suivante : « C'est dire que nous ne sommes plus vraiment certain que la figure du "pluralisme ordonné" soit bien représentative de l'attitude du juge Européen, qui paraît céder de plus en plus à la tentation de l'uniformisation », publié "Universalisme et pluralisme, Droit et pluralisme, Dir. L. FONTAINE, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.286.

que la démocratie *-comme elle a été abordée dans cette thèse-*, est le moyen de trancher les controverses à l'intérieur de l'État et, dans le cadre de la pluralité et de la règle de la majorité, représente le mode de prise de décision dans un État. Ce principe doit prendre en compte les minorités, sans tomber dans un jeu de particularismes, qui désarticulerait l'État et, avec lui, son rôle sur le plan international.

Le débat entre universalisme et pluralisme témoigne donc de l'impossibilité de transcender le droit international des droits de l'homme car les régimes qui s'appliquent à eux sont structurés en intégrant la volonté de l'État lui-même. En d'autres termes, il exprime une pluralité interne dans un cadre de démocratie retenue sur le plan international. En suivant cette argumentation, le professeur Delmas-Marty indique qu'il est nécessaire de relativiser l'universel, ce qui signifie pour elle « ... *le mettre en relation avec une réalité localisée dans l'espace et située dans le temps* »¹⁸⁵. De cette façon, l'universalisme doit reconnaître la marge d'appréciation de l'État comme un mécanisme d'ajustement naturel dans les relations entre l'ordonnement interne et international. Cette reconnaissance s'effectue parce que ce sont les traités des droits de l'homme qui relativisent et énoncent¹⁸⁶ eux-mêmes les droits, en établissant des limites, ce qui traduit le prétendu universalisme en une multiplicité de relations plurielles qui se conjuguent en son sein.

B) La marge nationale d'appréciation: un obstacle contre la globalisation du droit international des droits de l'homme

La marge nationale d'appréciation est perçue comme un obstacle par ceux qui défendent une posture volontariste du droit international des droits de l'homme. La discussion doit s'opérer non seulement du point de vue des mécanismes institutionnels, mais au regard d'une partie, d'un renforcement de l'État national par des mécanismes processuels d'exclusion de l'action des juridictions internationales, et d'autre part, d'une affirmation des principes

¹⁸⁵ M. DELMAS- MARTY, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p.406.

¹⁸⁶ Sur ce point, voir, M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 30-37

juridiques universels qui, pour certains, effacent le système juridique interne des États.

Nous allons pour cette raison aborder dans ce chapitre les positions globalisantes du droit, face aux postures volontaristes du droit international des droits de l'homme.

1) La perspective globalisatrice des droits de l'homme

La globalisation est un concept qui apparaît de façon récurrente dans diverses formes de connaissances. Son appréciation est initialement en relation avec le domaine économique, mais progressivement elle connaît des prolongements dans les domaines culturels, sociaux, historiques et bien entendu juridiques. Giddens appréhende deux courants doctrinaux spécialistes de la globalisation¹⁸⁷, les sceptiques et les radicaux. Pour cet auteur anglais, les uns comme les autres considèrent le phénomène en termes exclusivement économiques, ce qui est sans aucun doute une erreur puisque son influence s'étend à la politique, à la technologie et à la culture¹⁸⁸. On pourrait même ajouter au droit si l'on se réfère à l'exposé lucide du professeur Boaventura de Sousa Santos.

Giddens définit la globalisation comme : « *l'intensification des relations sociales au niveau mondial qui relie des localités distantes de telle sorte que les événements locaux sont modelés par des événements qui ont lieu à de nombreux kilomètres de distance et vice versa* »¹⁸⁹. Quant à Beck, il la définit comme l'ensemble des : « *processus en vertu desquels les États nationaux souverains s'entremêlent et s'imbriquent avec des acteurs transnationaux et*

¹⁸⁷ Les sceptiques considèrent la globalisation comme un simple bavardage. Quels que soient ses bénéfices, ses défis et ses tourments, l'économie globalisée n'est pas particulièrement différente de celle qui existait à des périodes précédentes. Ils se situent politiquement à gauche. De leur côté, les radicaux affirment que la globalisation est bien réelle et que ses conséquences peuvent se voir partout. Le marché global est beaucoup plus développé que dans les années soixante et soixante-dix et il ne tient pas compte des frontières nationales. Voir A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, pp. 20-21, Editorial Taurus, 2000.

¹⁸⁸ Ibid, op. cit., p.23

¹⁸⁹ A. GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, repris de B. DE SOUSA SANTOS, Op...cit. p.38

leurs possibilités respectives de pouvoir, d'orientations ou de réseaux variés »¹⁹⁰. A son tour, Teubner l'aborde comme : « le processus multacentrique où divers espaces vitaux dépassent leurs limites régionales et constituent respectivement des secteurs globaux autonomes »¹⁹¹. Sampedro indique à ce sujet que « la globalisation est le nom donné à la forme la plus moderne, avancée et large du marché mondial. Le système qui a libéré au maximum la circulation de flux financiers et monétaires ; également les mouvements de marchandises avec certaines limitations et contrôles, et de façon encore plus restrictive, les déplacements de travailleurs »¹⁹².

C'est cependant Boaventura de Sousa Santos qui fournit l'approche la plus juste du concept de globalisation dans son texte appelé « *La globalisation du droit* » en considérant qu'il s'agit d'un processus sélectif, dissemblable et chargé de tensions et de contradictions¹⁹³. Il la définit ensuite comme le processus qui permet sous certaines conditions à un organisme local d'élargir son espace à tout le globe et, ce faisant, d'acquérir la capacité de désigner comme locaux les conditions ou organismes rivaux. Une fois qu'un processus de globalisation est identifié, sa signification et son explication complète ne peut être obtenue sans considérer des processus adjacents de relocalisation en conjonction et entrelacés avec lui¹⁹⁴.

Cette définition établie, il propose quatre catégories pour qualifier les pratiques en cours en lien avec de multiples formes de *connaissance*. Il définit la première comme du *local globalisé* qui correspond au processus par lequel un phénomène local donné est globalisé avec succès. Il définit le second comme du *global localisé* qui correspond à l'impact spécifique des pratiques et des impératifs transnationaux dans les conditions locales, qui sont ainsi déstructurées et restructurées afin de répondre à ces impératifs. Il définit le

¹⁹⁰ U. BECK, « ¿Qué es la globalización?, Editorial Paidós, Madrid, p.29, 2001.

¹⁹¹ G. TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Universidad Externado de Colombia, p.86, 2005.

¹⁹² J-L SAMPEDRO, J.L. *El mercado y la globalización*, Editorial Destino, Barcelona, p.59, 2002.

¹⁹³ B. DE SOUSA SANTOS, *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p.56, Universidad Nacional de Colombia e ILSA (Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos) 1998.

¹⁹⁴ Ibidem

troisième comme *cosmopolite* qui correspond au fait que des pays subordonnés s'organisent de façon transnationale pour défendre les intérêts perçus comme étant communs et utilisent à leur bénéfice les possibilités d'interaction transnationale créées par le système mondial¹⁹⁵. Nous trouvons enfin le concept d'*héritage commun de l'humanité*¹⁹⁶ qui, à notre avis, pourrait se définir comme l'ensemble des valeurs communes à l'humanité reconnues par les tribunaux internationaux des droits de l'homme et qui sont les piliers de l'organisation internationale. Il a pour corollaire le concept de *ius cogens*¹⁹⁷ consacré dans les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969.

Twining¹⁹⁸ a signalé que la globalisation défait dans le domaine juridique ce que l'on a appelé les « théories de boîte noire », c'est-à-dire, celles qui prennent les États-nations, les sociétés, les systèmes juridiques et les ordonnancements juridiques comme s'ils étaient des organismes fermés imperméables. Il remet ainsi en cause la distinction entre le droit international, produit du concept d'*héritage commun de l'humanité*, et le droit interne. Ce qu'il propose témoigne de la difficulté que le droit a et aura à se définir en considérant que le concept de globalisation ne peut être univoque en raison des changements des sociétés humaines¹⁹⁹.

2) L'application de la notion globalisatrice dans le domaine du droit international des droits de l'homme

La formulation globalisatrice appliquée au droit international des droits de l'homme a la particularité de faire disparaître les frontières entre le droit

¹⁹⁵ Sur ce concept, voir le travail du professeur de droit et développement du Massachusetts Institute of Technology (MIT) Balakrishnan Rajagopal qui propose une réflexion pointue sur les mécanismes de résistance du tiers monde face au droit international. Cette vision dans le cadre de ce que Boaventura de Sousa Santos propose sur le concept du cosmopolitisme, "El derecho Internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo" ILSA (Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos), 2005.

¹⁹⁶ B. DE SOUSA SANTOS op. cit., p. 57-60.

¹⁹⁷ Le *ius cogens* se définit comme une norme de droit international général qui doit être acceptée et reconnue par tous les États et ne doit pas admettre de norme contraire. Voir F. BARBOSA DELGADO, Litigio Interamericano, Bogotá, Editorial Universidad Jorge Tadeo Lozano, pp.184-185, 2002.

¹⁹⁸ W. TWINING, William, "Derecho y Globalización", Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pp.120-121, 2003.

¹⁹⁹ J. ROSENBERG "Contra la retórica de la Globalización", Ensayos Polémicos, Bogotá, Ancora Editores, p.199, 2004.

national et le droit international. Sa plus grande habileté technique a été de permettre à l'individu d'avoir une participation juridique sur le plan international face aux violations des droits de l'homme commises par les États. Dans cet ordre d'idées, selon le juge Cancado « *la nouvelle dimension de la titularisation juridique internationale de l'être humain* »²⁰⁰ se matérialise dans la reconnaissance du « locus Standi in judicio » qui donne le droit d'action à une personne, un groupe de personnes ou des O.N.G. reconnues par les États parties, pour déposer une plainte pour violation des droits de l'homme contre un État partie sur la base des conventions américaines ou européennes pour violation des droits de l'homme. Du point de vue processuel, la distinction entre la juridiction interne et internationale vient du fait que dans le système américain, la CIDH continue à exister comme un mécanisme processuel préalable à l'accès au tribunal, alors qu'en Europe, la commission européenne a été supprimée par le protocole 11 de 1998. Cette circonstance permet dans le cas européen que le dénonciateur se structure comme une véritable partie processuelle en estompant sa qualité de ressortissant de l'État auquel il appartient ou de l'État dans lequel la violation a été constatée.

L'équilibre procédural a non seulement été le produit du développement de la théorie de la victimisation dans le droit pénal et dans le droit international des droits de l'homme²⁰¹, mais également dans les théories globalisatrices du droit qui ont permis de délimiter la structuration des systèmes juridiques pour permettre à la partie la plus faible de la structure de l'État, celle qui doit réclamer la justice devant ce dernier, de prendre de l'importance sur le plan international dans un processus au cours duquel l'action ou l'inaction de l'État contre les personnes, déstructure l'échelle pyramidale de la justice. C'est pour cette raison que les facteurs globalisants du droit ont permis que les systèmes de droit positif nationaux ressentent les effets des politiques

²⁰⁰ Vote raisonné A.A. CANCADO TRINDADE Trindade, dans la décision d'interprétation de l'arrêt La Cantuta c. le Pérou, 30 novembre 2007 in <http://www.couridh.or.cr/cass.cfm>.

²⁰¹ Dans le droit international des droits de l'homme, la victime est celle qui a souffert un dommage pour la violation des droits de l'homme. Le dommage peut être direct ou indirect. Dans le domaine de la criminologie, le délinquant est celui qui a attiré l'attention dès l'origine. Ces dernières années, l'étude de la victime coïncide dans le domaine des droits de l'homme et du droit pénal, en réorientant les relations juridiques vers une forte protection des victimes, plus encore dans le cas de violation des droits de l'homme.

jurisprudentielles internationales qui se matérialisent dans l'application des droits de l'homme. La globalisation du droit a rendu visible les différentes interactions juridiques dans le domaine du droit international des droits de l'homme. Ce phénomène n'a pas été accepté facilement par l'État. Le droit interne a résisté, en essayant d'utiliser la doctrine de la marge nationale d'appréciation pour se défendre.

Selon le juge Cancado Trindade : « *La personnalité juridique internationale de l'être humain s'est concrétisée en tant que limite contre l'arbitraire du pouvoir de l'État. Les droits de l'homme ont en fin de compte libéré le concept de droit subjectif des amarres du positivisme juridique. Si, d'un côté, la catégorie juridique de la personnalité juridique internationale de l'être humain a contribué à instrumentaliser la réparation des droits de la personne humaine qui émanent du droit international, de l'autre, le corpus juris des droits de l'homme universels a donné à la personnalité juridique de l'individu une dimension beaucoup plus large, qui n'est plus conditionnée au droit émanant du pouvoir public de l'État* »²⁰².

²⁰² A.A. CANCELADO TRINDADE. "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo..", *op. cit. supra* n. (33), pp. 280-281; A.A. Cançado Trindade, "La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Avances de Su Capacidad Jurídica Internacional en la Primera Década del Siglo XXI", in *Jornadas de Derecho Internacional* (Buenos Aires, noviembre de 2006), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 2007, pp. 246-249 in Vote raisonné CANCELADO TRINDADE, dans la décision d'interprétation de l'affaire La Cantuta c. le Pérou, arrêt du 30 Novembre 2007 in <http://www.Couridh.or.cr/cass.cfm>

Malgré la résistance de l'État, les cours des droits de l'homme n'ont pas permis la remise en question du «locus standi in judicio » de l'individu au sein de la juridiction internationale. La doctrine de la marge d'appréciation a servi à l'État, essentiellement de moyen pour asseoir des positions sur certains droits fondamentaux en rapport avec des circonstances juridiques. La marge nationale d'appréciation ne peut être rejetée pour autant par les universalistes avec le seul argument qu'il faut se méfier de l'action de l'État et de ses marges d'action excessives, car cela n'empêche pas que cette marge soit conforme au droit international des droits de l'homme. Dans le cas d'une controverse entre une position universaliste ou relativiste au sein d'un État, c'est l'État lui-même par l'intermédiaire de ses institutions plurielles qui pourra résoudre la controverse. Si l'affaire n'est pas résolue en droit, les Cours régionales des droits de l'homme retiendront un pouvoir juridictionnel allié du droit interne pour lui permettre de faire face à la situation. La marge d'appréciation de l'État est une conséquence de son existence et le pluralisme des droits de l'homme fait partie de sa vie démocratique qui permet l'existence de débats sur les droits qui sont loin d'être univoques.

Chapitre II : Les limitations de la marge d'appréciation de l'État en fonction du Droit International des droits de l'homme

La marge d'appréciation de l'Etat repose, comme nous l'avons vu sur l'existence même de l'Etat de droit. Dans cet ordre d'idées, il est nécessaire de penser que l'action de l'Etat peut être limitée. C'est ainsi qu'elle est comprise depuis la théorie de l'Etat qui explique comment les pouvoirs sont mutuellement contrôlés, en évitant que des ruptures internes se produisent. Une fois ces contrôles établis, on constate l'existence d'un devoir d'Etat de protéger ses ressortissants. Ce devoir positif de protection se décline en obligations négatives devant un type de droits et des obligations positives face à d'autres que nous avons qualifié de *supra*. Afin de réguler ces obligations, des limites provenant des textes constitutionnels et des traités des droits de l'homme que les Etats ont signés et ratifiés de façon volontaire sont établies. Ainsi, nous démontrerons dans ce chapitre comment l'Etat assume des obligations générales et de sanction qui se constituent comme des limites devant le respect, la garantie et la sanction des droits de l'homme.

Section I : Les limites à partir des obligations générales et l'adoption de normes internes dans le respect des engagements internationaux des droits de l'homme

Au moment de signer et de ratifier un traité sur les droits de l'homme, les États s'engagent à le respecter et à le garantir. Dans ce cas, il est important de prendre en compte que le juge national doit respecter les obligations supranationales intégrées dans les traités, dans les litiges en droit interne mettant en cause le respect des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme n'établit pas de façon explicite les obligations auxquelles les États signataires sont soumis²⁰³. Cependant, à la lecture de l'article 1^{er} de la Convention, il apparaît que les États doivent reconnaître à toute personne, indépendamment de sa juridiction, les droits et les libertés consacrées par la Convention. La Com EDH considérait sur ce point que la notion de « toute personne » implique non seulement la protection des citoyens des États signataires, mais également de tout État. Il faut ajouter à cette disposition l'article 17 de la CEDH²⁰⁴ où il est établi que les États signataires ne peuvent interpréter la Convention de telle sorte que les droits ne soient pas respectés ou en leur imposant des limitations excessives.

Dans le système interaméricain, la CADH a été plus précise dans l'énoncé de ces obligations. Ainsi dans les articles 1.1 et 2, les devoirs généraux assumés par les États partent pour chacun d'entre eux des droits qui y sont consacrés avec d'une part, le respect des droits et des libertés qui y sont reconnues ainsi que leur libre et plein exercice pour toute personne soumise à leur juridiction, sans aucune discrimination ; et d'autre part, l'adoption en accord

²⁰³ Voir H. TRIGROUDJA et I. PANOUSIS dans *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, « Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse »*, Bruylant, 2003, p.154. Elles considèrent que l'article 1^{er} de la CEDH ne reconnaît pas « simplement » les droits et les garanties contenues dans la CEDH. Cette position ne doit pas être acceptée car le fait même d'accepter les droits et les garanties met en relief une acceptation des obligations de respect et de garantie.

²⁰⁴ Pour une explication de l'article 17 de la CEDH, voir, P. LE MIRE, "article 17" in "La Convention Européenne des droits de l'homme, L-D. PETTITI, E. DECAUX, Emmanuel, P-H IMBERT, Economica, 1995, pp. 511-522.

avec leurs procédures constitutionnelles et les dispositions de cette Convention, des mesures législatives ou de tout autre caractère qui soient nécessaires pour garantir ces droits et ces libertés²⁰⁵.

Comme nous pouvons l'observer, ces dispositions sont liées aux différents droits protégés dans la Convention, de telle façon que si un État viole un droit consacré dans la Convention, par voie de conséquence, il violerait au moins l'article 1^{er} de la charte.

Pour approfondir ce sujet, nous examinerons successivement (i) les obligations générales et (ii) les obligations spéciales pour les intégrer dans l'ordonnement interne des normes internationales des droits de l'homme.

§ 1 : Les limites à partir des obligations générales

Les limites construites à partir des obligations générales proviennent des engagements internationaux pris par les États au moment de signer et de ratifier que ce soit la CADH dans le cas Américain ou la CEDH dans le cas Européen. Au vu de ce qui précède, ce chapitre exposera les deux types d'obligations qui d'une façon commune se déduisent des instruments internationaux cités.

A) Première catégorie : les obligations de respect

L'article 1^{er} de la CADH pose que les États s'engagent à respecter les droits et les libertés qui y sont reconnues, sans aucune discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou de tout autre sorte. Cette disposition a été précisée par la Cour IDH qui retient qu'elle est fondamentale pour déterminer si une violation des droits de l'homme reconnue par la Convention peut être attribuée à un État partie. En effet, cet article charge les États parties des devoirs fondamentaux de

²⁰⁵ Opinion reprise du juge R. PIZA ESCALANTE, Cour IDH "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta". Articles 14.1, 1.1 et 2^o de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, opinion consultative OC-7/86 du 29 août 1986, §23, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

respect, de telle façon que tout manquement aux droits de l'homme reconnu dans la Convention, qui peut être attribué, selon les règles du droit international, à l'action ou à l'omission de toute autorité publique, constitue un fait imputable à l'État qui engage sa responsabilité dans les conditions prévues par cette Convention²⁰⁶.

Il ne fait aucun doute –selon la Cour- que toute société souffre de violations de son ordre juridique. Cependant, aussi grave que puissent être certaines actions et aussi coupables que puissent être les auteurs de certains délits, il n'est pas admissible que le pouvoir puisse s'exercer sans aucune limite, ou que l'État puisse se prévaloir de n'importe quelle procédure afin d'atteindre ses objectifs sans aucune soumission au droit ou à la morale. Aucune activité de l'État ne peut se fonder sur le mépris de la dignité humaine²⁰⁷.

Cette disposition a fait l'objet de deux interprétations concernant sa portée. La première fait référence à son caractère autonome, défendue par le juge Cancado Trindade. Elle soutient que l'État engage sa responsabilité en raison de la violation. La deuxième considère que la disposition qui énonce les obligations peut seulement être invoquée en concordance avec un des droits prévus par la CADH. Malgré cette divergence du juge Cancado, il est nécessaire de comprendre que la seule façon de matérialiser la violation des droits de l'homme se fait justement en constatant la violation d'un droit énoncé dans la Convention.

Nous ajouterons à cette position celle du professeur Hennebel qui considère qu'en plus de la conception préconisée par la Cour IDH il faut ajouter (i) le fait immédiat et inconditionnel et (ii) l'effet erga omnes²⁰⁸. Le premier vient du fait que l'État ne peut se soustraire aux obligations acquises en invoquant des changements de sa situation politique, ou l'existence du terrorisme ou de toute autre circonstance. La disposition doit être appliquée à tout moment. Quant au caractère erga omnes, il repose sur le fait que la norme est la

²⁰⁶ Cour IDH, Affaire Kawas Fernández, arrêt de fond, réparations et dépens du 3 Avril 2009, §72, Affaire Velásquez Rodríguez, arrêt du 29 juillet 1988, § 164; Affaire Godínez Cruz, arrêt du 20 janvier 1989, §173; Affaire Caballero Delgado et Santana, arrêt du 8 décembre 1995, § 56 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

²⁰⁷ *Ibidem*, §154.

²⁰⁸ L. HENNEBEL, La Convention Américaine des droits de l'homme "Mécanismes de protection étendue des droits et libertés, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 358-362.

même pour tous les États parties de la Convention et qu'elle doit protéger toutes les personnes sans distinction d'aucune sorte.

On remarquera au regard de cette dernière caractéristique retenue par le professeur Hennebel que cette condition de respect pour tous les citoyens n'est pas opposée à l'adoption de mesures positives pour un groupe minoritaire de population dont les droits sont historiquement inégaux par rapport à un autre groupe majoritaire. Ce genre de mesures est essentiel pour équilibrer une société et rendre effectif le droit à l'égalité. Des catégories comme celles des femmes, des indigènes et des groupes homosexuels sont des bénéficiaires de ce genre de mesures qui entrent dans le cadre des obligations générales de l'État face aux droits de l'homme. Sur ce point, la Cour IDH s'est largement prononcée, en particulier quand elle a abordé la situation des femmes et des peuples indigènes. Ainsi, dans l'affaire de la Maison d'arrêt Castro contre Pérou, la Cour IDH a pour la première fois appliqué la Convention américaine afin de prévenir et de sanctionner la violence contre les femmes en considérant que l'État péruvien avait porté atteinte à diverses dispositions de ce traité international dans le cas d'un groupe de femmes qui se trouvaient en état d'arrestation par les forces de sécurité de l'État péruvien, comme elle l'a d'ailleurs fait à de nombreuses reprises en protégeant les droits des indigènes, en particulier, à la propriété²⁰⁹ communautaire de leurs terres ancestrales²¹⁰.

²⁰⁹ Sur le droit de propriété dans le système interaméricain des droits de l'homme, voir l'article de C. MALWE, « La Protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme » : Salvador Chiriboga c. Equateur, 6 mai, 2008, R.T.D.H, 78/2009 in www.rtdh.eu.

²¹⁰ Cour IDH, Affaire Pueblo Saramaka c Surinam, arrêt du 28 Novembre 2007, Affaire de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Exceptions préliminaires, fond, Réparations et dépends. Arrêt du 15 juin 2005. Affaire de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Affaire Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fond, Réparations et dépends. Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations et dépends, du 29 mars 2006 et Affaire de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fond, Réparations et dépends. Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations et dépends, du 17 juin 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/>.

B) Deuxième catégorie: les obligations de garantie

Le devoir de garantie des États au regard de la structure se matérialise par l'intermédiaire de deux fonctions, (i) les branches de l'exécutif, du législatif et du judiciaire doivent intervenir conjointement dans le cadre de leurs fonctions pour tendre à ce que toutes les personnes puissent bénéficier du plein exercice de leurs droits, sans discrimination d'aucune sorte ; et (ii) cette structure doit être mise au service de l'individu pour que ses droits soient protégés.

La Cour IDH considère que : « (...) la seconde obligation des États parties est de « garantir » le libre et le plein exercice des droits reconnus dans la Convention à toutes les personnes sous sa juridiction ». Cette obligation implique le « (...) devoir des États parties d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures qui permettent d'exercer les pouvoirs publics, de telle façon qu'elles soient capables d'assurer juridiquement le libre et le plein exercice des droits de l'homme ».

L'obligation de garantir le libre et le plein exercice des droits de l'homme ne s'arrête pas à l'existence d'un ensemble de lois qui tend à rendre possible le respect de cette obligation, mais s'étend à l'exercice d'une fonction gouvernementale qui assure l'existence -dans la réalité-, d'une garantie efficace du libre et du plein exercice des droits de l'homme²¹¹. En vertu de cette obligation, les États doivent prévenir, enquêter et sanctionner toute violation des droits reconnus par la Convention et tendre, en outre, à rétablir, si cela est possible, le droit enfreint et, dans ce cas, à réparer les dommages produits par la violation des droits de l'homme.

Le premier de ces devoirs, celui de la prévention, rassemble toutes les mesures de caractère juridique, politique, administratif et culturel qui permettent de sauvegarder les droits de l'homme et d'assurer que leurs violations éventuelles soient effectivement prises en compte et traitées

²¹¹ Cour, IDH, Affaire Velásquez Rodríguez, Arrêt du 29 juillet 1988, § 166-167, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

comme un fait illicite qui, en tant que tel, est susceptible d'entraîner une sanction pour celui qui le commet, ainsi que l'obligation d'indemniser les victimes en raison des préjudices qu'elles auront subis. Il est également clair que l'obligation de prévention est un moyen ou un comportement et que son non-respect n'est pas démontré par le seul fait qu'un droit ait été violé²¹². Ce genre de devoir permet selon Hennebel « d'assurer que les éventuelles violations seront effectivement considérées comme des faits illicites susceptibles d'être sanctionnés, et impliquent, le cas échéant, l'obligation d'indemniser la victime pour le préjudice subi »²¹³.

Le devoir d'enquête implique, qu'elle doit être entreprise avec sérieux et non comme une simple formalité²¹⁴. Dans ce sens, la Cour IDH a rappelé à de nombreuses reprises que : « *l'obligation d'enquêter résulte non seulement des normes conventionnelles du droit international qui ont un caractère impératif pour les États parties, mais provient également de la législation interne qui fait référence au devoir d'enquêter d'office sur certaines conduites illicites, et des normes qui permettent aux victimes ou à leurs familles de dénoncer ou de déposer des plaintes pour faire partie du processus d'enquête judiciaire dans le but d'établir la vérité sur les faits* »²¹⁵.

L'enquête doit avoir un sens et doit être assumée par l'État comme un devoir juridique propre, et non comme une simple gestion d'intérêts particuliers qui dépend de l'engagement d'un recours de la victime ou de ses proches, ou de l'apport d'éléments de preuve²¹⁶.

Enfin, le devoir de sanction implique que l'État sanctionne les infractions aux droits consacrés dans la Convention et les rétablisse par l'intermédiaire d'un processus de réparation. L'État a l'obligation de combattre l'impunité par

²¹² *Ibidem*, par. 175.

²¹³ L. HENNEBEL, La Convention Américaine des droits de l'homme "Mécanismes de protection étendue des droits et libertés, op.cit. pp. 349.

²¹⁴ Cour IDH, Affaire Internado Judicial De Monagas ("La Pica"), paragraphe 14 ème ; Affaire Nogueira de Carvalho et autres, §77, et l'affaire des Personnes Privées de la Liberté de la Prison "Dr. Sebastião Martins Silveira" à Araraquara, São Paulo in <http://www.corteidh.or.cr/>

²¹⁵ Cour IDH, Affaire García Prieto et autres c. Le Salvador. arrêt du 20 novembre 2007. §104 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²¹⁶ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 26 juin 1987, § 176. in <http://www.corteidh.or.cr/>

l'intermédiaire de l'enquête, la poursuite, la capture, la traduction en justice et la condamnation des responsables des violations des droits protégés par la CADH²¹⁷. On soulignera que les mêmes instruments du système interaméricain, européen et international poussent à ce que la sanction s'applique de façon proportionnelle aux dommages produits, en évitant tout excès.

Sur la nature des obligations, la Cour IDH a signalé que les devoirs impliquent une obligation de moyens²¹⁸, position réitérée de façon partielle par ce même tribunal dans l'affaire Valle Jaramillo contre la Colombie où elle a énoncé : « *qu'un État ne peut être tenu pour responsable de n'importe quelle violation des droits de l'homme commise en particulier dans sa juridiction. C'est-à-dire que, bien qu'un acte, une omission ou un fait d'un particulier ait comme conséquence juridique la violation de certains droits de l'homme d'un autre particulier, elle n'est pas automatiquement attribuable à l'État, il faut en effet s'en remettre aux circonstances particulières de l'affaire et à la précision de ces obligations de garantie. En effet, le caractère erga omnes des obligations conventionnelles de garantie à la charge des États n'implique pas leur responsabilité illimitée face à n'importe quel acte ou fait d'un particulier, car leur devoir d'adopter des mesures de prévention et de protection des particuliers dans leurs relations entre eux sont conditionnées par la connaissance d'une situation de risque réelle et immédiate pour un individu ou un groupe d'individus déterminés et par les possibilités raisonnables de prévenir ou d'éviter ce risque* »²¹⁹.

²¹⁷ Cour IDH, Affaire Blanco Romero c Venezuela, arrêt de Nov, 2005, § 94, Affaire du Massacre de Mapiripán, arrêt du 15 septembre 2005, § 295; Affaire Gutiérrez Soler, arrêt du 12 septembre 2005, § 95; et Affaire de la Comunidad Moiwana. Arrêt du 15 juin 2005, §170. in <http://www.corteidh.or.cr/>

²¹⁸ Le débat sur les obligations de moyen et de résultat en droit international public apparaît avec le rapport du juriste Roberto Ago pour la Commission de Droit International des Nations Unies de 1977. Cette distinction a causé des dommages au droit international des droits de l'homme dans la mesure où elle permet à l'État de s'abstenir de respecter ses obligations de respect ou de garantie, en démontrant une attitude déterminée. Cette pratique réfute le respect des droits de l'homme. À ce sujet, Combacau a considéré que cette distinction fait partie d'une transposition de droit civil sans aucun fondement. J. COMBACAU, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981. À ce sujet, voir les décisions de la Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 26 juin 1987, § 177; Affaire Heliodoro Portugal, Arrêt du 12 août 2008, § 144, et Affaire García Prieto et autres, Arrêt du 20 Novembre 2007, §100 in in <http://www.corteidh.or.cr/>

²¹⁹ Cour IDH, Affaire Valle Jaramillo c Colombie, Arrêt du 27 Novembre 2008, §78 et Affaire du Massacre de Pueblo Bello, arrêt du 31 janvier 2006, § 123, in <http://www.corteidh.or.cr/>

La Cour EDH a sur ce même point ajouté : « ... *n'importe quel prétexte de risque pour la vie n'impose pas aux autorités l'obligation conventionnelle de prendre des mesures concrètes afin d'empêcher ce risque de se matérialiser. Pour que cette obligation positive apparaisse, il est nécessaire d'établir qu'au moment des faits les autorités connaissaient, ou aurait dû connaître l'existence d'un risque réel et immédiat pour la vie d'un individu identifié [...]* en ce qui concerne les actes criminels d'autrui, et que ces autorités n'ont pas pris les mesures qui étaient à leur disposition et que l'on aurait pu, de façon raisonnable, être en mesure d'attendre afin d'éviter ce risque »²²⁰.

Cependant, en ce qui concerne la position de la Cour IDH il est important de dire que cette façon de comprendre la responsabilité a été mise à l'épreuve dans deux affaires contre la Colombie où elle a considéré que l'État colombien avait engagé sa responsabilité car bien qu'il ait adopté plusieurs mesures de nature législative afin d'interdire, de prévenir et de punir les activités des groupes d'autodéfenses ou de paramilitaires, elles ne se sont pas traduites par la désactivation concrète et effective du risque que l'État lui-même avait contribué à créer et, par conséquent, sa responsabilité était engagée²²¹. Cela signifie que les mesures de protection et de prévention des particuliers doivent avoir un résultat concret qui n'est autre que l'empêchement de l'action, ce qui à notre avis remet en question la nature de l'obligation de l'État, en la transformant en obligation de résultat.

Dans ce sens, le juge Antonio Cancado Trindade a soutenu à plusieurs reprises que : « (...) *Les obligations de l'État sont de procédure et de résultat, pas seulement de simple conduite (comme l'adoption de mesures législatives insuffisantes ou non satisfaisantes). En effet, l'examen de la distinction entre les obligations de conduite et de résultat tend à s'effectuer sur un plan purement théorique, en présupposant des variations dans la conduite de l'État, et même une succession d'actes de la part de ce dernier, et sans prendre suffisamment*

²²⁰ Cour EDH, Affaire Kiliç v. Turkey, Arrêt du 28 mars 2000, § 62 et 63; Osman v. Royaume Unie, Affaire du 28 Octobre 1998, § 115 et 116, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²²¹ Cour IDH, Affaire Valle Jaramillo c Colombia, arrêt du 27 Novembre 2008, § 78 ; Affaire du Massacre de Pueblo Bello, Arrêt du 31 janvier 2006, § 123 et l'Affaire des Massacres de Ituango, Arrêt du 1^{er} juin 2006 § 134 in <http://www.Couridh.or.cr/cass.cfm>

et dûment en compte une situation dans laquelle un dommage irréparable touche subitement la personne humaine (tel que la privation du droit à la vie en raison du manque d'intervention adéquate de l'État). Il s'agit en réalité d'obligations de résultat et non de comportement, car dans le cas contraire, nous ne serions pas face à un droit impératif, et cela conduirait en outre à l'impunité »²²².

Dans le système européen la séparation entre les obligations de moyen et de résultat n'a pas été prise en compte par la jurisprudence. Ainsi dans une affaire exemplaire, *Colozza et Rubinat contre Italie*²²³, la Cour EDH n'a pas considéré important de différencier les deux types d'obligations, en précisant que dans le cas d'espèce des obligations de résultats s'imposaient²²⁴. Cette orientation jurisprudentielle s'est maintenue depuis cette décision jusqu'à nos jours. Pour le professeur Sudre, au-delà de l'explication fondée sur les engagements des Etats quant aux obligations de moyen ou de résultat, il est nécessaire d'utiliser l'expression d'obligations positives qui permet dans le cadre d'une « interprétation dynamique de la Convention²²⁵ », de participer pleinement à la construction d'un ordre juridique commun²²⁶.

Dans cette perspective il est nécessaire de comprendre que le devoir de respect et de garantie signifie que les États doivent protéger tous les droits de leurs concitoyens, c'est-à-dire protéger la vie, l'honneur et les biens de tous. S'ils ne le font pas, ils engagent leur responsabilité et, par conséquent, devront réparer. L'obligation de respect implique pour l'État un engagement

²²² Vote raisonné du juge de la Cour IDH, A. A. Cancado Trindade, arrêt de fond de la Communauté Indigène Sawhoyamaya c Paraguay, 29 mars 2006, et Vote dissident, arrêt d'interprétation de *trabajadores cesados del Congreso c Perú*, p. 5-6.

²²³ Cour EDH, *Affaire Colozza et Rubinat c Italie*, arrêt du 12 février 1985 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27281701&skin=hudoc-fr&action=request>.

²²⁴ Cette façon de comprendre les obligations de résultats a été réaffirmée dans plusieurs décisions par la cour internationale de justice, *Otages de Téhéran (États-Unis contre l'Iran, arrêt du 24 mai 1980)*.

²²⁵ Expression utilisée par le professeur Patrice Rolland et définie comme : « celle qui partant du texte de la Convention, en tire une conception élargie des droits proclamés, voire de l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie (...) Le dynamisme interprétatif s'appuie essentiellement sur le développement logique d'un concept, d'un droit ou d'un principe fondamental, qui est laissé à la discrétion du juge ». A ce sujet on remarquera l'article de F. SUDRE « Les obligations positives dans la jurisprudence Européenne des droits de l'homme, in *Protection des droits de l'homme : La Perspective européenne*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p.1362.

²²⁶ F. SUDRE « Les obligations positives dans la jurisprudence Européenne des droits de l'homme dans *Protection des droits de l'homme : La Perspective européenne*, op.cit. p.1376.

illimité dans la relation existante entre son devoir et les droits définis dans les traités régionaux des droits de l'homme. L'obligation de garantie implique quant à elle que tous les éléments de l'action de l'État soient engagés à prévenir, enquêter et sanctionner et que toutes les structures de l'État doivent s'adapter à cet objectif. Cette adaptation ne s'entend pas proposée comme une simple obligation de moyen, mais tel que le propose le juge Cancado, elle doit être absolue afin d'éviter l'impunité de l'État.

§ 2 : Limites du devoir d'adopter des dispositions de droit interne

Dans le système interaméricain ce devoir est défini dans l'article 2 de la CADH, alors que dans le système européen les États ne sont pas obligés d'adapter leurs dispositions internes à la Convention. En ce qui concerne le système européen, Tigroudja et Panoussis indiquent à ce sujet que « ... *la convention Européenne des droits de l'homme, considérée comme étant le texte le plus protecteur en matière de protection de l'individu, n'envisage point directement cette possibilité d'obliger un Etat à adopter les actes nécessaires pour garantir l'effectivité des droits énoncés dans l'ordre interne* »²²⁷. Ce commentaire de la professeur Tigroudja doit cependant être relativisé dans la mesure où la Cour EDH a ordonné dans ses décisions la modification de la législation qui contrevenait aux standards conventionnels. Cette perspective sera abordée dans la partie relative à la réparation.

Pour cette raison, nous aborderons cette obligation en utilisant comme référence le système interaméricain, toutes les fois où cette obligation a été développée par la doctrine et la jurisprudence.

Les États parties de la Convention doivent adapter leurs ordonnancements internes aux normes internationales de protection des droits de l'homme. S'ils ne le font pas, ils se retrouveraient dans une situation de dérèglement institutionnel.

²²⁷ H. TRIGROUDJA ET I. PANOUSSIS dans *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 171

Le Juge Gross Espinell, a indiqué que l'article 2 de la Convention impose aux États le devoir d'adopter les mesures requises pour que les droits et les libertés reconnus par la Convention soient effectifs. La raison d'être de ces droits n'est pas conditionnée par l'existence de normes pertinentes dans le droit interne des États parties. Cependant ces États sont obligés d'adopter les mesures législatives ou de tout autre caractère, si elles ne sont pas déjà existantes, pour rendre « effectifs » ces droits et ces libertés²²⁸.

Il s'agit d'une obligation supplémentaire, qui s'ajoute à celle imposée par l'article 1^{er} de la Convention, afin de rendre plus déterminant et certain le respect des droits et des libertés reconnues par la Convention. Pour cette raison l'obligation résultant de l'article 2 complète, mais en aucune façon ne se substitue ou remplace, l'obligation générale et non conditionnée qui résulte de l'article premier²²⁹.

Ce type d'obligation dans le traitement des droits fondamentaux est imposé au juge interne. Afin de l'expliquer nous l'appréhenderons sous deux aspects (i) l'existence d'une législation interne conforme aux Conventions et (ii) le respect du principe du *ius cogens*.

A) Sur l'existence d'une législation interne conforme aux Conventions

L'obligation de l'État d'adapter sa législation interne aux normes de la Convention peut être divisée en deux parties. La première relative à « l'obligation d'approbation normative » et la seconde, « l'obligation de suppression normative »²³⁰. Les deux obligations sont de caractère positif dans la mesure où elles exigent de l'État de légiférer sur une affaire

²²⁸ Opinion séparée du juge Héctor Gross Espinell, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta". Articles 14.1, 1.1 et 2° de la Convention Américaine sur les droits de l'homme; opinion consultative OC-7/86 du 29 août 1986, § 7°.

²²⁹ Ibidem

²³⁰ Cette division est inspirée de celle proposée par la professeur L. BURGORGUE- LARSEN « Vers la création d'une culture commune en matière des droits fondamentaux en Amérique latine. De la force du juge dans « Un droit pour des hommes libres, Normandie, LexisNexis, 2008, p. 21-24.

particulière ou de retirer de l'ordonnancement une certaine législation qui va à l'encontre de la CADH.

L'action de légiférer tout comme celle de retirer de l'ordonnancement des normes contraires à la CADH et à la CEDH provient des décisions des tribunaux internationaux. Cette action est applicable au système interaméricain et européen des droits de l'homme à condition que les décisions des Cours régionales des droits de l'homme ordonnent des changements législatifs après avoir constaté une violation dans un cas particulier.

Dans le système interaméricain, la Cour IDH a manifesté dans de nombreuses affaires les obligations des Etats de modifier leurs législations. Ainsi, dans l'affaire « Olmedo Bustos contre le Chili²³¹ », l'État s'est trouvé dans l'obligation d'adapter ses normes internes dans le sens donné par l'article 13 de la CADH qui protège la liberté d'expression. Dans cette affaire la Cour IDH a indiqué : « *que l'État doit modifier son ordonnancement juridique interne, dans un délai raisonnable, afin de supprimer la censure préalable afin de permettre la projection du film « La dernière tentation du Christ », et doit présenter à la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dans un délai de six mois comptés à partir de la notification de la présente décision, un rapport sur les mesures prises dans ce sens* ».

Dans l'affaire Usón Ramírez contre le Venezuela, la Cour IDH a ordonné à l'État de modifier « *l'article 505 du Code de Justice Militaire utilisé pour juger et condamner M. Usón Ramírez, ce tribunal ayant considéré dans sa décision que cette norme ne délimite pas strictement la conduite délictueuse, entre autres, résultant ainsi en une qualification large, vague et ambiguë qui permet en outre que des civils soient jugés par la justice militaire* »²³².

Dans l'affaire du Massacre des Dos erres contre le Guatemala, la Cour a ordonné à l'État : « *d'adopter, dans un délai raisonnable, en accord avec l'article 2 de la Convention américaine, les mesures législatives,*

²³¹ Cour IDH, Affaire Olmedo Bustos c. Chile, arrêt du 5 février 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

²³² Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Chile, arrêt du 20 novembre 2009, § 173 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

*administratives ou de tout autre nature qui soient nécessaire pour réguler la Loi de Protection, afin d'adapter ce recours à son véritable objectif et but, en conformité avec les standard interaméricain de protection des droits de l'homme*²³³ ».

S'agissant de l'obligation de suppression législative, il est important d'indiquer qu'elle se fonde sur deux obligations : la première naît de la signature et de la ratification de l'instrument international de protection et l'autre provient des obligations contenues dans les instruments internationaux, en particulier l'obligation contenue dans l'article 2 de la CADH –la CEDH ne contenant aucune disposition semblable-, de garantir par des mesures législatives ou de tout autre caractère la protection des droits contenus dans les Conventions. Il faut prendre en compte que les États ne peuvent inclure dans leurs législations des mesures qui contreviendraient au respect des obligations qu'ils ont acquises. Sur ce point, la doctrine ainsi que la jurisprudence internationale ont été unanimes pour signaler que l'amnistie ou la grâce ne sont pas possibles quand des violations internationales des droits de l'homme sont en cause.

Dans ce sens et de façon concrète, la CIDH et la Cour IDH ont appréhendé les amnisties comme un mécanisme qui viole les droits et les garanties contenues dans la Convention. Ainsi le rapport spécial sur la situation des droits de l'homme au Salvador²³⁴ prévoit l'impossibilité d'adopter des amnisties ou des grâces qui s'appliqueraient à des personnes qui auraient violé les droits de l'homme ou le droit international humanitaire.

Dans le rapport No. 36/96, la CIDH²³⁵ estime que le recours aux amnisties rend inefficaces et sans valeur les obligations internationales des États parties imposées par les articles 1.1 et 2 ; dans ce sens elles constituent une violation et privent les droits en vigueur de toute effectivité en empêchant que les responsables soient traduits en justice et punis.

²³³ Cour IDH, Affaire Massacre de las dos Erres c. Guatemala, arrêt du 24 novembre 2009, §. 238-242 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

²³⁴ Com IDH, rapport spécial sur la situation des droits de l'homme au Salvador du 11 février 1994 in <http://www.cidh.org/countryrep/EISalvador94sp/indice.htm>.

²³⁵ Com IDH, Rapport 10,843, N°. 36/96, du 14 mars 1997, § 50 in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

Dans l'affaire Barrios Altos²³⁶, la Cour IDH a considéré inadmissibles les mesures d'amnisties, de prescriptions, et l'établissement d'exclusions de responsabilité qui paralysent l'enquête et la sanction des responsables de violations graves des droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées, contrevenant aux droits intangibles reconnus par le droit international des droits de l'homme. Dans l'affaire 19 commerçants, la Cour IDH a réaffirmé cette position en posant que « aucune loi ou disposition de droit interne -y compris les lois d'amnistie et les délais de prescription- ne peut empêcher un État d'exécuter l'ordre de la Cour d'enquêter et de sanctionner les responsables de violations des droits de l'homme. Dans l'affaire Barrios Altos, la Cour IDH a considéré inadmissibles les dispositions d'amnisties, de prescriptions, et l'établissement d'exclusions de responsabilité qui prétendent empêcher l'enquête et la sanction des responsables de violations graves des droits de l'homme –dans le cas d'espèce- comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées, celles-ci étant interdites pour contrevenir aux droits auxquels on ne peut déroger reconnus par le droit international des droits de l'homme »²³⁷.

Ainsi, les lois d'autoamnistie, en plus d'être manifestement incompatibles avec la Convention américaine et, par conséquent, dépourvues d'effets juridiques, n'ont aucune validité juridique, et contreviennent aux normes du droit international des droits de l'homme. Elles sont plutôt la source –*fons et origo*- d'un acte international illicite : à partir de leur adoption –*tempus commisi delicti*-, et indépendamment de leur application postérieure, elles engagent la responsabilité internationale de l'État²³⁸.

²³⁶ Cour IDH, Affaire Barrios Altos c Pérou, Arrêt du 14 mars 2001, § 41 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²³⁷ Cour IDH, Affaire 19 comerciantes c Colombie, arrêt du 5 juillet 2004, § 97 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²³⁸ Cour IDH, vote concurrent du juge Antonio Cancado Trindade, Affaire Barrios Altos, arrêt du 14 mars 2001, §11 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Fondée sur l'adhésion au *ius cogens*, la responsabilité internationale de l'État se place dans l'obligation de faire cesser cette violation des droits fondamentaux de la personne humaine -pour l'abrogation rapide de ces lois-, et dans le cas d'espèce de réparer les conséquences du préjudice causé²³⁹. Comme le juge Cancado, Bassioni considère que l'impunité résulte des amnisties et des grâces ; elle est devenue le prix politique à payer pour arrêter la violence et les conflits en cours, ou pour garantir un changement de régime²⁴⁰.

Pour renforcer ce propos, on mentionnera un rapport de la CIDH²⁴¹, qui mentionne le travail présenté par le rapporteur spécial des Nations unies, Louis Joinet, dressant une liste de quarante-deux principes destinés à la protection et à la promotion des droits de l'homme. Il envisage dans le principe 18 le devoir des États d'administrer la justice de façon adéquate. Selon Joinet, ce rappel se justifie en ce que les États ne respectent pas leur obligation d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et d'adopter – particulièrement dans le domaine de l'administration de la justice-, des mesures qui garantissent que les responsables de ces violations soient accusés, jugés et punis.

Un tel contresens judiciaire, consistant dans l'adoption de grâces et d'amnisties, s'oppose à l'apprentissage de nouveaux développements institutionnels comme la « justice de transition » qui permet d'adopter une forme transitoire de justice respectant les standards des droits de l'homme²⁴². Cette forme de justice permet de traduire en justice les responsables de la

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ CH. BASSIONI, "La Represión de Crímenes Internacionales: *ius cogens* y obligatorio *erga omnes*", dans *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, –sistemas romano-germánicos–. Rapport de la réunion d'Experts, Genève, 23 au 25 septembre 1997, Comité International de la Croix Rouge, CICR, Service de Conseil en Droit international humanitaire, Genève; pp. 29-55.

²⁴¹ Com IDH, Rapport No. 1/99, Lucio Parada Cea et autres c. El Salvador du 27 janvier 1999 in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

²⁴² Voir le travail de R. UPRIMNY, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales formas de justicia transicional y el cas colombiano en ¿Justicia transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá, Dejusticia 2004, p.17-45.

violation des droits de l'homme, sans tomber dans l'abstraction de mécanismes comme les commissions de vérité²⁴³.

En s'appuyant sur la Cour IDH elle a eu l'opportunité d'établir les éléments qu'une politique publique en matière de justice de transition doit contenir, en utilisant l'affaire du massacre de la Rochela contre la Colombie. Dans cette affaire, le tribunal interaméricain a considéré que l'État doit remplir son devoir d'enquêter, de juger, de punir et de réparer les violations graves des droits de l'homme. Pour y parvenir, le tribunal a suggéré les actions suivantes : respecter le droit d'agir en justice, de garantir un délai raisonnable, le principe de contradiction, le principe de publicité, le principe de proportionnalité de la peine, le principe de chose jugée, le principe de réparation intégrale et le principe de recours effectif. De façon spécifique, la Cour IDH considère qu'il est nécessaire de protéger les témoins, les victimes, les familles et les serviteurs de la justice, d'établir l'existence de structures criminelles complexes et leurs relations avec la violation, de garantir la participation des victimes au cours de toutes les étapes du processus et d'imposer des sanctions proportionnelles au type de bien juridique affecté par l'auteur du délit²⁴⁴.

Dans le cas européen, l'amnistie n'a pas fait l'objet de déclarations de la Cour EDH en raison des diverses situations politiques en Europe, mais elle s'est prononcée sur l'existence de la législation discriminatoire contre les couples homosexuels²⁴⁵ ou dans le cas de L contre Lituanie²⁴⁶ dans laquelle la Cour EDH a exigé que l'État lituanien modifie sa législation pénale dans les trois mois suivant la notification du jugement.

²⁴³ Voir le chapitre "Gross and Systematic violations" de D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2005, pp. 389-424. Dans le même sens nous recommandons le texte de l'écrivain E. SABATO "Nunca más", Rapport de la Commission sur la disparition de personnes dans la République d'Argentine, 1985.

²⁴⁴ Cour IDH, Affaire "Masacre la Rochela" c Colombie, Arrêt du 11 mai 2007, § 190-198, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²⁴⁵ Voir Cour EDH, Affaire Norris c. Irlande, arrêt du 26 octobre 1988 et Dudgeon c. Royaume Uni, 22 octobre 1981 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²⁴⁶ Cour EDH, Affaire L c. Lituanie, arrêt du 11 septembre 2007, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27283670&skin=hudoc-fr&action=request>

Au vu de ce qui précède nous pouvons conclure que les Cours régionales de protection des droits de l'homme limitent par le biais de leur action judiciaire la marge d'appréciation de l'État, en leur imposant l'obligation d'adapter leur ordonnancement interne, que ce soit par la création de normes juridiques ou par la suppression de normes contraires aux instruments internationaux.

B) Sur l'inclusion du principe « Ius cogens »²⁴⁷ dans l'ordonnancement interne

L'inclusion du principe du ius cogens dans l'ordonnancement interne s'effectue avec l'adoption de dispositions qui recherchent la protection des droits de l'homme. Ceci aboutit à donner une autre perception de l'État. Ce principe a été caractérisé par certains théoriciens dont le professeur Dupuy comme ce qui est : « *constitué de règles de droit international général, c'est-à-dire de droit coutumier, non seulement obligatoire mais impératif, puisqu'on ne peut y déroger* »²⁴⁸.

Le principe du ius cogens parvient à être codifié avec la Convention de Vienne de 1969. Cependant, il a des origines antérieures ayant été particulièrement qualifié au travers de l'opinion consultative de la CIJ de 1951 sur la nature des réserves de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui souligne que: « (...) *les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations*

²⁴⁷ Pour une étude approfondie de cette institution voir les travaux de K. KOLB, *Théorie de Ius Cogens International*, Paris, PUF et de E.P NICOLOUDIS, *La nullité de ius cogens et le développement contemporain du Droit international public*, Athènes, Éd. Papazissi, 1974, Hannikainen, L. PEREMPTORY Norms (Ius cogens) in *International Law - Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988 et M. DE SALVIA, "L'élaboration d'un 'jus commune' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. WIARDA* (eds. F. Matscher y H. Petzold), 2a. ed. Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990.

²⁴⁸ P- M. DUPUY, *Ius cogens*, dans "Dictionnaire des droits de l'homme" sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P MARGUENAUD, S. RIALS ET F. SUDRE, Paris, Puf, 2008, pp. 566-570.

civilisées comme obligeant les États, même en dehors de tout lien conventionnel »²⁴⁹.

Suite à cette existence dans la pratique comme source de droit international public, ce principe a été codifié dans les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969, qui évoquent le besoin d'imposer aux États une obligation de respect de l'accomplissement des normes impératives du Droit International général. Ces articles énoncent :

« Article 53 : Est déclaré nul tout traité qui s'oppose à une norme impérative de Droit International général -ius cogens- qui n'admette pas d'accord contraire et qui peut seulement être modifié par une norme ultérieure de Droit International général qui ait le même caractère ».

L'article 64 : *« Si une nouvelle norme impérative de Droit International général de la même nature que celle indiquée dans l'article 53 est établie, tout traité existant qui serait en opposition avec cette norme sera nul et s'éteindra ».*

L'obligation de compatibilité qui doit exister entre le texte du Traité et le principe du *ius cogens* provient des normes énoncées. Ainsi, un Traité International doit viser l'accomplissement de son but et de sa finalité en accord avec les normes du Droit International général. Dans le cadre de la sixième commission lors de la 18^e période de sessions de l'assemblée générale des Nations unies, tous les représentants ont reconnu l'existence des normes du *ius cogens*²⁵⁰. Dans ce sens, l'observation 24 du comité des droits de l'homme des Nations unies²⁵¹ précise qu'il n'y a aucune réserve en ce qui concerne les droits civils et politiques posés dans le PIDCP car ses normes sont des règles du droit international coutumier. Cela réaffirme que la communauté internationale est engagée dans ce principe qui ouvre la voie

²⁴⁹ CIJ, Avis Consultative, Sur la nature des réserves de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide, 28 mai 1951 in <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4>.

²⁵⁰ Makarevitch, República Socialista Soviética de Ucrania, Convención de Viena, 1968. Sur les origines de l'expression *ius cogens*: "Tercer Informe de Fitzmaurice, II ILC, Yearbook X", 1958, 26-28, 40-41.

²⁵¹ Comité de droits de l'homme des Nations Unies, Observation 24 adoptée le 24 novembre 1994. in [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/69c55b086f72957ec12563ed004ecf7a?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/69c55b086f72957ec12563ed004ecf7a?Opendocument)

vers l'efficacité des tribunaux des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Les normes qui figurent dans la Convention de Vienne ou dans les discours au sein des organisations internationales ne sont pas le seul socle du *ius cogens*, la jurisprudence internationale a également pris acte de son caractère obligatoire. A de nombreuses reprises, la CIJ s'est prononcée sur l'existence ou la portée du principe *ius cogens*, ainsi dans le cas des activités armées au Congo, le tribunal a considéré que cette notion incluait l'interdiction du génocide²⁵². Une position similaire a été adoptée par la Chambre des Lords dans le cas Pinochet²⁵³, par la commission de droit international face à l'esclavage²⁵⁴ et par la Cour EDH dans le cas Al Adsani contre Royaume-Uni²⁵⁵ où il est indiqué que l'interdiction de la torture appartient au domaine du *ius cogens*. Sur le continent américain, la Cour IDH a également pris acte de son caractère obligatoire²⁵⁶. Pour le juge Cancado Trindade : « *Le ius cogens a une incidence directe sur les fondements mêmes d'un droit international universel, et est un des piliers du nouveau jus Gentium* »²⁵⁷.

Les questions à résoudre sur l' *ius cogens* sont les suivantes : (i) qu'entend-t-on par « *norme de droit international général* », (ii) quelle est la raison pour que la norme soit « *acceptée et reconnue par tous les États* » et (iii) comment peut-on comprendre qu'il ne peut y avoir une norme *ius cogens* qui contredise une autre antérieure²⁵⁸.

²⁵² CIJ, Affaire Activités armées du Congo, arrêt du 3 février, 2006 in <http://www.icj-cij.org/search/index.php?lang=fr&lg=0&op=&op=0&p2=2&pg=7&str=fera>

²⁵³ Chambre des Lords- CL- (Royaume Uni), Affaire Pinochet, arrêt du 25 Novembre 1998, in <http://www.derechos.net/doc/pino/lores1.html>

²⁵⁴ F. SUDRE, Droit Européen et international des droits de l'homme, 9 Edition, Paris, 2008, p.80.

²⁵⁵ Cour EDH, Al Adsani c. Royaume Uni, arrêt du 21 novembre, 2001 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

²⁵⁶ Deux exemples de la jurisprudence sont donnés dans l'affaire Villagrán Morales de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme, arrêt du 19 novembre 1999, où est affirmé: « Le caractère de *ius cogens*, du droit à la vie, constitue la base essentielle pour l'exercice des autres droits », par. 139. L'autre est l'affaire Caesar c Trinidad et Tobago, 11 mars 2005, où il a été reconnu que le principe d'interdiction de la torture a un caractère « *erga omnes* ».

²⁵⁷ A.A. CANÇADO TRINDADE, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), chap. XII, pp. 336-346 cité dans le Vote raisonné du juge Cancado Trindade dans l'arrêt d'interprétation du Penal Castro Castro du 2 Août 2008.

²⁵⁸ Il est important de préciser qu'une nouvelle norme de *ius cogens* peut apparaître à posteriori, mais elle ne peut en aucun cas être antagonique à la précédente.

L'expression de « norme de droit international général » induit un débat sur l'universalité ou le particularisme au sein du droit international des droits de l'homme que nous aborderons ultérieurement. Il nous semble que les normes des droits de l'homme doivent être comprises au sein de cette expression de droit international général, sous réserve qu'elles soient définies par les tribunaux internationaux, dans les traités ou par l'intermédiaire des résolutions prises par l'assemblée générale de l'ONU.

Malgré cela, les décisions de justice permettent que des positions indiscutables sur les droits de l'homme, comme le respect de la vie et de l'intégrité des personnes, l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains, cruels et dégradants, entre autres, fassent partie d'un projet universel de respect des droits de l'homme, élevant les standards de civilité²⁵⁹ sur la planète. Sur ce point, il faut considérer que quand il est fait mention de « *tous les États* » et que la décision ou l'acte de l'organisme international qui définit une norme de *ius cogens* est prise par l'intermédiaire d'un vote, elle doit être respectée par tous les participants au débat, même s'ils n'étaient pas d'accord²⁶⁰.

Quand au fait qu'une norme d'*ius cogens* n'en contredise pas une autre, on notera que cela n'a été discuté ni dans la théorie ni dans la pratique, alors qu'ont été établies dans le domaine des droits de l'homme des normes du *ius cogens* qui sont contradictoires avec d'autres reconnues précédemment. A chaque fois qu'un organisme ou un traité international reconnaît ces normes, il le fait au bénéfice de l'être humain et, par conséquent, il est improbable qu'une autre norme qui contredise cette protection apparaisse.

²⁵⁹ Le sens de l'expression "civilisation" vient de la construction théorique du sociologue Edgar Morin qui signale que l'homme doit revenir au centre des débats, en tenant compte qu'il faut remplacer le « bien-être » par le « bien vivre » dans le cadre d'une nouvelle solidarité non anonyme, avec éducation et une réanimation de la convivialité dans "Pour une politique de civilisation", Paris, Edit, Arlea, 1997.

²⁶⁰ Cette position est fondée sur le principe de la « démocratie universelle développée par plusieurs chercheurs, d'où ressort l'étude du professeur D. HELD, "La democracia y el orden global", Barcelona, Paidós, 1997.

Lors de la conférence préparatoire de la Convention de Vienne, le délégué Bolintineanu, de Roumanie a déclaré : « (...) *la reconnaissance du ius cogens est une consécration des principes fondamentaux du droit international... ces principes tendent à favoriser la justice, la paix et la collaboration entre les États et à renforcer la suprématie du droit dans les relations internationales* ».

L'application de ce principe se déduit de ce qui est indiqué dans le préambule de la CEDH et de la CADH²⁶¹ et de l'article 29 de la CADH²⁶² dont le contenu rassemble des normes d'interprétation ou herméneutiques. Dans le système européen, le préambule prévoit que les États parties s'obligent à assurer la reconnaissance et l'application universelle et effective des droits de l'homme, de la même façon qu'ils réaffirment leur attachement aux libertés fondamentales. Dans le système américain, la Convention a tendance à intégrer le système régional et le système universel de protection des droits de l'homme. Ainsi, le préambule reconnaît que « (...) *les principes qui servent de base à ce traité ont été réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux, aussi bien d'ampleur universelle que régionale* »²⁶³.

Dans ce sens, l'article 29 doit s'intégrer aux règles générales d'interprétation contenues dans la Convention de Vienne de 1969. Il s'impose que les traités doivent être interprétés « (...) *de bonne foi et conformément au sens courant qui est attribué au terme de Traité dans son contexte et en tenant compte de son but et de sa finalité* »²⁶⁴.

²⁶¹ Sur la nature de lien du préambule de la CEDH, la Cour EDH a indiqué dans l'affaire *Golder c Royaume Uni* " le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'objet et du but de l'instrument à interpréter", 21 février, 1975 en www.echr.org.

²⁶² L'article 29 de la Convention signale que : "aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée dans le sens de :

a. Permettre à un État partie, un groupe ou une personne, de supprimer la jouissance et l'exercice des droits et des libertés reconnues dans la convention ou à les limiter dans une plus grande mesure que celle qui y est prévue.

b. Limiter la jouissance et l'exercice de n'importe quelle droit ou liberté qui puisse être reconnu par les lois de n'importe quel État partie ou selon une autre convention dont un de ces États serait signataire.

c. Exclure d'autres droits et garanties qui sont inhérentes à l'être humain ou qui proviennent de la forme démocratique représentative de gouvernement.

d. Exclure ou limiter l'effet que peuvent produire la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et d'autres actes internationaux de la même nature.

²⁶³ Cour IDH, "Otros Tratados", Avis consultative OC-1/82 du 24 septembre 1982 §42 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁶⁴ Article 31.1 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités (CVDT).

Tout moyen d'interprétation non conforme à ce qui précède et qui ne contient pas un critère raisonnable, produit un déséquilibre entre les parties, et porte en même temps atteinte à la CADH²⁶⁵ et à la CEDH quant au principe de *ius cogens*. Pour cette raison, on ne peut concevoir les traités de droits de l'homme comme des traités multilatéraux de type traditionnel, conclus en fonction d'un échange réciproque de droits, pour le bénéfice mutuel des États signataires²⁶⁶.

Ce développement et l'application de la norme « *ius cogens* » explique que les traités de droits de l'homme et ceux de droit international humanitaire deviennent des normes de *ius cogens* du fait qu'elles protègent l'individu, et empêchent en même temps en accord avec la Convention de Vienne l'apparition de normes qui lui sont contraires. Cependant, les tribunaux, dans leur travail d'interprétation des droits de l'homme consacrés dans les instruments internationaux, l'ont concrétisé en élargissant son contenu matériel qui s'exprime d'une façon beaucoup plus profonde dans le domaine du droit international des droits de l'homme que dans le domaine du droit international public, où cette figure juridique a été construite. Nous en retrouvons des exemples dans la jurisprudence de la Cour IDH où des principes comme l'égalité, la non-discrimination, l'interdiction de la torture ou de la disparition forcée²⁶⁷ ou le droit d'accéder à la justice²⁶⁸ ont fait partie de la notion d'*ius cogens*. Cette mobilité schématique permet de comprendre la dimension d'*ius cogens* dans le domaine des droits de l'homme.

²⁶⁵ Cour IDH, Affaire Paniagua Morales et autres, arrêt du 25 janvier 1996, § 40 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁶⁶ Cour IDH, Avis Consultatif "Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos de l'Homme", articles 74 et 75, OC-2/82, du 24 septembre 1982, §29-33 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁶⁷ Voir, Cour IDH, Avis Consultatif No 18 sur la Condition Juridique et les Droits des Migrants sans documents. Ainsi, les votes raisonnés du juge de la Cour IDH, Antonio Cancado Trindade ressortent dans les cas Goiburú et autres, Almonacid Arellano versus Chile, et de La Cantuta versus Pérou dans A.A. CANÇADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos de l'Homme - Esencia y Trascendencia* (Votes en la Cour Interamericana de Derechos de l'Homme, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007.

²⁶⁸ Cour IDH, Affaire Goiburú et autres c. Paraguay, arrêt de fond du 22 septembre 2006, Vote raisonné A.A. CANÇADO TRINDADE, § 62-68, Affaire Almonacid Arellano versus Chile, arrêt du 26 septembre 2006, §58-60 in <http://www.corteidh.or.cr/>

De nos jours, les opérateurs de justice²⁶⁹ doivent interpréter les conventions de droits de l'homme conformément à la bonne foi et au but et finalité du Traité, et tenir compte en même temps du caractère d'*ius cogens* des normes de protection afin de ne pas courir le risque de les transgresser. Au cas où cela arriverait, leur marge d'appréciation serait viciée, et ouvrirait la possibilité pour la juridiction internationale de corriger cette déviation fonctionnelle.

²⁶⁹ Nous entendons par "opérateurs de justice" les ONG, les agents des États, ceux qui sont commissionnés et les avocats, en général.

Section II : Les limites dans les traités internationaux des droits de l'homme : Obligations de sanction et de respect des mesures internationales de protection.

§ 1 : L'obligation de réparation interne en cas de violation des droits de l'homme

Le droit se fonde sur la réparation. Dans un premier temps l'existence ou non d'une violation des droits de l'homme est vérifiée et dans un deuxième temps intervient la sanction éventuellement imposée. L'existence d'un droit de réparation dans la législation de l'État au titre de la violation des droits de l'homme est un élément essentiel pour leur protection effective. Une protection des droits de l'homme sans possibilité de réparation constitue une violation de ces droits. L'absence d'action dans ce sens, manifeste un abandon de l'État dans la protection des droits et déclenche l'action internationale pour protéger les droits de l'homme²⁷⁰. Dans les faits la réparation constitue un des piliers du droit des gens et appartient au *ius cogens*.

L'État doit réparer les préjudices subis par les victimes et les familles victimes des violations des droits de l'homme, protégés par les instruments internationaux. S'il ne le fait pas, les cours régionales des droits de l'homme ont la possibilité d'engager sa responsabilité internationale et d'ordonner à l'État, la réparation, celui-ci ne pouvant pas se soustraire à la sanction ou lui donner un sens différent de celui établi par le juge international. Quant à la forme de réparation, un point de divergence important existe entre le système interaméricain et européen des droits de l'homme dans la mesure où le premier a interprété la réparation d'une façon beaucoup plus large que son homologue européen. Pour le tribunal américain, la *restitutio in integrum* doit impliquer (i) une réparation et le (ii) le droit à la vérité. Dans le système

²⁷⁰ Sur ce point, la Jurisprudence de la Cour IDH, comme celle de la Cour EDH, ont posé l'obligation d'adopter des mécanismes de réparation au sein de l'État. Cela apparaît dans l'affaire de la Cour IDH, Salvador Chiriboga c Equateur, arrêt du 6 mai 2008 et dans l'Arrêt de la Cour EDH, Guillemin c. France, 21 février 1997, entre autres.

européen, ni la réparation²⁷¹, ni le droit la vérité n'ont été incorporés dans la notion de « satisfaction équitable »²⁷² de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui « prend la forme d'une réparation pécuniaire, l'évaluation du dommage se faisant en équité »²⁷³. Pour cette raison le mécanisme de la réparation sera expliqué comme une limite imposée aux États pour adapter leur système de responsabilité dans le sens où celui qui cause un dommage doit le réparer.

On s'emploiera à montrer pourquoi les mesures de réparation sur le plan international constituent une limite de la marge nationale d'appréciation de l'État dans l'exercice de son pouvoir de sanction.

A) La réparation: l'orientation vers la « restitutio in integrum »

La réparation²⁷⁴ de la conséquence d'un acte préjudiciable est composée notamment de l'indemnisation et de la satisfaction de garanties de non répétition²⁷⁵. Sa nature et son montant dépendent du dommage causé sur le plan autant matériel que moral. La réparation ne peut impliquer un enrichissement ou un appauvrissement de la victime ou de ses héritiers²⁷⁶. Afin de développer ce point et de rechercher la limite de l'action de l'État, deux aspects seront abordés : (i) la structure de la réparation internationale, (ii) les caractéristiques de la réparation.

1) La structure de la réparation internationale

²⁷¹ Seulement dans les affaires Assanidze c Georgia du 8 avril 2004 et Sejdovic contre l'Italie du 1^{er} mars 2006, la Cour EDH a ordonné d'autres mesures différentes de l'indemnisation.

²⁷² Sur ce sujet, voir l'ouvrage de J-F, FLAUSS, La réparation due en cas de violation de la CEDH, Journal de droit Européen, 1996, No. 25, p. 8-15.

²⁷³ J-F RENUCCI, Traité de droit Européen des droits de l'homme, LGDJ, Paris, 2008, p. 898.

²⁷⁴ La *restitutio in integrum* se définit comme le rétablissement de la situation antérieure. A ce sujet voir l'article de S. GARCIA RAMIREZ, Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, Estudios jurídicos, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2000, pp. 407 et sv.

²⁷⁵ Cour IDH, Affaire Blake, Arrêt du 22 janvier 1999 § 31; Affaire Loayza Tamai, Arrêt de réparations du 27 novembre 1998, § 85; Affaire Castillo Páez, Arrêt du 27 novembre 1998, §48 et l'affaire Suárez Rosero, Arrêt du 20 janvier 1999, § 41 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁷⁶ Cour IDH, Affaire Garrido et Baigorria, Arrêt du 27 août 1998, § 42; Affaire Loayza Tamayo, Arrêt du 27 novembre 1998, § 86; Affaire Castillo Páez, Arrêt du 27 novembre 1998, § 49 et l'affaire Suárez Rosero, Arrêt du 20 janvier 1999, § 42 in <http://www.corteidh.or.cr/>

L'article 63.1 de la convention américaine sur les droits de l'homme²⁷⁷ tout comme l'article 41 du protocole 11²⁷⁸ de la Convention européenne des droits de l'homme ordonne la possibilité de réparer les victimes de violations des droits de l'homme. Dans le système universel, l'obligation de réparer est incluse dans le principe No. 33 parmi l'ensemble des principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme. On doit cela à la lutte contre l'impunité défendue par Louis Joinet qui énonce que : « *toute violation d'un droit de l'homme entraîne un droit de la victime ou de ses descendants à obtenir une réparation, qui implique le devoir de l'État de réparer et le droit de se retourner contre l'auteur* »²⁷⁹.

Les dispositions transcrites contiennent une déclaration manifeste sur la façon d'effectuer une juste indemnisation. Les deux normes établissent le contrôle par les tribunaux de l'ordonnement juridique de l'État en infraction, en définissant une indemnisation de la partie dont les droits ont été lésés. Dans le système interaméricain, une indemnisation a de nouveau été inscrite par la Cour IDH en considérant que la notion de juste indemnisation, entre dans la description de la notion de réparation. Les types de préjudices ont été pris en compte pour la déterminer. Dans le système européen, la Cour EDH ordonne la réparation et c'est le comité des ministres qui doit superviser son accomplissement. Dans l'actualité, l'article 75 du règlement de la Cour EDH établit de satisfaire le pétitionnaire « équitablement ».

Selon la jurisprudence des tribunaux régionaux, la réparation intégrale se compose de l'indemnisation, de la réparation, de la réhabilitation, de la

²⁷⁷ « (...) disposera ainsi, si cela était nécessaire, que les conséquences de la mesure ou de la situation qui a entraîné la violation de ces droits soit réparée et le paiement d'une indemnisation juste de la partie lésée »,

²⁷⁸ Protocole 11 sur la restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention- 11 mai, 1994- L'article 41 indique: Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable in <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=7&DF=>

²⁷⁹ L JOINET, Rapport final de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies (CDHNU), 49^o période de sessions. Rapport final révisé sur la question de l'impunité des auteurs de violations des Droits de l'Homme in <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/db75a8c4584f145a8025665e004857b6?Opendocument>

satisfaction et des garanties de non répétition. Ces composantes ont été énoncées dans ce sens par le rapport de Van Boven et Cherif Bassioni sur les principes et les directives principales du droit des victimes de violations des normes internationales des droits de l'homme et du droit international humanitaire²⁸⁰.

En premier lieu, l'indemnisation s'applique aussi bien dans le système européen qu'interaméricain. Elle repose sur l'évaluation des préjudices. Ils sont divisés en deux catégories : les préjudices matériels et moraux. Les premiers se divisent en perte subie et manque à gagner, alors que les seconds sont définis de façon autonome. Le dommage matériel ou subi est défini comme la perte ou le manque de revenus des victimes, les dépenses effectuées en raison des faits, et les conséquences de caractère monétaire qui sont en relation causale avec les faits de l'affaire²⁸¹. Cette perte doit être d'importance, plus ou moins immédiate et quantifiable. Pour le juge interaméricain, ce genre de dommage est difficile à quantifier. Pour cette raison, le demandant devra le démontrer pour que le juge le reconnaisse.

Le manque à gagner quant à lui peut être défini comme le revenu non perçu. La Cour IDH affirme que pour le déterminer il est nécessaire de réaliser une estimation prudente des revenus possibles de la victime suivant son espérance de vie²⁸². La Cour IDH prend pour l'établir plusieurs facteurs en compte: l'âge, l'espérance de vie, le salaire moyen et les dépenses personnelles, entre autres.

Il apparaît dans la jurisprudence de la Cour IDH sur les indemnisations qu'à partir du montant qui résulte de l'appréciation sur la base des revenus de l'individu, et de l'espérance moyenne de vie dans des conditions normales, il faut déduire 25 % en raison de dépenses personnelles de la victime tout au

²⁸⁰ Rapport de T. VAN BOVEN ET CH BASSIONI, Principes et directives de base sur le droit des victimes de violations des normes internationales de Droits de l'Homme et du droit international humanitaire à présenter des recours et à obtenir réparation in <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/reparacion.html>

²⁸¹ Cour IDH, Affaire Trujillo Oroza, arrêt du 27 février 2002, Vote raisonné du juge García Ramírez in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²⁸² Cour IDH, Affaire Godínez Cruz, arrêt du 26 juin 1987 §47 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

long de sa vie future ; il reste donc 75 % du total revenant à ses héritiers. Cette façon de calculer le préjudice a des détracteurs comme le juge García Ramírez²⁸³, qui considère que dans l'économie réelle, qui oriente les réflexions de la Cour et l'adoption d'une certaine méthodologie, un individu peut difficilement garder pour lui 25 % de ses revenus et donner à ses héritiers la différence. Sur un autre point, la Cour IDH²⁸⁴ a surmonté l'impossibilité d'évaluer le salaire qu'auraient perçu les victimes, en retenant comme base d'indemnisation le salaire minimum existant dans l'État contrevenant. La Cour IDH a reconnu que l'État ne pouvait imposer les indemnisations pécuniaires qu'elle fixe. Quant à la Cour EDH, le rapport Woolf²⁸⁵ a donné une interprétation de l'article 41 de la Convention déterminant la façon de procéder à l'indemnisation des préjudices, proche de celle qui a été décrite pour le système interaméricain.

Les préjudices moraux renvoient à l'évaluation des dommages moraux. Ils sont définis comme le dommage, la douleur ou l'angoisse intérieure atteignant le cœur ou l'esprit de la victime ou des membres de sa famille. Cette souffrance est dans certains cas telle, que les victimes sont physiquement touchées et perdent même l'envie de vivre. Au cours du débat sur le dédommagement du dommage moral, la Cour IDH a signalé que dans de nombreux cas d'autres tribunaux internationaux ont considéré que la sentence constitue en tant que telle une indemnisation suffisante du dommage moral²⁸⁶.

²⁸³ Cour IDH, Affaire Bámaca Velásquez, arrêt du 25 novembre 2000 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²⁸⁴ Cour IDH, Affaire Paniagua Morales et autres, arrêt du 25 mai 2001, §116; Affaire Castillo Páez, arrêt de réparations, §75 et l'affaire Neira Alegria et autres, arrêt de réparations, § 49 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²⁸⁵ WOLF, Rapport « Difficultés de la Cour Européenne des droits de l'homme, décembre 2005 in <http://www.echr.coe.int/fr/Press/2005/dec/RapportdeLordWoolfdisponibleenligne211205.htm>

²⁸⁶ Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Elle a été prise du paragr. 84 de l'arrêt de réparations du 27 novembre 1998 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, cas Castillo Páez, Cour EUR. D. H. arrêt Kruslin 24 avril 1990, série A no. 176-A, p. 25, par. 39; Cour eur. D. H., arrêt McCallun du 30 août 1990, série A no. 183, p. 17, par. 37; Cour eur. D. H., arrêt Wassink du 27 septembre 1990, série A no. 185-A, p. 15, par. 41; Cour eur. D. H., arrêt Koendjibiharie du 25 octobre 1990, série A no. 185-B, p. 42, par. 34; Cour eur. D. H., arrêt Darby du 23 octobre 1990, série A no. 187, p. 14, par. 40; Cour eur. D. H., arrêt Lala c. Pays-Bas du 22 septembre 1994, série A N.º. 297-A, p. 15, par. 38; Cour eur. D. H., arrêt Pelladoah c. Pays-Bas du 22 septembre 1994, série A no. 297-B, p. 26, par. 44; Cour eur. D. H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A no. 297-C, p. 59, par. 45; Cour eur. D.H., arrêt Boner c. Royaume-Uni du 28 octobre 1994, série A no. 300-B, p. 76, par. 46; Cour eur. D. H. arrêt Ruiz Torija c. Espagne du 9 décembre 1994, série A no. 303-A, p. 13, par. 33.

Cependant, la Cour IDH ajoute que ce n'est pas le cas quand la souffrance morale produite aux victimes et à leur famille peut seulement être réparée par voie substitutive, par une indemnisation pécuniaire. Dans ces circonstances, il est nécessaire de faire appel à ce genre d'indemnisation, en la fixant de façon équitable sur la base d'une appréciation prudente du dommage moral, qui n'est pas susceptible d'être tarifé de façon précise²⁸⁷. Dans tous les cas, il est très difficile que le juge évalue de façon juste la douleur intérieure des personnes touchées. Il sera en résumé très difficile d'expertiser les larmes et les souffrances. Cancado Trindade déclare :

« (...) même si les responsables de l'ordre établi ne s'en rendent pas compte, la souffrance des exclus se reflète inéluctablement sur tout le corps social (...). La souffrance humaine a une dimension aussi personnelle que sociale. Ainsi, le préjudice causé à tout être humain, aussi humble soit-il, touche la communauté dans son ensemble (...). Les victimes se multiplient avec les personnes des membres immédiats de la famille survivants, qui, en outre, sont forcés de vivre dans le supplice du silence, de l'indifférence et de l'oubli des autres »²⁸⁸.

Dans ce sens, la Cour IDH déclare : *« il n'est pas possible de donner à un dommage immatériel un montant équivalent précis, il peut seulement, dans l'objectif de réparation intégrale des victimes, faire l'objet de compensation, et cela de deux façons. Tout d'abord, avec le paiement d'une somme d'argent, ou l'attribution de biens ou de services dont la valeur est quantifiable, que le tribunal détermine en appliquant raisonnablement l'arbitrage judiciaire et en termes d'équité. Ensuite, la réalisation d'actes ou de travaux de portée ou de répercussion publiques, qui aient pour effet le rétablissement de la mémoire des victimes, le rétablissement de leur dignité, le réconfort de leurs proches*

287 Cour IDH, Affaire El Amparo, arrêt du 14 septembre 1996, par. 35. Jurisprudence de la Cour Européenne de Droits de l'Homme, prise du par.84 de l'arrêt de réparations du 27 novembre 1998 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, affaire Castillo Páez, Cour eur. D. H., arrêt Wiesinger du 30 octobre 1991, série A no. 213, p. 29, par. 85; Cour eur. D. H., arrêt Kenmache c. France, article 50, du 2 novembre 1993, série A no. 270-B, p. 16, par. 11; Cour eur. D. H., arrêt Mats Jacobsson du 28 juin 1990, série A no. 180-A, p. 16, par. 44 y Cour eur. D.H., arrêt Ferraro du 19 février 1991, série A no. 197-A, p. 10, § 21.

288 Cour IDH, Affaire Bámaca Velásquez, arrêt de réparations du 22 février 2002, vote raisonné du juge Cancado Trindade, par. 11 et affaire Villagrán Morales et autres, arrêt de réparations, § 22 in <http://www.corteidh.or.cr/>

*ou la transmission d'un message de réprobation officielle des violations des droits de l'homme concernés, et d'engagement d'efforts pour qu'elles ne se reproduisent pas*²⁸⁹.

Pour conclure cette partie sur les indemnisations, la Cour IDH a considéré qu'il n'est pas nécessaire de prouver le dommage moral dans le cas des parents et des frères de la victime²⁹⁰, car il est présumé²⁹¹. Cette présomption –qui admet la preuve a contrario- se réfère aux homicides et aux disparitions, en relation avec les souffrances psychiques et émotionnelles produites par des faits de nature aussi atroce²⁹².

Quant à la restitution, le principe 21 du rapport de Van Boven et Bassioni, établit que : « *il est nécessaire de rétablir la liberté, la situation sociale, l'identité, la vie familiale, la nationalité de la victime, le retour à son lieu de résidence, la réintégration dans son emploi et lui rendre ses propriétés* »²⁹³. C'est dans ce principe que se trouve la notion de projet de vie et la réhabilitation a été reconnue par la Cour IDH dans la sentence de réparation de l'affaire Loayza Tamayo contre Pérou, jurisprudence qui a ensuite été reprise de façon systématique dans toutes les décisions quand la réparation s'imposait. Ce concept a une connotation différente des préjudices matériels – perte subie et manque-à-gagner-, il ne correspond bien évidemment pas à l'affectation patrimoniale qui provient immédiatement et directement des faits, comme c'est le cas pour la « perte subie ».

La Cour IDH a indiqué que : « *... en raison des conséquences du « manque-à-gagner », il est important de préciser qu'il se réfère de façon exclusive à la perte de revenus économiques futurs, qu'il est possible de quantifier à partir de certains indicateurs mesurables et objectifs, ce qu'on appelle le « projet de*

²⁸⁹ Cour IDH, Affaire Bámaca Velásquez, arrêt de réparations du 22 février 2002, §56; Affaire Cantoral Benavides, arrêt de réparations, § 53 et cas Villagrán Morales et autres, arrêt de réparations, §84 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹⁰ Cour IDH, Affaire Paniagua Morales, arrêt de réparations du 25 mai 2001, vote raisonné du juge Carlos Vicente De Roux in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹¹ Cour IDH, Affaire Trujillo Oroza, arrêt de réparations du 27 février 2002; l'affaire Paniagua Morales, arrêt de réparations du 25 mai 2001, §125, et l'affaire Castillo Páez, arrêt de réparations du 27 novembre 1998, §88 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹² Cour IDH, Affaire Paniagua Morales, arrêt de réparations du 25 mai 2001, vote raisonné du juge Carlos Vicente De Roux.

²⁹³ Cour IDH, Affaire Ticona Estrada et autres c. Bolivie, arrêt de fond, réparations et dépendants du 27 novembre 2008, §173-176. in <http://www.corteidh.or.cr/>

vie » qui recouvre la réalisation intégrale de la personne touchée, en considérant sa vocation, ses aptitudes, les circonstances, les potentiels et ses aspirations, qui lui permettent de fixer raisonnablement certains objectifs et d'y arriver ». La juridiction poursuit : «... Le « projet de vie » est associé au concept de « réalisation personnelle », qui est alimenté par les options que l'individu peut prendre pour conduire sa vie et atteindre le destin qu'il se propose. En toute rigueur, les options sont d'expression et de garantie de la liberté. Il est difficile de dire qu'une personne est réellement libre si elle manque d'options pour diriger son existence et la conduire vers son épanouissement naturel. Ces options possèdent en elle-même une grande valeur existentielle. Par conséquent, leur annulation ou préjudice implique la réduction objective de la liberté et la perte d'une valeur »²⁹⁴.

Quant à la satisfaction et aux garanties de non répétition il faut indiquer que les tribunaux régionaux, en particulier la Cour IDH ont considéré comme essentiel que la société connaisse le contenu de la décision judiciaire en en faisant la publicité dans un journal de grande circulation²⁹⁵, en renforçant les organismes publics, en modifiant la législation afin de la rendre plus compatible avec les traités des droits de l'homme²⁹⁶ ou en exigeant une réforme qui conduise au respect de l'autonomie et de l'indépendance judiciaire²⁹⁷. Pour la Cour EDH ces mesures sont exceptionnelles. Malgré cela, dans deux décisions récentes, la libération de certains détenus et la réouverture d'une procédure pénale a été exigée²⁹⁸. Dans ce sens les principes 23 et 24 du rapport Van Boven et Bassioni²⁹⁹ dressent une typologie des modes de satisfaction et des garanties de non répétition.

²⁹⁴ Cour IDH, Affaire Loayza Tamayo c. Pérou, arrêt de réparations du 27 novembre 1998, §147, 148 y 149. in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹⁵ Cour IDH, Affaire Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations et dépends du 7 février 2006, § 313 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹⁶ Cour IDH, Cas Bayarri c. Argentina, arrêt d'exception préliminaire, fond, réparations et dépends du 30 octobre 2008, §181 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹⁷ Cour IDH, Cas Reverón Trujillo c. Venezuela, arrêt d'exception préliminaire, fond, réparations et dépends du 30 juin 2009, §74 y 189-191 in <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁹⁸ Cour EDH, Cas Assanidze c Georgia, arrêt du 8 avril 2004 et Cas Sejdovic contre Italie, arrêt du 1^{er} mars 2006, la Cour EDH a ordonné d'autres mesures différentes de l'indemnisation.

²⁹⁹ La satisfaction doit comprendre, quand cela est pertinent et découle de l'affaire, la totalité ou partie des mesures suivantes :

a) Les Mesures efficaces pour obtenir l'arrêt des violations continues ;

2) Les caractéristiques de la réparation

Pour caractériser la réparation, les composantes doivent être définies par les tribunaux internationaux : portée, nature, modalités et détermination des bénéficiaires. Elles ne peuvent être modifiées par l'État obligé, en invoquant pour cela des dispositions de son droit interne³⁰⁰.

La Cour IDH estime que la réparation des violences commises constitue un des principes fondamentaux de l'actuel droit des personnes, et que l'obligation de réparer fait partie du Droit International. En effet, ce dernier

b) La vérification des faits et la révélation publique et complète de la vérité, dans la mesure où cette révélation ne provoque pas d'autres dommages ou menace la sécurité et les intérêts de la victime, des membres de sa famille, des témoins ou de personnes qui sont intervenues pour aider la victime ou empêcher que de nouvelles violations se produisent ;

c) La recherche des personnes disparues, de l'identité des enfants enlevés et des cadavres des personnes assassinées, et l'aide pour les récupérer, les identifier et les inhumer de nouveau selon le désir explicite ou supposé de la victime ou des pratiques culturelles de sa famille et de sa communauté ;

d) Une déclaration officielle ou une décision judiciaire qui rétablit la dignité, la réputation et les droits de la victime et des personnes étroitement liées à elle ;

e) Une excuse publique qui comprend la reconnaissance des faits et l'acceptation des responsabilités ;

f) L'application de sanctions judiciaires ou administratives aux responsables des violations ;

g) Des commémorations et des hommages aux victimes ;

h) L'inclusion d'une exposition précise des violations survenues avec la démonstration des normes internationales des Droits de l'Homme et du droit international humanitaire, ainsi que du matériel didactique à tous les niveaux.

Les garanties de non répétition doivent comprendre, selon le cas, la totalité ou une partie des mesures suivantes, qui contribueront également à la prévention :

a) L'exercice d'un contrôle effectif des autorités civiles sur les forces armées et de sécurité ;

b) La garantie que tous les processus civils et militaires sont conformes aux normes internationales sur les garanties de procédure, l'équité et l'impartialité ;

c) Le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire ;

d) La protection des professionnels du droit, de la santé et de l'assistance sanitaire, de l'information et autres secteurs connexes, ainsi que les défenseurs des Droits de l'Homme ;

e) L'éducation de façon prioritaire et permanente, de tous les secteurs de la société sur les Droits de l'Homme et le droit international humanitaire et la formation dans cette matière des fonctionnaires chargés de faire respecter la loi, ainsi que les forces armées et de sécurité ;

f) La promotion de l'observation des codes de conduite et des normes d'éthique, en particulier les normes internationales, par les fonctionnaires publics, y compris le personnel des forces de sécurité, les établissements pénitentiaires, les médias, la santé, la psychologie, les services sociaux et les forces armées, en plus du personnel des entreprises commerciales ;

g) La promotion de mécanismes destinés à prévenir et à surveiller les conflits sociaux ;

h) La révision et la réforme des lois qui contribuent aux violations manifestes des normes internationales des Droits de l'Homme et aux violations graves du droit humanitaire ou qui le permettent.

³⁰⁰ Cour IDH, Affaire Garrido y Baigorria, arrêt de réparations du 27 août 1998, § 32; Affaire Castillo Páez, arrêt de réparations du 27 novembre 1998, §53; Affaire Blake, arrêt de réparations du 22 janvier 1999 in <http://www.corteidh.or.cr/>

institue ou reconnaît le droit à la liberté, instaure le devoir de le réparer et prévient les conséquences de sa violation³⁰¹.

Le juge Candado Trindade pense que la réparation peut parfaitement revêtir un caractère soit de réparation ou de sanction, dans le but de mettre fin à l'impunité et d'assurer l'exécution de la justice, situation parfaitement conforme à l'étape d'évolution actuelle du droit international³⁰². Comme nous l'avons signalé, les réparations impliquent un *restitutio in integrum*³⁰³ relatif. En suivant le juge Sergio García Ramírez³⁰⁴ de la Cour IDH, remettre strictement les choses dans l'état où elles se trouvaient est non seulement improbable, mais également impossible, parce que la violation, avec des conséquences matérielles ou formelles, constitue une donnée ineffaçable de l'expérience : elle a eu lieu et a laissé une certaine empreinte, matérielle et juridique, qu'on ne peut ignorer. Ainsi, la *absoluta restitutio* serait, au-delà d'une réparation, un miracle. Shelton considère pour sa part que bien que la *restitutio in integrum* soit impossible dans la pratique, les États ont une ample gamme de possibilités pour accomplir les décisions de justice³⁰⁵.

Les deux positions au sujet de l'impossibilité de la « *restitutio in integrum* » doivent être comprises ou interprétées de façon relative, dans la mesure où la *restitutio in integrum* implique que les réparations ne correspondent pas à une indemnisation de façon exclusive, mais plutôt à un ensemble qui tienne compte d'éléments d'indemnisation, ainsi que certains autres de réparation tels que la non répétition et le droit à la vérité.

³⁰¹ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez, arrêt du 29 juillet 1988, § 191; affaire Neira Alegria et autres, arrêt de fond du 19 janvier 1995, §90, et Affaire Garrido Baigorria, arrêt de fond du 2 février 1996, §4° in <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁰² Votes raisonnés de Antonio Cancado Trindade dans les arrêts de la Cour IDH Blanco Romero c Venezuela du 28 novembre 2005, § 7 et Myrna Mack Chang du 25 novembre 2003, § 46 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁰³ D. SHELTON sur l'origine de la *restitutio in integrum* signale : "... *Restitution comes from the Roman Law form of redress known as restituere in integrum which the praetor granted to re-establish a prior situation where, for example, an otherwise valid contract had been procured through fraud or force*", dans Remedies in Internacional human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2005, p.272.

³⁰⁴ S. GARCÍA RAMÍREZ, "Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 129-158.

³⁰⁵ D. SHELTON, Remedies in Internacional Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2005, p.258.

On relève qu'en Colombie cette forme de réparation a été acceptée par les juges en droit, après que la Cour IDH l'ait imposée dans de nombreuses décisions. Dans l'affaire Valle Jaramillo contre Colombie, une étude sur la compatibilité de la réparation du Conseil l'État colombien avec les standards de la Cour IDH a été faite. Elle a relevé dans ce cas d'espèce : « ... *la Cour reconnaît le rôle accompli par la juridiction de contentieux administratif en matière de réparations et valorise positivement le fait que l'État ait réparé partiellement sur le plan interne certaines victimes dans cette affaire. Cela constitue un apport significatif qui tend vers la réparation intégrale des violences jugées dans cette décision* ».

Plus tard et après de nombreuses condamnations de la Cour IDH, l'établissement de la réparation en Colombie a été modifié. Ainsi dans les trois affaires du Massacre de Mapiripán³⁰⁶, 19 commerçants³⁰⁷ et du Massacre d'Ituango³⁰⁸, la Cour IDH a considéré que les procédures suivies en Colombie qui se sont matérialisées par une action de réparation directe n'étaient pas compatibles avec le principe de la « restitutio in integrum » qui contient des principes de réhabilitation, de vérité, de justice, de récupération de la mémoire historique et des mesures de garantie de non répétition. Pour cette raison, l'État, par l'intermédiaire du pouvoir législatif et de l'appareil judiciaire -décisions de la cour constitutionnelle et du conseil d'État-, a modifié ses normes internes afin d'adapter aux normes de réparation internationale son modèle national. Le Congrès a tout d'abord voté la loi 975 de 2005 qui établit dans son article 8 la définition de la réparation au vu des normes internationales. La disposition énonce :

« Le droit d'obtenir réparation des victimes comprend les actions qui permettent la restitution, l'indemnisation, la réhabilitation, la satisfaction ; ainsi que les garanties de non répétition des actes. La restitution est la mise en

³⁰⁶ Cour IDH, Affaire Massacre de Mapiripán c. Colombie, arrêt de fond du 15 septembre 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁰⁷ Cour IDH, Affaire 19 Comerciantes c. Colombie, arrêt de fond du 5 juillet 2004 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁰⁸ Cour IDH, Affaire Masacre de Ituango c. Colombie, arrêt de fond du 1^{er} juillet 2006 in in <http://www.corteidh.or.cr/>

place des actions qui permettent à la victime de revenir à la situation précédant l'apparition du délit. L'indemnisation consiste à compenser les préjudices causés par le délit. La réhabilitation consiste à réaliser des actions qui tendent vers la récupération des victimes qui souffrent des traumatismes physiques et psychologiques consécutifs au délit.

La satisfaction ou la compensation morale consiste à réaliser des actions qui tendent à rétablir la dignité de la victime et à diffuser la vérité sur ce qui est arrivé. Les garanties de non répétition comprennent, entre autres, la démobilisation et le démantèlement des groupes armés hors-la-loi.

La réparation symbolique comprend toutes les prestations réalisées en faveur des victimes ou de la communauté en général qui tendent à assurer la préservation de la mémoire historique, la non répétition des faits ayant causé les préjudices, l'acceptation publique des faits, le pardon public et le rétablissement de la dignité des victimes. La réparation collective doit s'orienter vers la reconstruction psychosociale des populations touchées par la violence. Ce mécanisme est prévu tout particulièrement pour les communautés touchées par des actes de violence systématique. Les autorités judiciaires compétentes fixeront les réparations individuelles, collectives ou symboliques selon le cas »³⁰⁹.

Un an plus tard, la Cour Constitutionnelle a retenu dans une décision que :

« L'article 93 supérieur indique que les droits et devoirs consacrés dans cette Charte seront interprétés conformément aux traités internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie. Ceci étant, si un traité international obligeant la Colombie, qui fait référence aux droits et aux devoirs consacrés dans la Constitution, prévoit l'existence d'un organisme autorisé à l'interpréter, comme c'est le cas par exemple avec la cour interaméricaine des droits de l'homme, créée par la convention interaméricaine des droits de l'homme, sa jurisprudence sera significative pour l'interprétation qui sera faite dans l'ordonnancement interne de ces droits et devoirs. Pour cette raison, ce juge constitutionnel a reconnu une portée juridique à la jurisprudence des

³⁰⁹ Article 8, loi 975 du 25 Juillet 2005 in <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>

instances judiciaires créées par l'intermédiaire d'accords sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie »³¹⁰.

Par ailleurs, le Conseil d'État³¹¹ a souligné dans plusieurs décisions sur la réparation concrète et la possibilité d'accorder une réparation au-delà de ce qui lui est demandé par les victimes :

« Il est important de signaler que même si dans la demande l'indemnisation de la perte subie, du dommage consolidé ou historique n'a pas été expressément demandée, en vertu du fait que le préjudice apparaît pleinement démontré dans le dossier, elle sera reconnue par la Cour, afin de rendre effective la réparation intégrale du dommage.

(...) Par conséquent, la Cour, dans l'accomplissement du devoir précédemment mentionné et pour la réparation intégrale du dommage, condamnera la Nation et son Armée, pour perte subie future en faveur de Monsieur José Ambito Alarcon, à lui donner les soins hospitaliers et chirurgicaux dont il a besoin, ainsi que les médicaments nécessaires, pour retrouver la santé, à chaque fois que les séquelles de la lésion qu'il a reçue le 15 mars 1993 le demandent. Il devra en outre recevoir les frais de transport que cela nécessite. Il devra également être doté d'un fauteuil roulant »³¹².

L'arrêt du 20 février 2008³¹³ du tribunal de contentieux administratif condamne l'État colombien pour la mort des frères Omar et Henry Carmona Castañeda, survenue entre le 27 et le 31 janvier 1995 près des municipalités de Tulua et de Bolivar, alors qu'ils étaient sous la garde de la police. Les mesures de réparation ordonnées par le tribunal se sont non seulement matérialisées sur le terrain du préjudice matériel et moral, mais le tribunal a également ordonné au directeur de la police nationale et au maire de Tulua

³¹⁰ Cour Constitutionnelle de Colombie- CCC- arrêt 370 de 2006, M.p. Manuel José Cepeda in www.Courconstitucional.gov.co.

³¹¹ Le Conseil d'État- CEC- en Colombie est le tribunal de contentieux administratif. Il résout les controverses qui apparaissent entre les particuliers et l'État ou entre les différents organismes de l'État. Il peut être consulté par le Gouvernement sur des sujets d'intérêt juridique en relation avec le fonctionnement de l'administration publique.

³¹² Conseil d'État- CEC-, S.C.A., Sección Tercera, arrêt du 19 juillet 2000, arrêt du 4 septembre 2003, arrêt du 8 mars 2007, et arrêt du 30 août 2007.

³¹³ Conseil d'État- CEC-, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, exp. 16996. arrêt du 20 février 2008.

de présenter des excuses aux membres de la famille des victimes lors d'une cérémonie spéciale. Le commandement de police de Tulua a ordonné la conception et la mise en place d'un système de promotion et de respect pour les droits des personnes privées de liberté, incluant des conférences et la remise de matériel didactique dans des quartiers et des centres éducatifs de la ville. Enfin, il a ordonné que cette sentence soit publiée dans un lieu visible du commandement et des postes de police de Tulua pendant une durée de six mois.

En ce qui concerne la violation du droit à la vie et d'autres droits dont la liberté d'expression, la *restitutio in integrum* n'étant pas possible et au vu de la nature du bien touché, la réparation s'effectue *inter alia* selon l'usage établi par la jurisprudence internationale, par l'intermédiaire d'une indemnisation juste ou d'une compensation pécuniaire, à laquelle doivent s'ajouter des mesures positives de l'État pour obtenir que des faits préjudiciables comme ceux du cas présent ne se répètent pas³¹⁴. Ces mesures constituent une nouvelle limite de la marge d'appréciation de l'État en ce qui concerne leur application interne : la modification de la législation, l'exception au principe de *lege ferenda* pour les annulations de procédures, les libérations de personnes accusées et jugées pour des faits présumés illicites répréhensibles selon la loi pénale, notamment.

Dans la jurisprudence sur les réparations du système européen, la Cour EDH a eu une position beaucoup plus passive que son homologue latino-américaine. Ainsi, dans ses décisions initiales, la Cour EDH a considéré qu'elle ne pouvait imposer des décisions autres que l'indemnisation³¹⁵. Cela a

³¹⁴ Cour IDH, Affaire Bámaca Velásquez, arrêt de réparations du 22 février 2002, § 42; Affaire Paniagua Morales, arrêt de réparations, § 80; Affaire Castillo Páez, arrêt de réparations, § 52 et l'affaire Garrido Baigorria, arrêt de réparations du 27 août 1998, § 41 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³¹⁵ Sur ce point remarquer la critique faite par le juge G. MALIVERNI sur le marasme démontré par la Cour EDH au sujet des réparations, chaque fois que le tribunal s'est limité à indemniser. Dans son exposé, il a mis l'accent en droit comparé sur l'avancée dans ce domaine dans le système interaméricain des Droits de l'Homme, Voir, BARBOSA, FRANCISCO, Compte- Rendu, " La France et la Cour Européenne des droits de l'homme "La jurisprudence en 2008 », Université de Paris- Sud - Faculté Jean Monnet (Sceaux), 20 mars, 2009. La Quinzième Session d'information sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme du CREDHO. Colloque organisé par M. Paul Tavernier et Mme Rafaëlle Maison du Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire et sous la présidence du juge de la Cour Européenne des droits de l'homme M. Giorgio Malinverni et M. Bruno Genevois Président de Section au Conseil d'Etat dans

été sa position dans l'affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere³¹⁶ et Campbell et Cosans³¹⁷ le tribunal considérant que dans le premier cas il n'était pas possible d'ordonner à un État d'annuler des procédures disciplinaires contre les plaignants mêmes si des violations des droits de l'homme étaient prouvées, et dans le second cas d'obliger le Royaume-Uni à adopter une politique pour éviter dans les écoles que les mineurs reçoivent des châtiments corporels comme sanction. Cette position a radicalement changé dans l'affaire Assanidze contre Géorgie³¹⁸ où le tribunal a considéré qu'il était nécessaire de réparer le dommage subi par le requérant pour qui les articles 5(1) et 6 de la Convention n'avaient pas été reconnus, en condamnant l'État non seulement à des indemnisations mais aussi en ordonnant qu'il mette fin à la violation des droits du pétitionnaire en le remettant immédiatement en liberté. Postérieurement, la Cour a suivi cette voie en reconnaissant comme base de satisfaction, la notion de réparation. Dans le cas Broniowski contre Pologne³¹⁹, la Cour a déterminé que le droit de propriété d'une famille polonaise qui n'avait pas été admis pendant plus de trois générations en raison de la division de frontière pendant la seconde guerre mondiale et qui a été reconnu à cette famille, pourrait s'étendre à 80 000 personnes qui se trouvaient dans la même situation que le requérant. En 2008, la Cour a élargi le champ de la réparation dans les affaires Aleksanyan contre Russie³²⁰ et L contre Lituanie³²¹. Dans le premier cas d'espèce, il a ordonné comme il l'a fait dans l'affaire Assanidze de remettre en liberté une personne, alors que dans le second, il a exigé que l'État lituanien

"La lettre droit et changement social, N. 3, janvier-juin, 2009, Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Nantes" en <http://www.droit.univ-nantes.fr/labos/dcs/>.

³¹⁶ Cour EDH, Affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgium, arrêt du 10 octobre 1982, §. 13-14 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27282271&skin=hudoc-fr&action=request>

³¹⁷ Cour EDH, Affaire Campbell et Cosans c Royaume- Uni, arrêt du 22 mars 1983, §. 16 in

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27282271&skin=hudoc-fr&action=request>.

³¹⁸ Cour EDH, Affaire Assanidze contre la Géorgie, arrêt du 8 avril 2004, § 198-199 sur <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27282271&skin=hudoc-fr&action=request>

³¹⁹ Cour EDH, Affaire Broniowski c Pologne, arrêt du 22 juin, 2004, §189 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27282271&skin=hudoc-fr&action=request>

³²⁰ Cour EDH, Affaire Aleksanyan c Russie, arrêt du 22 décembre 2008 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27283670&skin=hudoc-fr&action=request>

³²¹ Cour EDH, Affaire L c. Lituanie, arrêt du 11 septembre 2007, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=27283670&skin=hudoc-fr&action=request>

modifie sa législation dans les trois mois suivant la notification du jugement³²². Ces évolutions montrent une tendance de la Cour EDH à aller au-delà de ses positions d'indemnisation traditionnelles.

B) Le droit à la vérité: une nouvelle limite pour l'appréciation de l'État

Le droit à la vérité apparaît et est encadré par le concept de réparation et n'est pas conçu comme autonome, en ce sens qu'il dépend d'autres droits. Sa matérialisation suppose que les victimes directes ou indirectes connaissent les faits constitutifs de la violation de droits de l'homme et les auteurs de ces faits. Ce droit possède deux dimensions, une individuelle³²³ et l'autre collective³²⁴. Il s'agit d'une part de réparer les dommages subis par les membres de la famille et d'autre part de faire intervenir la société dans son ensemble.

Dans le cadre du droit international des droits de l'homme et de sa perspective universelle, ce droit a été abordé au travers du rapport *Joinet*³²⁵ et du rapport *Bassioni*³²⁶. Dans le premier rapport, ce droit apparaît dans les

³²² L'exigence de modifier la législation a été empruntée par la Cour EDH à l'action jurisprudentielle de la Cour IDH. Un des exemples est celui de l'affaire « Olmedo Bustos contre le Chili » du 5 février 2001 où le Chili a été dans l'obligation d'adapter ses normes internes au sens donné par l'article 13 de la CADH protectrice de la liberté d'expression.

³²³ La dimension individuelle a été abordée par la Cour IDH dans les Affaires *Velásquez versus Guatemala* (du 25.11.2000, fond, par. 201), *Barrios Altos c Pérou* (du 14.03.2001, par. 47-48), *Paniagua Morales et autres c. Guatemala* (du 25.05.2001, réparations, par. 200), *Villagrán Morales et autres ("Niños de la Calle") c. Guatemala* (du 26.05.2001, réparations, par. 100), *Cantoral Benavides versus Pérou* (du 03.12.2001, réparations, par. 69), *Bulacio c. Argentina* (du 18.09.2003, par. 114), *Molina Theissen c. Guatemala* (du 03.07.2004, réparations, par. 80-81), et *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Pérou* (du 08.07.2004, par. 229-230). Elaboration prise du vote raisonné du juge Antonio Cancado Trindade dans l'arrêt *Blanco Romero et autres c. Venezuela*, 28 Novembre, 2005.

³²⁴ La dimension sociale transparaît dans les Affaires *Trujillo Oroza versus Bolivia* (du 27.02.2002, réparations, § 114), *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (du 25.11.2003, §. 274), *Masacre de Plan de Sánchez* relativo a Guatemala (du 19.11.2004, réparations, § 98), *Carpio Nicolle et autres versus Guatemala* (du 22.11.2004, § 128), *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (du 01.03.2005, par. 62 et 169), *Huilca Tecse versus Perú* (du 03.03.2005, §107), *Comunidad Moiwana versus Suriname* (du 15.06.2005, §204), *Gutiérrez Soler versus Colombia* (du 12.09.2005, §96), et *Masacre de Mampiripán* referente a Colombia (du 15.09.2005, §298) in vote raisonné du juge A.A CANCADO TRINDADE dans l'arrêt *Blanco Romero et autres c Venezuela*, 28 Novembre, 2005.

³²⁵ L. JOINET, Rapport final de la CDHNU-, 49^o période de sessions. Rapport final révisé sur la question de l'impunité des auteurs de violations des Droits de l'Homme in

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/db75a8c4584f145a8025665e004857b6?Opendocument>

³²⁶ CH. BASSIONI, Rapport final de la CDHNU, 56^o période de sessions. Le droit de restitution, d'indemnisation et de réhabilitation des victimes de violations graves des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales in

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/reparacion.html>

trois premiers principes qui établissent le droit inaliénable d'un peuple et des victimes à connaître la vérité sur des faits qui comportent des violations des droits de l'homme. Dans le second, il est précisé que les victimes directes ou indirectes doivent bénéficier du droit à la vérité.

L'application de ce droit s'est réalisée uniquement dans le système interaméricain mais pas dans celui européen. La raison tient en ce que les problèmes juridiques se posent différemment d'un continent à l'autre. En Amérique, la jurisprudence de la Cour IDH a mis l'accent sur l'application de ce droit dans les cas de disparitions forcées de personnes pour lesquelles les victimes exigent la vérité sur la disparition des membres de leur famille et la localisation des restes pour en faire le deuil. Cela s'est vérifié dans les affaires comme Castillo Páez contre Pérou, Bamaca Velásquez contre Guatemala et 19 commerçants contre Colombie, entre autres³²⁷. A titre de réparation il a été exigé des États de rétablir la vérité des faits qui se sont déroulés et de localiser les restes des victimes afin de rendre la paix aux membres de leurs familles.

La Cour IDH a indiqué que les victimes et les membres de leurs familles ont le droit de connaître la vérité sur ce qui s'est passé³²⁸ et que cela constitue par conséquent un moyen important de réparation pour la victime et pour les membres de sa famille en justifiant une attente que l'État doit satisfaire³²⁹. En effet, le tribunal ajoute que « *ce droit à la vérité exige la recherche procédurale de la vérité historique la plus complète possible*³³⁰. Comme nous pouvons l'observer, l'État doit procéder à la réparation des préjudices subis par les victimes et les membres de leur famille d'une façon large, en incluant le droit à la vérité dans sa fonction de sanctions aux victimes.

En définitive, l'État s'engage à adapter sa législation aux impératifs des normes internationales, à observer les devoirs de respect et de garantie, à

³²⁷ Cour IDH, Affaire 19 comerciantes c Colombie, arrêt du 5 juillet 2004, §.97 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³²⁸ Cour IDH Affaire Velásquez Rodríguez c Honduras, arrêt de fond du 26 juin 1988 § 181; Affaire Heliodoro Portugal c. Panama, arrêt du 18 août 2008 par. 146, in <http://www.corteidh.or.cr/>

³²⁹ Cour IDH, Affaire Blanco Romero c Venezuela, arrêt du 28 novembre 2005, §95. in <http://www.corteidh.or.cr/>

³³⁰ Cour IDH, Affaire Valle Jaramillo c Colombie, arrêt du 27 novembre 2008, § 102 in <http://www.corteidh.or.cr/>, Affaire du Massacre de La Rochela c. Colombie, arrêt du 11 mai 2007, § 195 in <http://www.corteidh.or.cr/>

accomplir le principe d'*ius cogens* qui résulte des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 et à adopter des normes de réparation dans sa législation afin que la marge d'appréciation s'applique de façon adéquate. Ces éléments qui limitent la liberté d'action du juge national doivent être pris en compte afin de comprendre la marge d'appréciation de l'État conformément à l'ordonnement du droit international des droits de l'homme, indépendamment du lieu où la protection est conçue, que ce soit en Europe ou en Amérique. Une posture contraire, ferait s'éloigner l'État de sa fonction de garantie des droits de l'homme. Sans ces composantes internes, la marge d'appréciation serait compromise face aux droits de l'homme car elle manquerait de garanties. Au cas où ces éléments ne seraient pas pris en compte, les Cours régionales des droits de l'homme conserveraient la possibilité de définir elles-mêmes la portée des droits de l'homme, alors que cette mission relève de la décision interne d'un État qui respecterait toutes les conditions d'intégration des droits de l'homme.

§ 2 : L'obligation de respect des mesures de protection d'exception ordonnées par les organismes régionaux des droits de l'homme

Comme pour les obligations préalablement développées, les États doivent respecter les mesures de protection exceptionnelle. Pour les juges nationaux, les traités de droits de l'homme ont pour objectif la protection internationale de ces droits. Ils organisent pour atteindre ce but, un système qui pose les limites et les conditions sur la base desquelles la responsabilité des États parties peut être reconnue sur le plan international pour les violations dont ils sont accusés³³¹. Dans cet ordre d'idées, ce paragraphe montrera comment les mesures de protection prévues dans les systèmes interaméricain et européen constituent des mécanismes de limitation de la marge d'appréciation de l'État.

³³¹ *Ibidem*, par. 16.

A) L'obligation de réparation interne en cas de violation des droits de l'homme

Les mesures de protection sont les mécanismes érigés par les organismes des systèmes de protection des droits de l'homme dans l'intérêt des victimes de ces droits tels qu'ils sont consacrés dans les instruments relatifs aux droits de l'homme. L'apparition de ces mécanismes a obligé les États à adapter leur droit interne à leurs effets³³². Ces mesures ont des répercussions sur différents aspects du droit interne. Nous mettrons principalement l'accent sur le fait qu'elles ont des répercussions sur les procédures judiciaires locales, ainsi que sur la base de la réparation pour les personnes qui ont été victimes de violations des droits de l'homme. Ceci montre le niveau d'intervention des organismes supranationaux sur la marge d'action de l'État en matière de protection des droits de l'homme. Il en a été fait usage de façon réitérée par les instances de droit international public, particulièrement par la CIDH, pour garantir le développement adéquat d'une enquête ou dans le traitement d'un litige individuel.

1) Dans le Système Interaméricain des droits de l'homme

Deux types de mesures s'imposent à l'État dans le système interaméricain des droits de l'homme, pour limiter sa marge d'appréciation dans le cas de mandats internationaux qui favorisent la protection de certains droits de l'homme affectés par des actions de l'État : les mesures conservatoires et provisoires. Ces deux mesures sont prises par les deux instances du système interaméricain. La Com IDH ordonne des mesures conservatoires en vertu

³³² Son utilisation ne se limite pas seulement aux systèmes de protection de Droits de l'Homme, mais s'étend au droit international public. Ainsi, la Cour Internationale de Justice dans deux affaires contre les Etats-Unis CIJ, arrêt du 27 juin, 2001, Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires-et- Avena et autres ressortissants mexicains c Etats-Unis, arrêt du 31 mars, 2004- a indiqué que l'État accusé doit s'abstenir d'imposer la peine de mort aux citoyens étrangers condamnés, quand ils font partie d'un contentieux. Le juge international a indiqué: " d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable sur l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend"

d'une norme réglementaire³³³, alors que la Cour IDH prend des mesures provisoires conformément à l'article 63 de la CADH.

Les unes comme les autres peuvent être définies comme des actes officiels délivrés par la Com IDH ou la Cour IDH afin de protéger les droits de l'homme consacrés dans la CADH. Ces mesures sont notifiées à l'État qui les rend effectives.

Selon Hector Faundez³³⁴, l'objectif des mesures provisoires est de préserver les droits fondamentaux des personnes, en faisant valoir la primauté de l'ordonnement juridique conventionnel, et en assurant l'exercice de la fonction juridictionnelle donnée à la Cour IDH, en évitant des situations irrémédiables qui compromettraient l'exécution des sentences définitives. Ce même objectif vaut pour les mesures conservatoires. Suivant cette approche des mesures provisoires, on affirmera qu'elles permettent de rétablir en partie l'équilibre de la relation entre l'État et les particuliers dans un procès.

Les conditions pouvant être ordonnées ne diffèrent pas. Pour adopter des mesures conservatoires, deux conditions sont exigées : (i) l'existence d'une situation d'urgence, (ii) l'existence d'une situation temporaire³³⁵. La même exigence se retrouve pour les mesures provisoires. L'urgence s'apprécie sous deux angles : (i) la gravité et (ii) les dommages irréparables.

Quant à la condition de gravité, son importance dépend du type de droit qui est exposé et de l'urgence de sa protection. Cependant, les instances du système ont évolué en ce qui concerne les droits les plus anciennement

³³³ Voir l'article sur le nouveau règlement de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet de droit international, Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, Bruxelles, 2004, Vol 1.

³³⁴ H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, segunda edición, 1999, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 385-386.

³³⁵ On renverra dans cette analyse à la classification réalisée par les professeurs L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES dans leur texte " Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine de droits de l'homme", Bruylant, 2008, p.223, a été utilisée.

protégés comme la liberté d'expression³³⁶, les droits politiques³³⁷ ou même le droit à la propriété³³⁸, par rapport aux droits qui n'étaient pas initialement protégés par des instances du système comme le droit à la vie, à l'intégrité personnelle, le droit d'agir en justice. Ainsi s'agissant du Venezuela, la Cour IDH a ordonné de multiples mesures provisoires pour protéger les journalistes poursuivis dans ce pays³³⁹. Un autre exemple important concerne les mesures provisoires ordonnées au bénéfice du journaliste Herrera Ulloa contre Costa Rica, ordonnant la suspension provisoire d'une décision de la cour constitutionnelle contre le journaliste Mauricio Herrera Ulloa afin d'éviter des dommages irréparables dérivant de la décision et notamment que son nom ne soit pas inscrit sur le registre des délinquants car cela compromettrait sa réputation. La gravité est en relation avec les manifestations extrêmes du risque couru par la personne ou groupe de personnes que l'on cherche à protéger.

Quant à la condition renvoyant aux dommages irréparables, l'intervention des instances du système est ici en rapport avec la vulnérabilité de la personne ou du groupe affecté. Cette protection a nourri une importante controverse sur la particularité ou la généralité que devaient revêtir ces mesures de protection. La Com IDH comme la Cour IDH ont ordonné des mesures de protection au bénéfice de groupes déterminés ou indéterminés. Les décisions au bénéfice de groupes déterminés définissent les victimes de la protection, par exemple des journalistes poursuivis par des États, des syndicalistes en danger ou même des hommes politiques que l'on a empêché de participer à une élection déterminée³⁴⁰. Mais des mesures provisoires au bénéfice de groupes indéterminés ont aussi été prises par la Cour IDH en faveur du

³³⁶ Cour IDH, Mesures provisoires, Herrera Ulloa c Costa Rica, 7 septembre, 2001 sur [www](http://www.couridh.or.cr) et rapport de la CIDH, Gorriti c. Panamá, *Informe Anual* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³³⁷ Cour IDH, Mesures provisoires, Castañeda Guzmán c México, 25 Novembre, 2005, <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³³⁸ Cour IDH, Mesures provisoires, Communauté Sumo Awás Tingni c. Nicaragua, 6 septembre, 2002 sur [www](http://www.couridh.or.cr). et rapport de la CIDH, de Ivcher Bronstein contre le Pérou, *Informe Anual* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dans ce cas, la protection du droit à la nationalité et du droit de propriété d'une chaîne de télévision a été recherché.

³³⁹ Cour IDH, Mesures provisoires, Liliana Ortega c Venezuela, 4 mai, 2004, Ríos c Venezuela (Radio Caracas Televisión. RCTV, 6 Juillet, 2004 entre autres in <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴⁰ Cour IDH, Mesures provisoires, Castañeda Guzmán c Mexique, 25 Novembre, 2005 <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

peuple indigène Kankuamo le 6 juin 2004³⁴¹, la prison Urso Blanco contre le Venezuela³⁴², dans l'affaire du massacre du Plan Sanchez contre le Guatemala³⁴³ ou dans une autre où des citoyens haïtiens ont été discriminés de façon violente par les autorités policières de la République Dominicaine³⁴⁴. Le juge souligne dans ces décisions que malgré la longueur des mesures et leur particularité, les victimes étaient dans tous les cas identifiables selon des critères d'objectivité³⁴⁵, comme dans le cas des groupes indigènes et de leur appartenance à ces groupes, rejetant une forme absolue d'action populaire indéterminée.

Quand à la condition renvoyant au caractère temporaire des mesures, les conservatoires aussi bien que provisoires peuvent être demandées à n'importe quel moment de la procédure, car elles ne dépendent d'aucun régime temporaire. Dans ce sens, les décisions sont accordées de façon intemporelle. Le problème que l'on peut formuler face à la temporalité est résumé par Laurence Burgogue-Larsen et Ubeda Torres de la façon suivante : « *une fois que l'affaire est soumise à la Cour, celle-ci est maîtresse de l'exercice de sa propre compétence ; cela n'implique pas toutefois l'arrêt automatique des mesures ordonnées par la Commission Interaméricaine* ». L'autre remarque que l'on peut formuler tient en ce que la temporalité indéterminée est viable pour ces mesures, en tenant compte de l'existence de la procédure devant la Cour IDH.

Sur le premier point, il nous semble que les mesures une fois adoptées par la Cour IDH, la compétence de la CIDH prend fin du fait que la Cour IDH est maîtresse de sa propre compétence comme l'a signalé le juge Cancado³⁴⁶

³⁴¹ Cour IDH, Mesures provisoires, Kankuamo c Colombie, 4 Juillet 2005 sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴² Cour IDH, Mesures provisoires, Urso Blanco c Venezuela, 7 Juillet 2004 sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴³ Cour IDH, Mesures provisoires, Massacre Plan Sanchez c Guatemala, 11 Novembre 2006 sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴⁴ Cour IDH, Mesures provisoires, Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne c la République Dominicaine, 2 Février 2006 sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴⁵ Cour IDH, Mesures provisoires, Kankuamo c Colombie, 5 juillet, 2004, Opinion séparée du juge Sergio García Ramirez sur <http://www.Couridh.or.cr/medidas.cfm>

³⁴⁶ Cour IDH, Vote raisonné du juge A. A. Cancado Trindade dans l'arrêt Constatine et autres c Trinidad et Tobago, arrêt d'exceptions préliminaires du 1^{er} septembre 2001, par. 2 et 3 dans "Derecho

dans de nombreuses décisions. Face à la perdurance indéfinie des mesures, il est nécessaire de considérer qu'elles se trouvent liées à l'affaire. Cela conduit à ce que tant que l'affaire est en cours et n'a pas été classée, les mesures pourraient être en vigueur, sans exclure la possibilité qu'elles soient reformulées quand les conditions d'en faire la demande aux États apparaissent. Il faut ajouter que la Cour IDH exige des rapports périodiques des États sur le respect de ces mesures, en rendant compte d'un mécanisme unique³⁴⁷ dans le cadre de la protection régionale des droits de l'homme.

On retiendra que ces limites externes dans le système interaméricain ont permis que la marge d'appréciation de l'État en Amérique latine soit moindre, ce qui implique que l'État prenne en compte cette donnée afin de déterminer son raisonnement sur l'interprétation et l'application des droits de l'homme. Les formules préventives mettent un frein aux abus d'interprétation des droits.

2) Dans le système européen de protection des droits de l'homme

Contrairement à ce qui est établi dans le système interaméricain des droits de l'homme, le système européen n'a pas de base juridique conventionnelle en ce qui concerne les mesures de protection. Dans ce domaine, le système interaméricain est à l'avant-garde des systèmes de protection des droits de l'homme³⁴⁸.

En Europe³⁴⁹, les mesures conservatoires sont adoptées par la Cour EDH pour les mêmes raisons que dans le système interaméricain. Parmi les

Internacional de los Derechos Humanos "Esencia y transcendencia" de Antonio Augusto Cancado Trindade, Méjico, Editorial Porrúa, 2007, pp 300-301.

³⁴⁷ Pour L. BURGOGUE- LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, le mécanisme est "pionnier à nouveau dans la matière en créant un système unique de suivi." in " Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine de droits de l'homme", Bruylant, 2008, p.223.

³⁴⁸ Sur ce sujet, voir L. BURGOGUE- LARSEN, Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international, Paris, 2003.

³⁴⁹ Sur cet aspect voir les travaux suivants : P. WECKEL, Les mesures conservatoires devant les juridictions internationales de caractère universel, G COHEN JONATHAN, J.F KLAUS (dir), Mesures conservatoires et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2005, Oda, Provisional Measures, The practice of international court of justice, cambridge, 1996. L Collins, Provisional and protective measures in internacional litigation, RCADI, Vol III, 1992.

mesures qui sont imposées aux États, celles qui entraînent l'application administrative du principe de non refoulement³⁵⁰ ressortent³⁵¹.

Leur accomplissement a été mis en doute en raison de l'absence de base juridique au sein de la CEDH. Ces mesures ont été appliquées puisqu'elles ont été prévues par voie réglementaire³⁵², ce qui a conduit au même problème d'application que pour les mesures conservatoires dans le système interaméricain.

Cependant, la Cour EDH a en partie résolu ce problème dans l'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovich contre Turquie*³⁵³ où la Turquie n'a pas appliqué de mesures provisoires. Le tribunal a posé à ce sujet que : « (...) *tout Etat partie de la Convention saisi d'une demande de mesures provisoires indiquées en vue d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée doit respecter ces mesures et s'abstenir de tout acte ou omission qui porterait préjudice à l'intégrité et à l'effectivité de la décision finale* »³⁵⁴. Devant l'obligation de respecter les mesures, le tribunal a fait un lien entre l'article 34 de la Convention et l'article 39 du règlement de la Cour EDH en retenant que la norme conventionnelle obligeait les États à « *s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant* ». Dans une décision de

³⁵⁰ Dans le système interaméricain une mesure provisoire a été présentée pour chercher à éviter la déportation du citoyen de Sri Lanka, Manickavasgam Surech, vers son pays d'origine par le gouvernement du Canada, pendant que l'enquête sur les faits a lieu. Les mesures adoptées ont permis de freiner la déportation et ainsi d'éviter la torture ou tout autre traitement inhumain, cruel ou dégradant.

³⁵¹ Cour EDH, Mesures provisoires, Saadi c Italie in

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁵² L'Article 39 du Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme indique : "La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.

2. Le Comité des Ministres en est informé.

3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées par elle".

³⁵³ Dans ce cas, le tribunal a ordonné des mesures de protection à deux citoyens turcs qui auraient été extradés vers l'Ouzbékistan Cour EDH,

³⁵⁴ Cour EDH, Affaire *Mamatkulov et Askarov c Turquie*, 6 février, 2003, p.110, extrait repris de Burgorgue- Larsen Laurence et Amaya Úbeda de Torres, Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine de droits de l'homme, Op. cit. p.223

l'année 2006³⁵⁵, la Cour EDH a confirmé le précédent de l'arrêt Mamatkunov face à une affaire d'expulsion d'un citoyen algérien du territoire français dans laquelle elle a indiqué que malgré le fait que l'article 39 ne s'appliquait pas au moment de la demande, l'article 34 et les obligations dérivées de cette disposition s'appliquent aux États parties. Plus tard dans l'affaire Olachea contre Espagne³⁵⁶, la Cour EDH a considéré que le non respect de la mesure provisoire implique un manquement grave de l'État qui ne respecte pas le recours individuel consacré dans la Convention.

Ces exemples montrent que la Cour EDH limite chaque jour un peu plus la marge d'appréciation de l'État dans un sens similaire à celui établi dans le système interaméricain. Cette vision s'est imposée pour le tribunal européen au regard du contexte propre aux pays de l'Est de l'Europe, la Russie, la Turquie et aux anciens États satellites de l'ex Union soviétique qui forment maintenant la Russie.

B) L'autolimitation de la marge d'appréciation de l'État par des mesures internationales de protection

Les organismes de protection des droits de l'homme ont la faculté d'ordonner aux États des mesures de protection pour leurs citoyens, ce qui revient à intervenir directement dans les procédures judiciaires en cours ou dans des actions de n'importe quel caractère contre les citoyens qui y sont mêlés. Dans le cas américain, les États ont été prudents et nous pouvons dire même exigeants pour appliquer les résolutions qui approuvent des mesures provisoires de la Cour IDH. Ce n'est pas autant le cas avec la Com IDH, pour deux raisons : (i) il s'agit de l'instance non juridictionnelle du système et (ii) la CADH autorise son existence.

³⁵⁵ Cour EDH, Aoulmi c France, 17 janvier, 2006, p. 111, in Burgorgue- Larsen Laurence et Amaya Úbeda de Torres, Les grandes décisions de la Cour Interamericaine de droits de l'homme, Bruylant, 2008, p.223

³⁵⁶ Cour EDH, Affaire Olachea c España, arrêt du 10 août 2006, par. 81 dans <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Sur le premier point, il s'impose que c'est la Cour IDH, et non la Com IDH, qui est chargée de rendre la justice dans le système, la Com IDH étant reléguée dans une fonction de transmission de la pétition ou de la requête, ce qui minimise son rôle au sein du système interaméricain. Cette situation explique que les États se conforment de façon stricte au respect des mesures conservatoires qui émanent de la Com IDH, ce qui permet à l'État de garder sa marge d'appréciation intacte. Le deuxième point renvoie à la hiérarchie des normes dans la mesure où le fait que les mesures provisoires se fondent sur la CADH, alors que celles conservatoires ont une base seulement réglementaire, fait que la force juridique des premières est supérieure à celle des secondes. Pour Laurence Burgorgue-Larsen et Ubeda de Torres, les mesures conservatoires de la Com IDH pourraient obligatoirement s'appliquer si l'on précise que le fait qu'elles sont réglementées n'empêche pas de les appliquer à partir du moment où elles sont liées à l'article 44 de la CADH. Cette position provient d'une interprétation similaire donnée par la Cour EDH et qui sera expliquée *infra*. Selon nous, l'analogie n'est pas évidente puisque la Cour EDH et la Com IDH n'ont pas la même nature et, par conséquent, l'imposition de respect faite par le tribunal européen face à ses propres mesures provisoires provient de son contrôle de compétence, ce lien ne pouvant être vérifié pour la Com IDH.

Ainsi, poser les limites de la marge d'appréciation de l'État au regard de l'existence de mécanismes de protection des droits de l'homme débouche sur une délimitation de l'action de l'État au stade préventif, ce qui complète l'inscription de l'État dans le système de protection des droits de l'homme.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER DE LA PREMIERE PARTIE

La marge nationale d'appréciation est une conséquence de la nature de l'État. Son existence provient du droit international des droits de l'homme à partir d'une articulation entre les ordres juridiques interne et international. Dans cet ordre d'idées, cette première partie de la thèse aborde la notion de marge nationale d'appréciation et présente ses principales composantes internes - *existence d'un État de droit et existence de la démocratie*-, pour que son application par l'État soit compatible avec l'ensemble des normes internationales des droits de l'homme. Penser sa représentation, éclairer sur les effets juridiques de la marge nationale d'appréciation lui donnant un contenu concret en l'éloignant des critiques qui lui sont faites de façon récurrente prétextant de son absence de contenu.

On soutiendra au terme de ce premier titre que la marge d'appréciation est une notion qui existe, non seulement parce que les tribunaux des droits de l'homme l'utilisent, mais également parce que c'est un élément naturel du fait que l'État est chargé en première instance d'appliquer une justice adéquate et effective sur son territoire.

La mise en évidence de cette existence a permis d'aborder la façon de comprendre la restriction et l'élargissement de cette marge d'appréciation par rapport au type de droit en cause et au type de contexte dans lequel la violation des droits de l'homme s'est présentée. Ce sujet a conduit à situer les débats autour de l'universalisme, du pluralisme et de la globalisation des droits de l'homme en démontrant que la marge nationale d'appréciation se défend constamment face à ces postures théoriques.

Le deuxième chapitre a cerné les limites de l'emploi de la marge d'appréciation, au regard de l'obligation de l'État de respecter les obligations générales et de son obligation d'adapter sa législation aux standards

internationaux des droits de l'homme. Des obligations complémentaires limitant sa marge d'appréciation ont aussi été abordées, comme celles qui encadrent l'obligation de sanction, en restreignant sa compétence pour définir le mode de réparation, ainsi que les effets de l'obligation nationale de respecter les mesures internationales de protection.

En définitive, l'existence de la marge nationale d'appréciation a été constatée à travers une analyse de droit comparé entre les systèmes interaméricain et européen des droits de l'homme, en déterminant ses éléments et en construisant ses limites. Il a aussi été démontré que loin d'être un concept sans contenu, elle joue un rôle essentiel dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme.

Titre II : La marge nationale d'appréciation: les limites substantielles dans la protection de la liberté d'expression

Le titre suivant abordera la relation entre la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression, en abordant les fondements philosophiques du droit et l'extension ou la restriction de la marge d'appréciation par rapport au principe d'égalité et de liberté. Il s'agira de comprendre la raison d'être des restrictions et des suspensions de la liberté d'expression. Une étude jurisprudentielle permettra de comprendre la justification d'une modulation de la marge d'appréciation de l'État quand est en jeu la liberté d'expression définie par les Traités régionaux des droits de l'homme ratifiés par les Etats.

Chapitre I : La liberté d'expression et ses fondements dans la théorie juridique

La liberté de pensée et d'expression, qui fait partie du catalogue axiologique-évaluatif des droits de l'homme, a été liée à la démocratie comme un moyen de rencontre et de construction sociale. Ce développement a tout d'abord eu lieu par le biais du principe de liberté formulé dans différents documents fondateurs de l'État de droit dans le monde occidental du XVIII^e et XIX^e siècles, confortés dans l'institution du principe d'égalité, lesquels ont été particulièrement renforcés et développés au milieu du XX^e siècle. Les deux principes -de liberté et d'égalité- n'apparaissent pas de façon isolée, mais se retrouvent réunis dans la liberté d'expression. Nous le vérifierons dans deux postures théoriques -celle des États-Unis et celle de la France-. Nous tirerons le fondement de la liberté d'expression, comme un élément naturel au sein d'une société démocratique, mais nous expliquerons également pourquoi il est possible de restreindre ou de suspendre l'exercice de ce principe.

Section I : L'association entre l'égalité, la liberté et la démocratie: le fondement théorique de la liberté d'expression

§ 1 : Entre le libéralisme et l'égalitarisme: la lutte interne de la liberté d'expression

Historiquement, la liberté d'expression apparaît dans l'article 9 de la Déclaration Montagnarde qui stipule : « *La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent* ». Elle était précédée par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui précise : « *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* »³⁵⁷. Plus tard, entre 1830 et 1848 une tradition a été inaugurée permettant aux émetteurs de l'information d'établir un pont avec la société pour qu'elle puisse prendre des décisions en accord avec l'information disponible.

Au cours du XX^e siècle, la liberté d'expression a été adoptée dans une multiplicité de systèmes juridiques nationaux. Elle a été insérée dans les constitutions et dans la science constitutionnelle.

Avec la fin de la seconde guerre mondiale, cette liberté, s'est traduite par une accumulation de textes sur les droits de l'homme, conséquence d'un processus accéléré de codification. Parmi ceux-ci ressortent, la déclaration universelle des droits de l'homme³⁵⁸, la déclaration des droits et devoirs de l'homme³⁵⁹, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

³⁵⁷ A. HEYMANN- DOAT, Libertés publiques et droits de l'homme, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 220.

³⁵⁸ Déclaration Universelle des droits de l'homme- DUDH-, approuvée le 10 décembre 1948, in <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

³⁵⁹ Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme- DADH- approuvée en 1948 <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos1.htm> <http://www.cidh.oas.org/DEfault.htm>

et des libertés fondamentales³⁶⁰ et la Convention américaine des droits de l'homme³⁶¹.

La liberté d'expression s'explique au travers des valeurs fondamentales qui permettent son existence : (i) l'élément interne comme « le secret de la pensée »³⁶² et (ii) l'expression comme élément émancipatoire de la parole, de la révélation de l'autre. Le premier est en relation avec l'origine de la pensée qui se produit dans le for intérieur, sans aucune autre sorte d'intervention, alors que le second est un élément d'extériorisation de la pensée, de manifestation de l'idée. Ces deux formes expliquent la notion de « liberté ».

De la même façon, au sein de cette liberté se trouve l'égalité comme un élément naturel pour garantir l'application de la liberté d'expression. Ce principe se manifeste dans la liberté d'expression par le biais des limitations qui lui sont imposées. Le conflit entre liberté et égalité est le pilier central de la construction du rapport de proportionnalité dans divers domaines, la liberté d'expression n'étant pas l'exception. Le paradoxe est évident : grâce à la limitation de la liberté de pensée et d'expression en vertu du droit à l'égalité, la liberté d'expression est respectée pour tous.

Pour faire ressortir le paradoxe qui permettra de comprendre le fondement de la liberté d'expression, et de ses limitations, nous aborderons d'une part la confrontation historique entre deux doctrines de la liberté d'expression fondées sur des distinctions institutionnelles et d'autre part la confrontation historique entre deux doctrines fondées sur des distinctions matérielles.

La première opposition s'appuie sur la façon de concevoir la liberté d'expression en France et aux Etats-Unis et son mode d'encadrement. La liberté d'expression s'incorpore dans la déclaration des droits de l'homme et

³⁶⁰ Convention Européenne des droits de l'homme souscrite le 4 novembre 1950, in F. SUDRE, La Convention Européenne de droits de l'homme, Presses Universitaires De France – PUFF, Paris, Que Sais-Je ?, 2002.

³⁶¹ Convention Américaine des droits de l'homme souscrite le 22 Novembre 1969, in <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm>

³⁶² Expression utilisée par le professeur Gilles, Lebreton dans son ouvrage « Libertés publiques et droits de l'homme », Paris, Dalloz, 8 édition, 2009, p.406.

du citoyen comme une réaction à l'absolutisme monarchique et comme assise de la philosophie individualiste en gestation à l'aube des républiques. L'article 10 de la déclaration affirme : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Cette disposition traduit la méfiance du citoyen à l'égard des instances de l'exécutif du fait de l'habitude invétérée qu'il a de restreindre les manifestations d'expression opposées au régime en place. Cette norme a été énoncée pour mettre fin à l'existence du contrôle du pouvoir monarchique de l'expression³⁶³. Comme nous pouvons l'observer, la méfiance est à l'égard de l'exécutif en France.

Contrairement à ce qui précède, dans le monde anglo-américain, la liberté d'expression exprime une méfiance envers le législatif plutôt qu'à l'égard de l'exécutif. Le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis considère que : « *Le Congrès ne fera aucune loi... restreignant la liberté de parole ou de la presse* ». Cet amendement qui a fait l'objet de tant de réflexions considère que le Congrès ne peut restreindre la liberté. La méfiance envers le Congrès, renvoie aux soupçons permanents des gouvernements monarchiques du Royaume Uni à l'égard du parlement qui engendrait des heurts constants entre les deux branches du pouvoir. Morange souligne ainsi à ce propos : « *... Le parlementarisme s'est développé dans ce pays parce que, depuis la Grande Charte de 1215 notamment, et par des textes successifs, on a limité progressivement les prérogatives du pouvoir royal. Les Constituants américains reprennent à leur compte cette attitude* »³⁶⁴. Pour la Cour Suprême des Etats-Unis, en reprenant l'expression de John Stuart Mill³⁶⁵, la liberté d'expression s'insère dans un marché d'idées. Cette façon de concevoir cette liberté se matérialise dans une décision de 1897 de la Cour suprême du Massachusetts qui assimile la liberté d'expression au droit de propriété en reconnaissant

³⁶³ Sur l'existence du pouvoir monarchique contre la liberté d'expression voir « La police de Paris dévoilée » de Pierre Manuel, 1790 (publié).

³⁶⁴ J. MORANGE, La liberté d'expression, ¿Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 19.

³⁶⁵ Cet auteur signale que l'exercice de la liberté d'expression est libre et, par conséquent, la limitation est une menace contre cette liberté, in J.S MILL, On liberty, New York, Prometheus Books, 1986.

conforme à la Constitution la sanction qui a été imposée à un prédicateur de Boston, pour avoir prêché dans un parc public, sans demander l'autorisation des forces de police, de la même façon qu'il est interdit au public d'entrer dans une propriété privée sans autorisation³⁶⁶. Plus tard, en 1919, le juge Holmes a rappelé dans l'affaire *Abrams contre les États-Unis* que : « *L'ultime bien commun tellement désiré est toujours mieux atteint par la libre communication des idées (free trade in ideas) et le meilleur test de vérité d'une idée réside dans sa capacité à s'imposer dans la concurrence de marché* »³⁶⁷. Cette posture a permis l'existence aux États-Unis d'un débat important entre cette liberté d'expression et le droit à la propriété dans la mesure où la première peut s'exercer n'importe où –théorie du public-, sauf quand elle s'exprime dans une propriété privée. A ce sujet, cette théorie a été fixée par la décision *Perry Educator's Association contre Perry Local Educator's Association* où la Cour Suprême a considéré qu'il n'était possible de déposer aucun tract dans les casiers des professeurs. Le plus haut tribunal a signalé qu'il existait trois types de propriété publique. La première est constituée par les rues et les parcs, ensuite la propriété publique que l'État ouvre au public pour qu'il s'exprime –les Universités publiques- et la troisième, la propriété publique qui ne fait pas partie du forum d'expression libre –les casiers des enseignants-³⁶⁸.

Cette façon de comprendre la liberté d'expression par les Américains, débouche sur une autre différence d'approche de la liberté d'expression entre la France et les États-Unis. Sachant qu'aucun droit n'est absolu, la restriction des droits aux États-Unis ne provient pas du législateur ou de l'exécutif, mais des instances judiciaires. En France, une position moins libérale a été proposée, la liberté d'expression étant restreinte de façon absolue par le Parlement jusqu'à l'entrée en vigueur du contrôle de constitutionnalité adopté

³⁶⁶ Cour Suprême des États-Unis, *Commonwealth c Davis*, 162 Mass 510, 39 N.E. 113 (1895) cité par E. ZOLLER, *La Cour Suprême des États- Unis*, in « *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, 2008 p. 260

³⁶⁷ Cour Suprême des États-Unis, *Abrams c États- Unis*, 250 US 616, 630 (1919) cité par E. ZOLLER, *La Cour Suprême des États- Unis*, in « *La liberté d'expression aux États-Unis et Europe*, op.cit. p. 267

³⁶⁸ Cour Suprême des États Unis- CSEU-, *Perry Educator's Association c. Perry Local Educator's Association*, 460 US 37 (1983)

par la constitution de la V^e république³⁶⁹. En comparant les modes de régulation dans les deux États Morange affirme que : « *Le juge est probablement moins politique, plus conservateur d'une tradition philosophique et juridique, plus soucieux du respect de la liberté individuelle. Le législateur est en revanche plus apte à favoriser les évolutions et les adaptations à des contextes sociaux, économiques, et techniques nouveaux. La comparaison entre les droits français et américain contemporains semble conforter ce point de vue* »³⁷⁰. Cette position doctrinale de Morange n'est pas acceptée par le constitutionnalisme moderne qui considère la justice constitutionnelle comme le moyen d'équilibrer la balance entre les pouvoirs exécutif et législatif et de protéger de façon efficace les droits fondamentaux des membres de la société.

La deuxième dimension renvoie à la confrontation historique entre deux modèles de pensée, fondée sur des distinctions matérielles. Cette opposition met en présence la notion de liberté et la notion d'égalité au sein de la liberté d'expression. La notion de liberté apparaît comme une conséquence de l'esprit individuel de la Révolution française. Cette notion qui s'est matérialisée dans de nombreux documents fondateurs, a été mise à l'épreuve par la notion d'égalité qui a permis de limiter les libertés pour mieux garantir certains droits, dont la liberté d'expression.

La construction des États interventionnistes au moment de la crise du libéralisme, a conduit à remettre en cause les excès du libéralisme. Les États ont alors adjoint des dimensions collectives aux libertés, afin d'en faire bénéficier un plus grand nombre des membres de la société. Dans le cas de la liberté d'expression, des normes ont été incluses dans les traités internationaux de droits de l'homme, principalement après la deuxième guerre mondiale, où l'exercice de la liberté d'expression peut être limité par « *le respect des droits et de la réputation des autres* »³⁷¹.

³⁶⁹ La Constitution politique de la Ve République en France- CPF- a été approuvée le 4 octobre 1958.

³⁷⁰ J. MORANGE, La liberté d'expression, op. cit. p. 28.

³⁷¹ Cette expression se trouve dans l'article 13 de la CADH

Cette nouvelle conception de l'égalité tend à rapprocher la liberté d'expression du projet de construction d'une société démocratique. Cette application de l'égalité conduit à ce que tous les citoyens soient bien informés et, grâce à cela, prennent des décisions en toute liberté. C'est la dimension sociale de la liberté d'expression. Pour le professeur Fiss « *un manque de contrôle de l'État se transforme en une forme de violation de la liberté d'expression par omission qui conduit à une grave distorsion du débat public, empêche l'autogouvernement des citoyens et viole le principe d'égalité devant la loi* »³⁷².

Une absence de contrôle ou de limites de la liberté, conduirait à estomper la liberté elle-même et à accepter que seul un petit nombre ait la possibilité de prendre les décisions dans la société. Des individus s'excluraient d'eux-mêmes par manque d'éléments pour prendre des décisions libres. Cette discussion sur la limitation même de la liberté –*afin d'éviter la violation du principe d'égalité ou de non-discrimination en son sein, ou pour le dire autrement, cet affrontement entre la dimension individuelle et collective de la liberté d'expression-*, permet de voir qu'il existe des discours qui doivent être protégés et d'autres non. Cela amène également à penser qu'il y a des expressions qui peuvent être limitées ou censurées. Il n'est pas possible d'accepter une libéralisation absolue de l'expression, sans tenir compte du fait que des expressions blessent la société comme cela pourrait être le cas d'une apologie de la guerre, d'actes de négation de la barbarie humaine, de spectacles qui perturbent l'enfance ou l'adolescence ou même de la pornographie infantile.

Une contradiction entre les deux dimensions se matérialise dans divers domaines, par exemple, la caractérisation de sanctions pénales, civiles ou administratives pour sanctionner la responsabilité de l'exercice abusif de la liberté d'expression. Il faut ajouter que ces sanctions doivent être fixées par la loi, être proportionnelles et nécessaires pour prendre la défense des objectifs

³⁷² O. FISS, « Efecto silenciador de la Libertad de expresión », Revue de théorie et de philosophie du droit « Isonomia », No. 4, Avril, 1996, pp. 18-27.

spécifiques protégés par la CADH et la CEDH : le respect des droits ou de la réputation des autres et la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la morale publique.

A ce sujet, la Cour IDH est tombée dans une sorte d'absolutisme jurisprudentiel en retenant « *qu'il n'est pas possible d'invoquer la protection de la liberté d'expression ou de la liberté d'information comme un objectif qui justifie à son tour de restreindre la liberté d'expression ou d'information, puisque cela constitue une antinomie. Il résulte qu'il est en principe contradictoire d'invoquer une restriction de la liberté d'expression comme un moyen de la garantir, parce que ce serait méconnaître le caractère radical et primaire de ce droit comme inhérent à chaque être humain pris individuellement, bien qu'il soit également membre de la société dans son ensemble. Il n'est également pas possible de justifier l'imposition d'un système de contrôle de la liberté d'expression au nom d'une supposée garantie de la rectification de la véracité de l'information que la société reçoit, car cela pourrait être à l'origine de grands abus, et en fin de compte contraire au droit à l'information dont bénéficie la société, qui comprend le droit à être informé sur les différentes interprétations et visions du monde, et à choisir celle que l'on considère la plus adéquate* »³⁷³.

La Cour EDH a fait une lecture moins dogmatique et plus juste de la réalité qui permet de comprendre la possibilité d'appliquer ce principe d'égalité comme une limite à l'absolutisme libertaire de la dimension individuelle de la liberté d'expression. Ainsi, la Cour EDH accorde une plus importante marge d'appréciation à l'État dans le sens où il gère les restrictions de la liberté au nom du principe d'égalité, valeur justificative des limites ou même des censures exceptionnelles qui lui sont appliquées.

Selon une réflexion du professeur Fiss à propos de la liberté d'expression dans les campagnes politiques l'égalité a primé sur la liberté d'expression car

³⁷³ Cour IDH. "La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Opinion consultative OC-5/85 du 13 novembre 1985, Série A No. 5. Parr. 77, cité dans le rapport de l'observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH de 2008, p. 139.

« ceux qui favorisent la liberté d'expression mettent souvent en avant le rôle de la liberté d'expression dans la préservation de l'égalité des droits civils, en suggérant que la politique démocratique est une condition préalable à la réalisation d'une égalité véritable et substantielle »³⁷⁴. Dit autrement, il n'y aura pas de démocratie s'il n'y a pas d'égalité dans la liberté d'expression.

Ainsi, la liberté d'expression doit être comprise comme une lutte entre la liberté et l'égalité. La liberté est la règle en tant que principe exécutoire de l'expression. Néanmoins, l'égalité justifie les restrictions, à condition qu'elles soient en relation avec une condition formelle –l'existence expresse de la loi- et deux conditions matérielles –le besoin et la proportionnalité de la limitation conformément au respect du droit d'autrui dans une société démocratique-.

§ 2 : La liberté d'expression et son lien avec la démocratie

La liberté d'expression est le fondement de la démocratie. Dans le prolongement de ce qui a été expliqué dans le paragraphe précédent, il est nécessaire d'indiquer que la notion de démocratie a participé à l'existence d'une marge d'appréciation conforme aux droits de l'homme. Cette dernière ne peut exister si la liberté d'expression n'est pas respectée, ce qui impliquerait la disparition du dialogue social. Comme nous pouvons l'observer, les liens entre la démocratie et la liberté d'expression sont multiples.

Comme cela a été expliqué pour les principes de liberté et d'égalité dans la liberté d'expression, la démocratie est à leur conjonction et ceci ne se réduit pas au domaine interne du droit, mais irradie la société. Dans ce sens, l'État doit intervenir pour promouvoir les biens indiscutables que sont la liberté et l'égalité. L'égalité doit être considérée comme un élément de la liberté d'expression, au sens où la conjonction de ces éléments permet de construire une société démocratique, telle qu'elle a été expliquée de façon classique et

³⁷⁴ O. FISS « Efecto silenciador de la Libertad de expresión », revue de théorie et de philosophie du droit « Isonomia », No. 4, Avril, 1996, pp. 23.

comme la jurisprudence des cours régionales de droits de l'homme l'a rappelé. La Cour IDH a ainsi pris en compte l'étroite relation qui existe entre la démocratie et la liberté d'expression, en établissant que « *la liberté d'expression est un élément fondamental sur lequel se fonde l'existence d'une société démocratique. Elle est indispensable à la formation de l'opinion publique. Elle est également une condition sine qua non pour que les partis politiques, les syndicats, les sociétés scientifiques et culturelles, et en général tous ceux qui désirent avoir une influence sur la collectivité, puissent se développer pleinement. Elle est en réalité une condition pour que la communauté, au moment de choisir ses options, soit suffisamment informée. Il est par conséquent possible d'affirmer qu'une société qui n'est pas bien informée n'est pas complètement libre* »³⁷⁵.

Afin d'expliquer ce lien entre la démocratie et la liberté d'expression il est nécessaire d'aborder deux approches, (i) la notion de « débat d'intérêt public » comme élément essentiel dans une démocratie et (ii) la liberté d'expression comme condition de l'existence d'autres droits dans une démocratie.

Sur le premier point, il s'impose que le débat public est le fondement d'une société démocratique qui se structure sur l'échange d'informations entre le gouvernement en place et les individus. L'absence de cet échange produit un déséquilibre dans la construction des valeurs démocratiques. Pour la Cour IDH le débat public recouvre seulement des positions du point de vue politique. La Cour IDH a indiqué dans son opinion consultative No. 5 que le bien commun dans la CADH « *est un concept qui se réfère aux conditions de la vie sociale qui permettent aux membres de la société d'atteindre le plus haut degré de développement personnel et la plus importante affirmation des valeurs démocratiques. Dans ce sens, l'organisation de la vie sociale peut être considérée comme un impératif du bien commun pour renforcer le fonctionnement des institutions démocratiques et préserver et promouvoir la*

³⁷⁵ Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 82; Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 2 juillet 2004 §112; et opinion consultative OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 et 29 Convención Americana sobre Derechos de l'Homme). OC-5/85 du 13 novembre 1985, §70.

*réalisation pleine des droits de la personne humaine (...) Le concept même d'ordre public réclame que soit garantie, au sein d'une société démocratique, la plus grande possibilité de circulation des informations, des idées et des opinions ainsi que le plus large accès à l'information de la part de la société dans son ensemble. La liberté d'expression s'insère dans l'ordre public primaire et radical de la démocratie, qui n'est pas concevable sans le débat libre et sans que la dissidence ne puisse se manifester de plein droit »*³⁷⁶.

Contrairement au système interaméricain, la Cour EDH est allé au-delà en considérant que le débat public recouvre non seulement des positions du point de vue politique³⁷⁷, mais inclut également les messages commerciaux ou publicitaires. Dans ce sens, la Cour, en modifiant une position précédente³⁷⁸, a considéré, comme le rappelle le professeur Flauss³⁷⁹, que les discours commerciaux ou professionnels font partie du débat public quand ils abordent des aspects comme la santé publique³⁸⁰, l'environnement³⁸¹ ou qu'ils comportent n'importe quel sujet qui ait trait à la liberté d'expression en raison de son caractère de pilier dans une société démocratique. Plus tard, le même professeur Flauss³⁸² dans une chronique des décisions de la Cour EDH nous rappelle que le débat public ne se limite pas à ces aspects mais qu'il peut même impliquer les expressions des directeurs des

³⁷⁶ Cour IDH, OC-5/85, "Colegiación obligatoria de periodistas" du 13 novembre 1985 in <http://www.corteidh.or.cr/>

³⁷⁷ Voir le premier chapitre du livre de Bjarne Melkevik, Rawls o Habermas: Un debate de filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 43-64.

³⁷⁸ Cour EDH, Affaire Thogeir Thogeirson c Islande, arrêt du 25 juin, 1992. Dans ce cas le tribunal a considéré que les messages publicitaires ou professionnels ne faisaient pas partie des débats publics ou généraux in <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>

³⁷⁹ J.F FLAUSS, "La Cour Européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression, dans " La liberté d'expression aux États- Unis et en Europe, sous la direction de Élisabeth Zoller, Paris, Dalloz, 2008, p. 103.

³⁸⁰ Cour EDH, Affaire Hertel c Suisse, 31 Aout, 1998, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28865221&skin=hudoc-fr&action=request>

³⁸¹ Cour EDH, Affaire Verein gegen Tierfabriken c Suisse, 28 juin, 2001. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28865250&skin=hudoc-fr&action=request>

³⁸² J.F FLAUSS, Jean- François, "La Cour Européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression, dans " La liberté d'expression aux États- Unis et en Europe, sous la direction de Élisabeth Zoller, op.cit., p. 104.

multinationales³⁸³ et la stratégie d'une entreprise privée, quand elle touche des intérêts publics³⁸⁴.

Comme nous pouvons le voir, les débats publics sont essentiels à l'existence de la démocratie. Ils se situent entre la liberté que nous avons expliquée dans le paragraphe précédent et l'égalité dans la mesure où dans de nombreux cas il est nécessaire de restreindre cette liberté pour protéger l'égalité et le principe de non-discrimination qui s'insère de façon subsidiaire dans la liberté d'expression.

Quant au deuxième aspect, il est important de préciser que la liberté d'expression est le fondement essentiel de la démocratie en raison de sa formation complexe. Ce droit n'est pas isolé dans le catalogue de droits, mais est une condition de l'existence d'autres droits dans une démocratie. Dans ce sens, l'observatoire de la liberté d'expression de l'OEA dans son rapport de 2008 a indiqué, en citant la Com IDH, que la « *carence de liberté d'expression est une cause qui contribue au non-respect des autres droits de l'homme* »³⁸⁵.

La Cour EDH a dans certaines affaires fait référence aux liens entre la liberté d'expression et d'autres droits, par exemple dans l'affaire du parti socialiste et autres contre Turquie³⁸⁶, elle a déterminé que la liberté d'opinion et d'expression implique une étroite relation avec le droit de réunion. Cette position a été rééditée dans de nombreuses affaires qui sont en relation avec le droit d'association.

Cette relation de causalité avec d'autres droits se présente justement parce que la spécificité des droits distincts de la liberté d'expression, comme le droit d'association, de réunion, de liberté religieuse, tient en ce que l'expression est

³⁸³ Cour EDH, Affaire Steel et Mores c Royaume Uni, 15 février, 2005 dans <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28865298&skin=hudoc-fr&action=request>

³⁸⁴ Cour EDH, Affaire Goodwin c. Royaume Uni, 27 mars, 1996 dans <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28865305&skin=hudoc-fr&action=request>

³⁸⁵ Com IDH, No. 38/97. Rapport No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra c. Pérou du 16 octobre 1997. §72 in Rapport annuel de l'observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 129 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>.

³⁸⁶ Cour EDH, Affaire Parti socialiste et autres c Turquie, arrêt du 25 mai, 1998 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28865873&skin=hudoc-fr&action=request>

le moyen essentiel de leur exercice. Comme nous pouvons le voir, ces deux formulations expliquent le lien entre la démocratie et la liberté d'expression et situent ce droit dans les fondements essentiels de la société ouverte³⁸⁷ qui se construit par l'intermédiaire de la délibération collective.

Enfin, l'existence du débat public, tout comme l'interaction entre les divers droits en vertu du conditionnement de la liberté d'expression, permettent l'existence d'une composante essentielle de la démocratie : le dialogue social. Il est par conséquent nécessaire de comprendre que le dialogue possède plusieurs formes de construction, ce qui entraîne que les discours mis en place dans une société aient un degré plus ou moins élevé de protection. Ceci permet que la protection de la liberté soit un élément constitutif de la démocratie, qui telle que nous l'avons développée dans la première partie de la thèse, fait partie de la marge d'appréciation de l'État conformément au droit international des droits de l'homme.

³⁸⁷ Terme utilisé par le philosophe K. POPPER in " La société ouverte et ses ennemis", Tomes I y II, Le Seuil, Paris, 2002.

Section II : La liberté d'expression: entre la protection interne et la protection internationale

Ici, la liberté d'expression sera présentée en s'appuyant sur ses fondements normatifs et l'on montrera le débat houleux auquel donne lieu sa classification. Nous verrons comment ils se sont matérialisés dans les traités régionaux de droits de l'homme. Nous aborderons ensuite les classifications de la liberté d'expression élaborées par le droit public français, dans la tradition républicaine des libertés publiques et dans le constitutionalisme moderne.

Ces formulations nous permettront de comprendre sous quel angle l'étude de la liberté d'expression est abordée dans cette thèse et de quelle façon elle se situe aussi bien dans la jurisprudence de la Cour EDH que dans celle de la Cour IDH.

§ 1 : Les orientations normatives de la liberté d'expression dans les conventions régionales de droits de l'homme

Les axes normatifs internationaux de la liberté d'expression se déduisent des articles 13 de la CADH³⁸⁸, 4 de la Déclaration Américaine des droits et des

³⁸⁸ L'article 13 de la Convention Américaine sur les droits de l'homme prescrit ce qui suit : Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de chercher, de recevoir et de diffuser des informations et des idées de toutes sortes, sans considération de frontières, que ce soit de façon orale, par écrit, ou imprimé, ou par tout autre moyen de son choix.

L'exercice du droit prévu dans l'article précédent ne peut faire l'objet d'une censure préalable mais est exposé à des responsabilités ultérieures, qui doivent être expressément fixées par la loi et être nécessaires pour assurer : le respect des droits ou de la réputation des autres, ou la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la santé ou de la morale publique.

Le droit à l'expression ne peut être restreint par des voies ou des moyens indirects, tels que l'abus de contrôles officiels ou particuliers de papier pour les journaux, de fréquences radioélectriques, ou de matériels et d'appareils utilisés pour la diffusion d'information, ou par tout autre moyen qui chercherait à empêcher la communication et la circulation des idées et des opinions.

Les spectacles publics peuvent être soumis par la loi à une censure préalable dans le but exclusif d'en réguler l'accès pour la protection morale de l'enfance et de l'adolescence, sans préjudice de ce qui est établi dans le point 2.

Est interdit par la loi toute propagande en faveur de la guerre et toute apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue des incitations à la violence ou à tout autre action illégale similaire

devoirs de l'homme³⁸⁹ et de l'article 10 de la CEDH³⁹⁰. Ces trois dispositions seront utilisées comme des références obligées de ce travail, à compléter par la jurisprudence des deux Cours régionales des droits de l'homme, ce qui, par conséquent, nous renvoie à la normativité européenne³⁹¹ et américaine. Les deux dimensions de la liberté d'expression développées par la jurisprudence de la Cour IDH et de la Cour EDH seront proposées. Le tribunal interaméricain a déclaré, en suivant la ligne argumentative de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁹², que le droit à la liberté d'expression et de pensée constitue la diffusion, c'est-à-dire, le fait que ces informations doivent être en réalité transmises à la société. C'est pour cette raison que l'on parle de deux dimensions de la liberté d'expression : une sphère individuelle dans laquelle chaque personne peut manifester ses propres idées et une dimension sociale qui permet à l'ensemble de la communauté de prendre connaissance de telles opinions lointaines³⁹³. En suivant cette idée la Cour IDH indique que : « *quand la liberté d'expression d'un individu est restreinte de façon illégale, c'est non seulement le droit de cet individu qui est violé, mais également le droit de tous à « recevoir » des*

contre toute personne ou groupe de personnes, pour tout motif, y compris ceux de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale.

³⁸⁹ L'article 4 indique que : Toute personne a droit à la liberté d'investigation, d'opinion, d'expression et de diffusion de la pensée par n'importe quel moyen.

³⁹⁰ Article 10 - Liberté d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

³⁹¹ La Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE) s'est prononcé dans le cas VBVB et VBBB c. la Commission, en reconnaissant que la liberté d'expression fait partie des droits fondamentaux et pour cette raison la cour de justice doit garantir son respect, voir L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN- SOUCRAMANIEN, A. PENA- SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 4 édition, 2007. p. 253.

³⁹² Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976; Affaire The Sunday Times c. Royaume-Uni, arrêt du 26 avril 1979; Affaire Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985; Affaire Lingens c. l'Autriche, arrêt du 8 juillet 1986; Affaire Müller et autres contre la Suisse, arrêt du 24 mai 1988; Affaire Otto-Preminger-Institut c. l'Autriche, arrêt du 20 septembre 1994; Affaire Sûrek et Ozdemir c. la Turquie, arrêt du 8 juillet 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

³⁹³ Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c. Pérou, arrêt du 6 février 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/>

informations et des idées, c'est pour cette raison que le droit protégé par l'article 13 possède une portée et un caractère spécial. Les deux dimensions de la liberté d'expression sont ici manifestées. En effet, elle a d'une part besoin que personne ne soit arbitrairement lésé ou empêché de manifester sa propre pensée et représente par conséquent un droit de chaque individu ; mais elle implique également d'autre part un droit collectif à recevoir toutes sortes d'informations et à connaître l'expression de la pensée d'autrui ».

Cette position commune des tribunaux des droits de l'homme pour expliquer la liberté d'expression par le biais de la dimension individuelle et collective, n'empêche pas que dans le but d'étudier leurs fondements normatifs, leurs portées et leurs limites, nous divisions la liberté en deux parties : (i) la liberté d'accès aux pensées, aux opinions, aux idées ou aux informations et, (ii) la liberté de diffuser l'information de pensées, d'opinions, d'idées ou d'informations. Ces dimensions seront expliquées au regard de la norme internationale et de la portée donnée par la jurisprudence internationale des droits de l'homme.

A) La liberté d'accès aux pensées, aux opinions, aux idées ou aux informations

Cette composante de la liberté d'expression comporte la liberté de chercher et de recevoir l'information sans considération de frontières. Elle est encadrée par l'article 13.1 de la CADH, l'article 19.1 du Pacte international des droits civils et politiques, et l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans le système européen, la liberté de chercher l'information n'est pas consacrée dans l'article 10 et la Cour EDH l'a refusé quand sa protection lui a été demandée.

D'autres documents internationaux de « soft law » comme la Déclaration des principes sur la liberté d'expression de la CIDH³⁹⁴ exprime dans le 3^e principe que « *toute personne a le droit d'accéder à l'information sur elle-même ou sur*

³⁹⁴ Déclaration de principes sur la liberté d'expression de la CIDH in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>

ses biens de façon libre et gratuite, qu'elle soit contenue dans des bases de données, des registres publics ou privés et, dans le cas où cela serait nécessaire, de l'actualiser, de la rectifier et/ou de la corriger » ; et dans le 4^e principe que « l'accès à l'information qui se trouve entre les mains de l'État est un droit fondamental des individus. Les Etats ont l'obligation de garantir l'exercice de ce droit. Ce principe admet seulement des limitations exceptionnelles qui doivent être établies au préalable par la loi quand un danger réel et imminent existe et menace la sécurité nationale dans des sociétés démocratiques ». La portée de ce principe a été expliquée par les rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de l'ONU, l'O.E.A. et l'O.S.C.E. dans leur déclaration conjointe de 2004³⁹⁵, précisant que « le droit d'accès à l'information qui se trouve entre les mains des autorités publiques est un droit de l'homme fondamental qui devrait être appliqué sur le plan national par le biais de la législation globale (...) qui repose sur le principe de divulgation massive, ce qui établit la présomption d'accessibilité à toute l'information, sujette seulement à un système restreint d'exception »³⁹⁶.

Quant à la liberté d'obtenir cette liberté, elle peut s'expliquer par le biais du droit de pétition dans le cadre de l'information publique et à travers la recherche de la vérité par les membres de la famille des victimes de violation des droits de l'homme. Dans l'un comme dans l'autre, l'Etat –*par le biais de ses pouvoirs publics*- comme le signale le professeur Díez-Picazo, doit respecter le « principe de neutralité idéologique »³⁹⁷. C'est-à-dire qu'il doit avoir la capacité de transmettre une information véridique à ceux qui la demandent, sans aucune tromperie.

En ce qui concerne le droit de pétition dans le cadre de l'information publique, il peut se définir comme le droit de toute personne à demander une information aux autorités publiques et le devoir de ces dernières de la lui

³⁹⁵ Déclaration des observateurs spéciaux sur la liberté d'expression de l'ONU, la OEA et l'OSCE dans leur déclaration conjointe de 2004 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/docListCat.asp?catID=16&IID=2>

³⁹⁶ Cité dans le rapport de l'observatoire de la liberté d'expression de la CIDH de 2008, p. 174 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=742&IID=2>

³⁹⁷ L.M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de derechos fundamentales, Ed. Thompson- Civitas, 2003, p. 282.

remettre dans un délai raisonnable. Cette liberté de diffusion par le biais du droit de pétition a connu un certain développement en Amérique latine et en Europe. Un des exemples les plus importants provient du cas colombien. Dans cet État, le droit de pétition est protégé dans la Constitution³⁹⁸ par l'article 23 et par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle. Sur la nature de ce droit, le tribunal constitutionnel colombien signale :

*« le droit de pétition est une manifestation directe du droit de participation que possède tout citoyen, ainsi qu'un moyen pour obtenir la satisfaction d'autres droits, tels que le droit à l'égalité, le droit d'agir en justice, le droit au travail, etc. ». Il a aussi été dit que ce droit se traduit par la faculté de toute personne de présenter aux autorités publiques et aux particuliers qui fournissent un service public, des demandes de caractère particulier ou général, pour que ceux-ci donnent une réponse dans un délai spécifique. Cette réponse peut ou non satisfaire les intérêts de celui qui a présenté la demande, dans le sens d'accéder ou non à ses prétentions, mais toujours avec une réponse qui permette au pétitionnaire de connaître la volonté de l'administration quant au sujet présenté. Par conséquent, ce droit est satisfait quand des réponses qui résolvent de façon substantielle la matière qui fait l'objet de la demande sont données, sans importance du sens de celles-ci »*³⁹⁹.

Cette position jurisprudentielle exemplaire et la constitutionnalisation du droit de pétition s'est étendue à presque tout le continent. Nous pouvons dans ce sens rappeler ce que signalent les professeurs Burgorgue-Larsen et Ubeda Torres « ... la consécration constitutionnelle du droit à l'information publique est particulièrement importante sur le continent. Elle l'a été de deux manières ; soit dans le cadre de l'adoption de nouvelles constitutions, symboles de ruptures avec des passés autoritaires et mouvementés ; soit à

³⁹⁸ L'article 23 de la Constitution colombienne de 1991 indique que : « Toute personne a le droit de présenter des pétitions respectueuses aux autorités pour des raisons d'intérêt général ou particulier et obtenir une résolution rapide. Le législateur pourra réglementer son exercice devant des organisations privées pour garantir les droits fondamentaux ».

³⁹⁹ Cour Constitutionnelle de Colombie- CCC-, arrêt T- 312 du 20 avril 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra in www.corteconstitucional.gov.co.

l'occasion de réformes constitutionnelles qui se sont en général déroulées dans le courant des années 90 »⁴⁰⁰.

Du point de vue du système interaméricain des droits de l'homme, on remarquera la décision de la Cour IDH dans l'affaire Claude Reyes contre Chili⁴⁰¹ qui a considéré que « *l'article 13 de la Convention, en spécifiant expressément les droits à « chercher » et à « recevoir » des « informations », protège le droit de toute personne à demander l'accès à l'information contrôlée par l'État, en tenant compte des restrictions permises sous le régime de restrictions de la Convention. Par conséquent, cet article protège le droit des personnes à recevoir cette information et l'obligation positive de l'État de la remettre, de telle façon que la personne puisse accéder et connaître cette information ou recevoir une réponse fondée quand pour un motif autorisé par la Convention, l'État peut limiter son accès comme dans ce cas concret. Cette information doit être remise sans avoir besoin de manifester un intérêt direct pour son obtention ou une affectation personnelle, sauf dans les cas où une restriction légitime s'applique. Une fois reçue par une personne, celle-ci peut à son tour la faire circuler dans la société pour qu'elle puisse la connaître, y accéder et l'évaluer. De cette façon, le droit à la liberté d'expression inclut la protection du droit d'accès à l'information contrôlée par l'État, qui possède également clairement les deux dimensions, individuelle et sociale, du droit à la liberté d'expression qui doivent être simultanément garanties par l'État »⁴⁰².*

De façon spécifique, la Cour se réfère à ce droit dans l'affaire Mack Chang dans le sens où « *en cas de violation des droits de l'homme, les autorités de l'État ne peuvent s'abriter derrière des mécanismes comme le secret d'État ou la confidentialité de l'information, ou pour des raisons d'intérêt public ou de sécurité nationale, pour ne pas apporter l'information demandée par les*

⁴⁰⁰ L. BURGORGUE- LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, "Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, op.cit., p. 586-587.

⁴⁰¹ Cour IDH, Affaire Claude Reyes c. Chile, arrêt du 19 septembre 2006, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

⁴⁰² Cour IDH, Affaire López Alvarez, arrêt du 1er février 2006, § 163; Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 80; et Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004 § 108-111 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

autorités judiciaires ou administratives chargées de l'enquête ou du procès en cours »⁴⁰³.

Comme nous pouvons l'observer, le tribunal interaméricain a introduit dans sa jurisprudence cette nouvelle conception de la liberté d'expression, en protégeant la transparence qui doit exister dans une démocratie entre l'État et les citoyens. Dans ce sens il promeut la communication fluide qui doit exister entre les personnes et l'administration publique. Cette interprétation permet de lier la liberté d'expression et la démocratie, en comprenant que pour que des conditions démocratiques existent, il est nécessaire de préserver la liberté de recherche d'information des personnes, ce qui donnera plus d'éléments à la population pour prendre des décisions cohérentes avec l'information présente dans une société. La Charte interaméricaine⁴⁰⁴ propose dans son article 4 « *la transparence des activités gouvernementales, la probité, la responsabilité des gouvernements dans la gestion publique, le respect pour les droits sociaux et la liberté d'expression et de presse* » comme des composantes fondamentales de l'exercice de la démocratie. La constitution affirme également dans son article 6 que « *[la] participation des citoyens aux décisions concernant leur propre développement [... est] une condition nécessaire pour l'exercice entier et effectif de la démocratie* », raison pour laquelle elle invite les États parties à « *promouvoir et favoriser diverses formes de participation citoyenne* ». Ces préceptes démontrent que la gestion adéquate de l'administration s'effectue au vu du public, en permettant que celui-ci puisse chercher l'information qui permet non seulement d'effectuer le contrôle de l'administration par les citoyens, mais en même temps, du devoir de probité que l'administration doit observer devant tout citoyen. Ce droit, comme tout autre, a des limites, et la liberté de recherche d'information n'est pas l'exception. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, celles-ci doivent avoir des conditions qui équilibrent la marge d'appréciation de l'État dans son interprétation.

⁴⁰³ Cour IDH, Affaire Mirna Mack Chang, arrêt du 25 novembre 2003, §180 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴⁰⁴ Charte Démocratique Interaméricaine- CDA- approuvée par l'assemblée générale de l'OEA le 11 septembre 2001 in <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos15.htm>.

Dans le système européen, la Cour EDH n'a pas envisagé l'hypothèse de permettre aux personnes de chercher l'information publique en considérant qu'elle se trouve exclue du domaine de protection de l'article 10. Comme le signalent Burgorgue et Torres « ... *La Convention EDH s'attache pour l'heure à s'aligner sur le libellé restrictif de l'article 10 qui ne consacre ni le droit de rechercher et donc d'accéder à des informations personnelles, ni le droit d'accès à des informations publiques, c'est-à-dire des informations d'intérêt public détenues par l'Etat* »⁴⁰⁵. Cependant cette affirmation est relativisée dans l'affaire Guerre et autres contre Italie⁴⁰⁶, où la Com EDH sur la base de l'article 10 « *consacre un droit pour les individus d'obtenir des informations sur les risques liés aux installations polluantes dangereuses* »⁴⁰⁷.

De la même façon, parmi les Etats parties, le droit de pétition sur l'information administrative fait partie du fonctionnement et de la transparence de l'administration publique. En France par exemple, ce droit a été reconnu dans son système juridique. Pour le professeur Fialaire, « *l'accès aux documents administratifs leur permet de connaître le contenu de quantités d'écrits de l'administration y compris de ceux qui ne font pas habituellement l'objet de mesures de publicité* »⁴⁰⁸. Les lois du 17 juillet 1978, du 11 juillet 1979 et du 12 avril 2000, garantissent aux particuliers la possibilité de demande d'information administrative⁴⁰⁹. Comme cela a été signalé pour le cas colombien, ce droit a des limites. Parmi celles-ci figurent les documents en relation avec la Défense nationale, la conduite de la politique étrangère, la monnaie, le crédit public, la sécurité de l'État et la sécurité juridique. Pour la protection de ce droit la loi française a créé la « *Commission d'accès aux*

⁴⁰⁵ L. BURGORGUE- LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES "Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, op. cit., p.584

⁴⁰⁶ Com EDH, Affaire Guerra et autres c Italie, décision du 26 juin 1996, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁴⁰⁷ G.COHEN, JONATHAN, Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme in Protection des droits de l'homme : La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rovi Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Bonn, p. 254.

⁴⁰⁸ J. FIALAIRE, et E. MONDIELLI, Droits fondamentaux et libertés publiques, Ellipses, Paris, 2005, p. 451

⁴⁰⁹ Selon l'article 2 de la loi du 17 juillet, 2000, sont documents administratifs ceux qui émanent des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics.

documents administratifs » (CADA), qui est une autorité administrative indépendante⁴¹⁰.

Quant à la recherche de la vérité, il est important d'indiquer que le système interaméricain est le plus concerné par l'existence de conflits armés internes ou de contextes de violence généralisée⁴¹¹, cependant, la Cour EDH l'a également reconnu dans des affaires⁴¹² concernant le droit à être informé des résultats d'une enquête⁴¹³. L'existence de ce droit à la vérité est assumé comme une conséquence de la violation des droits de l'homme qui produit chez les familles de ces personnes et dans la société en général, une nécessité de connaître la vérité et de savoir ce qui s'est passé, à la manière d'une réconciliation personnelle, familiale et sociale dans un contexte de conflit. Cette reconnaissance se produit à travers de nombreux documents dont ressortent le Protocole annexe I aux conventions de Genève de 1949 et 1977 dans ses articles 32 et 33, les travaux de la Com et de la Cour IDH, et le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies. Cette action de reconnaissance a été proposée dans l'élaboration de l'Ensemble des principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme au travers de la lutte contre l'impunité de l'ONU, préparée par l'expert Louis Joinet⁴¹⁴, qui reconnaît dans son premier principe le droit inaliénable de la société –le collectif- et de la victime –le personnel- à connaître la vérité sur des actes condamnables qui violeraient les droits de l'homme. Ce droit à la vérité comprend l'information relative au nom des responsables, aux circonstances de temps, de mode et de lieu, ainsi que les raisons qui expliquent pourquoi les faits ont eu lieu.

⁴¹⁰ Voir FIALAIRE, J. et MONDIELLI, E, Droits fondamentaux et libertés publiques, op.cit., p. 454

⁴¹¹ Ce droit a été reconnu dans plusieurs affaires par la Cour IDH, dont : Velasquez Rodriguez c. le Honduras, arrêt du 29 juillet 1988, § 181, Castillo Paez, arrêt du 3 novembre 1997 § 183 Blake c. le Guatemala, arrêt du 24 janvier 1998, §97-103, l'affaire Barrios Altos c. le Pérou, arrêt du 14 mars 2001, §41, l'affaire El Caracazo c. le Venezuela, arrêt du 29 août 2002, §118, Bamaca Velasquez c. le Guatemala arrêt du 22 février 2002 §197-202, Valle Jaramillo c. la Colombie, arrêt du 27 novembre 2008, §102. Dans ces décisions, la Cour IDH a accordé un contenu au droit à la vérité, en invoquant sa dimension individuelle et sociale, sa reconnaissance nécessaire au sein de la réparation par l'existence de reconnaissances judiciaires par l'intermédiaire des juges ou de Commissions de vérité organisées par l'Etat afin de satisfaire ce besoin de vérité.

⁴¹² Voir Cour EDH, Affaire Aksoy c. Turquie, arrêt du 28 mars 2000, parmi d'autres.

⁴¹³ Voir, Y. NAQVI, El derecho a la verdad en el derecho internacional : ¿Realidad o ficción ? in International Review of the red Cross, Junio 2006, No 862.

⁴¹⁴ L. JOINET, Rapport Final sur la question de la impunité sur violations des droits de l'homme, ONU/Commission de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 5-20.

Même si le droit à la vérité en relation directe avec la liberté d'expression n'a pas été ébauché, la doctrine propose ce lien de façon toujours plus insistante, en comprenant qu'indépendamment de son lien indivisible avec le droit d'agir en justice en raison de la nécessité de déterminer une vérité juridique en faveur des victimes et de la société, la liberté d'expression dans sa dimension passive est de la même façon engagée. Cette conclusion est non seulement la conséquence de l'analyse de ce droit et des dispositions conventionnelles en Europe comme en Amérique, mais a également été signalé par l'Observatoire de la liberté d'expression de la Com IDH qui déclare que : « *L'interprétation du droit à la vérité a évolué et l'on considère actuellement, tout au moins la Commission, que le droit à la vérité appartient aux victimes et à leurs familles ainsi qu'à la société en général. En accord avec cette conception, le droit à la vérité s'appuie sur l'article 25, ainsi que sur les articles 1(1), 8 et 13 de la Convention* »⁴¹⁵. Ainsi donc, le droit autonome à la vérité rejoint la liberté d'expression dans la dimension de recherche d'information comme nous l'avons ébauché dans cette section.

De ce qui précède nous déduisons que le droit interne a relié la liberté de recherche d'information au droit administratif qui a connu un développement important dans l'administration publique. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme elle n'a pas connu un écho important, car dans le système européen, sa revendication n'est pas possible sur le fondement de l'article 10, alors que dans le système interaméricain, la Cour IDH s'est prononcée dans les affaires Myrna Mack Chang contre Guatemala et Claude Reyes contre Chili, en ouvrant un nouvel espace de réflexion sur ce droit au sein de la jurisprudence sur la liberté d'expression. Les décisions de la Cour IDH sont un premier pas pour permettre l'élargissement du droit à la recherche d'information avec une limitation plus importante de la marge d'appréciation de l'État.

⁴¹⁵ Rapport "Observatoire de Liberté d'expression de la Com IDH" « El derecho a la verdad », in « Jurisprudence interamericaine en matière de liberté d'expression », <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=156&IID=2>.

Quant au droit à la vérité, il est nécessaire de préciser que les Cours EDH et IDH n'ont pas encore apporté de positions claires en déterminant la violation de la liberté d'expression dans sa dimension de recherche de la vérité, la doctrine a cependant commencé à avancer sur ce point, en élargissant son lien avec d'autres droits, comme la liberté d'expression dans sa dimension de recherche.

Nous abordons maintenant la seconde dimension de la liberté de recevoir de l'information. La société a, pour cette liberté, un double rôle. Le premier est de caractère passif car la société est réceptrice de l'information produite par un émetteur. La société assume d'autre part un rôle actif en recevant l'information qui permet de consolider la composante collective de la liberté d'expression. La démocratie se structure comme un espace dialectique de construction collective. À propos de cette construction, la Cour EDH a signalé dans l'affaire Handyside contre Royaume-Uni : « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »⁴¹⁶. Dans ce sens, la Cour IDH dans son opinion consultative OC-5/85 et dans plusieurs jurisprudences a signalé que la liberté d'expression est la *clef de voûte* d'une société démocratique⁴¹⁷.

La réception d'information complète le processus de communication entre l'État et la société, en permettant à cette dernière de participer à la gestion des affaires publiques dans le cadre d'un espace de transparence où les citoyens ne rencontreraient aucune restriction, sauf celles imposées par l'État en vertu des besoins de l'État démocratique.

B) La liberté de diffuser des pensées, des opinions, des idées ou des informations

⁴¹⁶ Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume Uni, arrêt du 7 décembre, 1976 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866135&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴¹⁷ Cette position a également été signalée par le comité des droits de l'homme, Rapport Aduayom et autres c. Togo, décision du 12 juillet 1996, § 7.4 in <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS422R1.htm>.

La liberté de diffuser ou d'exprimer des opinions ou des idées est le pilier individuel de la liberté d'expression. Cette diffusion permet à la société de recevoir l'information et de concrétiser ainsi la protection de la liberté d'expression dans ses deux dimensions. Le droit à la liberté d'expression et de pensée repose sur la possibilité de chaque individu de diffuser de l'information, des idées et des opinions de toutes sortes en utilisant n'importe quel moyen qui le permette.

L'opinion est la source même de la liberté d'expression. La multiplicité d'opinions individuelles contribue à la formation d'une opinion publique qui renforce la construction sociale. La Cour IDH et la Cour EDH se sont toutes deux largement prononcées sur cette liberté de diffusion et sur la façon de comprendre ses restrictions qui seront expliquées dans le deuxième chapitre de cette partie.

Les tribunaux ont ainsi protégé la presse à de nombreuses reprises pour remplir un rôle de « *chien de garde de la société démocratique* »⁴¹⁸. Quant au juge interaméricain, nous pouvons rappeler en exemple l'affaire Ivcher Bronstein⁴¹⁹ où une violation du droit à la liberté d'expression et de pensée a été constatée, face aux restrictions matérielles imposées à ce journaliste pour continuer à exprimer ses opinions. Dans ce sens, la Cour s'est prononcée dans l'affaire Herrera Ulloa⁴²⁰. Le tribunal a également défendu la liberté de diffusion d'un film « La dernière tentation du Christ » contre Chili⁴²¹ où il a constaté cette violation. Ensuite, dans l'affaire Lopez Alvarez contre Honduras⁴²² la Cour IDH a défendu le droit de parler dans sa langue maternelle. Un événement similaire a eu lieu dans l'affaire Yakye Axa⁴²³ en

⁴¹⁸ Cour EDH, Affaire Thogeir Thogeirson c. Islande, arrêt du 25 juin 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866175&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴¹⁹ Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c. Pérou, arrêt du 6 février 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²⁰ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004 par. 108-111 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²¹ Cour IDH, Affaire Dernière tentation du Christ c. Chili, arrêt du 5 février 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²² Cour IDH, Affaire Lopez Alvarez c. Honduras, arrêt du 1er février 2006 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²³ Cour IDH, Affaire Yakye Axa c. Paraguay, arrêt du 6 février 2006 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

raison du refus des autorités paraguayennes d'accepter la défense en langue guarani. Quant aux écrivains, la Cour IDH s'est prononcée sur le droit à la publication de livres de fonctionnaires publics dans l'affaire Palamara Iribarne⁴²⁴ et d'un journaliste dans l'affaire Kimel⁴²⁵. Apres de la Com IDH, remarquons l'affaire Radio Nanduti⁴²⁶ où l'État du Paraguay a été déclaré responsable pour la pression exercée contre une station de radio qui diffusait de la propagande politique de partis politiques non autorisés par le gouvernement et l'affaire du journaliste et écrivain Alejandra Mattus qui s'est vu retirer son livre « El libro negro de la justicia chilena » par les autorités chiliennes, violant ainsi la liberté de diffusion consacrée dans l'article 13 de la CADH⁴²⁷.

La Cour EDH s'est également prononcée dans de multiples affaires pour protéger cette liberté de diffusion. On retiendra pour exemples, la protection donnée à la presse dans les affaires Sunday Times⁴²⁸, Oberschlick⁴²⁹, Lingens⁴³⁰, Thorgeir Thorgeir⁴³¹ ou Jersild⁴³². La tension entre la protection de la morale des mineurs et la liberté de diffusion apparaît dans l'affaire appelée Handyside⁴³³. Pour les messages publicitaires remarquons l'affaire Groppera Radio⁴³⁴. La liberté commerciale a été abordée dans l'affaire Barthold⁴³⁵. La liberté de diffuser l'information des fonctionnaires publics a été

⁴²⁴ Cour IDH, Affaire Palamara Iribarne c Chili, arrêt du 22 novembre 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²⁵ Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentine, arrêt du 2 mai 2008 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴²⁶ Com IDH, Affaire Radio Nanduti c. Paraguay, rapport du 28 mars 1987 in <http://www.cidh.org/Default.htm>

⁴²⁷ Com IDH, Rapport N.º 55/00, Alejandra Mattus c. Chili du 2 Octobre, 2000 in <http://www.cidh.org/Default.htm>

⁴²⁸ Cour EDH, Affaire Sunday Times c le Royaume-Uni, arrêt du 26 avril 1979 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866323&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴²⁹ Cour EDH, Affaire Oberschlick c. l'Autriche, arrêt du 23 mai 1991 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866383&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁰ Cour EDH, Affaire Lingens c l'Autriche, arrêt du 8 juillet, 1986 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866388&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³¹ Cour EDH, Affaire Thogeir Thogeirson c. Islande, 25 juin 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866175&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³² Cour EDH, Affaire Jersild c Danemark, arrêt 23 septembre, 1994, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866410&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³³ Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume Uni, 7 décembre, 1976 dans <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866135&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁴ Cour EDH, Affaire Groppera Radio c Suisse, arrêt 28 mars, 1990 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866420&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁵ Cour EDH, Affaire Barthold c. Danemark, arrêt 25 mars, 1985 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866433&skin=hudoc-fr&action=request>

abordée dans l'affaire Vogt⁴³⁶, la liberté de diffusion de l'information des militaires dans le cas Hadjianastassiou⁴³⁷, la liberté d'expression des détenus dans l'affaire Ozgur⁴³⁸ ou la liberté d'exprimer sa pensée à travers la peinture traité par la Cour EDH dans l'affaire Muller.⁴³⁹

Ces affaires prises à titre d'exemple dans les systèmes régionaux, ne sont pas exhaustives, mais plutôt énonciatrices de la protection qui émane des Cours régionales des droits de l'homme, et montrent les variantes de la liberté d'expression. Dans la deuxième partie de cette recherche, une étude comparée sera réalisée entre la jurisprudence des deux Cours régionales confrontant la liberté d'expression avec d'autres droits avec lesquels elle entre régulièrement en rapport.

La liberté de diffusion se matérialise par le biais des expressions orales ou de signes, des expressions de caractère écrit et des expressions visuelles. Ces trois formes d'expression recouvrent divers supports de cette liberté comme la parole, les imprimés, les journaux, les films, les spectacles et tout autre moyen existant. Au XIX^e et au XX^e siècle cette classification ne présentait aucun problème pour constater des moyens comme la parole, l'imprimé –livre ou journal-, les spectacles, le cinéma, les discours, les cortèges, les défilés ou les manifestations. Ils étaient classés selon l'impact politique qu'ils produisaient. A ce sujet le professeur Morange signale : « ... *Le combat moderne pour la liberté a débuté au XVIII^e siècle et s'est poursuivi au XIX^e siècle, périodes où non seulement ces formes d'expression étaient les plus utilisées, en matière politique, notamment, mais, également, où ceux qui le menaient étaient eux-mêmes des hommes de la parole ou de la plume, avocats, enseignants, écrivains. Parmi les autres moyens d'expression qui*

⁴³⁶ Cour EDH, Affaire Vogt c. Allemagne, arrêt 22 novembre, 2001, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866439&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁷ Cour EDH, Affaire Hadjianastassiou c. Grèce, arrêt 16 décembre, 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866449&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁸ Cour EDH, Affaire Ozgur Gundem c. Turquie, arrêt 16 mars, 2000 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866480&skin=hudoc-fr&action=request>

⁴³⁹ Cour EDH, Affaire Muller c. Suisse, arrêt 24 mai, 1998 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28866505&skin=hudoc-fr&action=request>

bénéficièrent d'une constante faveur, certains posaient, à priori, moins de problèmes politiques, comme les concerts ou les arts classiques »⁴⁴⁰.

Dans ce sens, la CADH et la CEDH indiquent que la liberté d'expression permet l'expression « par n'importe quel moyen » en déclarant « *dans ce sens toute limitation des moyens et des possibilités de diffusion de l'expression est, directement et dans la même mesure, une limitation de la liberté d'expression »⁴⁴¹.*

A ce sujet, il est nécessaire de remarquer qu'avec le temps et le développement des TIC *-technologies de l'information et de la communication-*, l'explication et la classification des médias devient plus complexe, alors que la façon de diffuser l'information n'est plus unidimensionnelle, mais convergente ou pluridimensionnelle. Dans ce sens, les classifications des supports de la liberté d'expression comme les télécommunications *-services de téléphonie mobile, téléservices, télévision, télématique, valeur ajoutée, radio, secours ou aide-* et les communications simples *-écrites ou orales sans l'utilisation technique de radio, de télévision ou tout autre moyen-*, ont été remises en cause devant l'apparition d'une convergence de réseaux et de services grâce à Internet qui produit non seulement une convergence de formes d'expression sur le Net, mais qui tend également à unifier la façon de concevoir la diffusion de l'information.

Nous pouvons le vérifier avec les nouveaux services comme la télévision câblée qui par le biais d'un réseau de fibres optiques permet de fournir des services de haut débit, téléphonie locale ou longue distance avec voix IP, valeur ajoutée, et Internet, ou la possibilité d'utiliser le téléphone portable comme une source d'information grâce à Internet. Cela a fait que l'information peut être diffusée par le biais de canaux uniques qui font appel à la télécommunication ou à la radiodiffusion avec des mécanismes mobiles qui présentent des défis énormes pour la régulation du réseau. Ainsi, Internet a

⁴⁴⁰ J. MORANGE, La liberté d'expression, ¿que sais-je?, op.cit., p.12.

⁴⁴¹ Rapport de l'Observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 126 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>.

révolutionné la diffusion de l'information et la possibilité d'interagir sur le Net grâce aux chats, twitter ou la construction de blogs comme des cahiers d'information et d'idées. Ces modalités se diversifient à leur tour en raison de la multiplicité de contenus qui dématérialisent la façon d'acquérir l'information, et finissent par produire des initiatives en faveur du remplacement des supports classiques de communication, comme le livre⁴⁴².

Pour les professeurs Colliard et Letteron, Internet conduit à « *une logique libérale et comporte cependant des conséquences négatives sur la liberté d'expression, ou plus exactement sur son encadrement juridique* »⁴⁴³. Cette position s'éloigne de l'équilibre social qui se construit avec une liberté d'expression, pilier essentiel d'une société démocratique, rappelé par les tribunaux régionaux des droits de l'homme. Internet et l'utilisation du réseau, avec les nouveaux moyens de communication comme les blogs, implique de la part de l'État une connaissance technique des nouvelles plates-formes de l'information et une application conforme aux traités internationaux des droits de l'homme des mécanismes de suspension, de restriction et de censure indirecte, prévus et permis conformément à la marge nationale d'appréciation naturelle de l'État.

Avec cette liberté de diffusion, l'État doit agir entre la protection de ce droit qui implique une symbiose entre les obligations positives *-actions de protection-* et la liberté d'exercice *-obligations d'abstention-*. Dans ce sens, l'Observatoire de la liberté d'expression de la Com IDH a exprimé dans son rapport de 2008 : « *L'État doit non seulement protéger l'exercice du droit à parler ou écrire les idées et l'information, mais il a également le devoir de ne pas restreindre sa diffusion par le biais de l'interdiction ou de la régulation disproportionnée des médias choisis pour que les destinataires puissent les recevoir* »⁴⁴⁴. Cette façon de comprendre cette liberté de diffusion inclut la dimension individuelle

⁴⁴² Sur ce point, voir le débat dirigé par le professeur du collège de France, l'historien R. CHARTIER dans son entretien virtuel appelé : « Le livre, son passé, son avenir, in <http://www.laviedesidees.fr/Le-livre-son-passe-son-avenir.html>

⁴⁴³ A. COLLIARD ET R. LETTERON, *Libertés Publiques*, Paris, Dalloz, 8 édition, 2005, p. 469.

⁴⁴⁴ Rapport de l'observatoire sur la liberté d'expression de la Com IDH de 2008, présenté le 8 juin 2009 in www.cidh.org. p. 126.

de l'émetteur de l'information et celle collective en permettant la diffusion de l'information à la société. Cette conjonction permet de configurer une opinion publique complexe.

§ 2 : Une classification problématique

Cette sous-section abordera la distinction entre les libertés publiques, les droits fondamentaux et le droit international des droits de l'homme afin d'établir la place occupée par la liberté d'expression. Ces éclaircissements théoriques permettront de déterminer l'importance que l'État accorde à ce droit ce qui permettra d'apporter une lumière nouvelle sur les conceptions initiales applicables à la marge nationale d'appréciation et la façon d'aborder ses limites.

A) La position du droit public à l'égard des libertés publiques et des droits fondamentaux

La liberté d'expression génère de multiples problèmes quand il s'agit de la classer en doctrine ou en jurisprudence. Dans le droit constitutionnel le débat a été plutôt houleux.

Afin de présenter les travaux développés dans le droit interne, nous retiendrons une analyse comparée de la classification de la liberté d'expression en France et en Colombie. Ces deux pays représentent, pour le sujet qui nous intéresse dans cette thèse, des exemples à suivre pour deux raisons : (i) dans le cas colombien la Cour constitutionnelle est devenue une référence obligée pour le droit constitutionnel américain, et, (ii) dans le cas français, la doctrine spécialisée dans les libertés publiques et le conseil constitutionnel ont incorporé la liberté d'expression comme l'une de celles qui bénéficient d'une protection constitutionnelle. En France le mouvement est apparu dès la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, produit essentiel du mouvement révolutionnaire français de la fin du XVIII^e siècle.

Nous envisagerons d'abord certaines définitions des libertés publiques données par les juristes français. Pour le professeur Lebreton⁴⁴⁵, les libertés publiques se classent comme les libertés physiques, intellectuelles et relationnelles. Au sein des premières, cet auteur inclut le droit de disposer de son corps, le droit à la vie privée, la liberté d'aller et venir et le droit à la sûreté. Dans les libertés intellectuelles se trouvent la liberté d'opinion et d'expression, la liberté religieuse, la liberté d'enseignement, la liberté de presse et la liberté de communication audiovisuelle et, enfin, les libertés relationnelles qui comprennent la liberté de réunion et la liberté d'association.

Pour le professeur Wachsmann⁴⁴⁶, la forme de classement ne mérite pas une grande discussion, sa préoccupation dépassant le droit interne français, et entrant dans les débats du droit international des droits de l'homme. De cette façon, il considère la liberté d'expression comme une liberté qui englobe la liberté de la presse, la liberté des spectacles, la liberté du secteur audiovisuel et la liberté de réunion.

Colliard et Letteron⁴⁴⁷ défendent quant à eux une définition des libertés publiques fondée sur une distinction duale entre (i) les libertés de la vie individuelle et (ii) les libertés de la vie collective. Ils incluent dans la seconde la liberté d'expression dans laquelle ils regroupent la liberté de la presse, de la communication individuelle et d'accès à Internet.

Une étude collective sur le « Droit des libertés fondamentales »⁴⁴⁸ propose une classification quadripartite qui distingue les droits en droits-libertés, droits-participation, droits-créances et droits-garantis. C'est dans les premiers que se trouve la liberté d'expression.

⁴⁴⁵ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 8 édition, 2008.

⁴⁴⁶ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 6 édition, 2009.

⁴⁴⁷ A. COLLIARD ET R. LETTERON, *Libertés Publiques*, op.cit., p.469.

⁴⁴⁸ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN- SOUCRAMANIEN, A. PENA- SOLER-, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4 édition, 2007.

Dans l'ouvrage « Droits fondamentaux et libertés Publiques » les professeurs Fialaire et Mondielli⁴⁴⁹ classent les libertés publiques en droits de la personne, libertés intellectuelles et relationnelles ou libertés publiques, droits économiques et sociaux et libertés économiques. Ils situent la liberté d'expression dans la catégorie des libertés publiques strictu sensu.

Ces classements peuvent être complétés par ceux construits par le Conseil constitutionnel français qui opère une distinction entre des libertés fondamentales et des libertés ordinaires⁴⁵⁰. Cette distinction a été retenue par le Conseil constitutionnel français en vue de reconnaître l'existence d'un groupe de droits ou de libertés qui doit bénéficier d'une protection particulière. Pour déterminer le groupe de libertés fondamentales, le Conseil a développé trois critères : (i) il est interdit de les soumettre à un régime d'autorisation préalable, (ii) la loi ne peut intervenir que pour étendre leur exercice, et non pour le restreindre sauf quand la loi restreint l'exercice d'une liberté publique fondamentale dans le but de la concilier avec un autre principe ou objectif de valeur constitutionnelle, (iii) les libertés publiques fondamentales doivent être appliquées d'une façon uniforme sur tout le territoire de la République »⁴⁵¹. Comme nous pouvons l'observer, le Conseil constitutionnel élabore son propre classement, permettant de comprendre que la liberté d'expression fait partie des libertés publiques fondamentales dans le respect des conditions établies dans sa jurisprudence.

De façon marginale, dans l'analyse bipartite proposée, le droit nord-américain a quant à lui compris la liberté d'expression comme une liberté fondamentale dans sa jurisprudence. Cette expression surgit dans un premier temps dans la décision *Gitlow contre New York* (1925) « *qui fait des libertés de parole et de presse du premier amendement des droits personnels « fondamentaux »*

⁴⁴⁹ J. FIALAIRE, ET E. MONDIELLI, Droits fondamentaux et libertés publiques, op.cit., p.22.

⁴⁵⁰ Conseil Constitutionnel français -CCF- Décision des 10-11, Octobre, 1984 in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1984/84-181-dc/decision-n-84-181-dc-du-11-octobre-1984.8135.html>.

⁴⁵¹ Extraits de G. LEBRETON, Libertés Publiques et droits de l'homme, Paris, Dalloz, 8 édition, 2008, p. 48.49

opposables aux États »⁴⁵². La professeur Zoller ajoute en commentant la décision de la Cour Suprême de justice des Etats-Unis, Lovell contre Griffith (1938) : « *Les libertés de parole et de presse qui sont protégées par le premier amendement contre des atteintes qui viendraient du Congrès appartiennent aux libertés et droits personnels « fondamentaux* »⁴⁵³. Cela permet de comprendre que la construction de cette liberté provient du premier amendement de la Constitution et plus tard de l'interprétation de la Cour suprême des Etats qui lui a donné un caractère fondamental.

Dans le droit colombien, la notion de libertés publiques n'apparaît pas, et c'est au contraire une étude de droit constitutionnel des droits fondamentaux qui s'est imposée. Dans ce sens, la Cour constitutionnelle colombienne a construit un classement des droits, de façon similaire à celui proposé par le Conseil constitutionnel français, traduction d'une sorte d'influence normative, en posant qu'il existe des droits fondamentaux et d'autres qui ne le sont pas. Sur cette base, la Cour veille à les protéger de façon directe, grâce à l'existence d'une action judiciaire de protection des droits fondamentaux et à leur inclusion dans les principes généraux de la Constitution. Ce catalogue de droits fondamentaux comprend la liberté d'expression comme l'a répété à de nombreuses reprises la Cour constitutionnelle en s'appuyant sur la Constitution colombienne⁴⁵⁴.

Dans cet ordre d'idées, les catégories de droit interne coïncident pour donner à la liberté d'expression un statut de « liberté publique fondamentale dans le droit français » ou de « droit constitutionnel fondamental dans le droit

⁴⁵² E. ZOLLER, La Cour Suprême des États- Unis, in « La liberté d'expression aux Etats-Unis et Europe, op.cit.,p. 258.

⁴⁵³ Ibidem

⁴⁵⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie- CCC-, T-080 de 1993 "Un journal télévisé présente une note d'un journaliste sur l'absentéisme parlementaire qui lèse le droit à l'honneur et au bon nom d'un personnage public", T-259 de 1994 " le journal national présente un article sur l'assassinat d'un jeune en transgressant ses droits fondamentaux", T-066 de 1998 "La revue nationale présente une nouvelle fondée sur un document de l'Armée. La Cour Constitutionnelle oblige le média à rectifier, T-605 de 1998 "L'assemblée de direction d'une compagnie fait une dénonciation publique grâce à un journal en lésant les droits fondamentaux d'un fonctionnaire public, C-650 de 2003, "Objections présidentielles au projet de loi "qui permet de reconnaître légalement la profession de communicateur social et de journaliste", T-787 de 2004 "Les droits fondamentaux d'une femme sont lésés par une caricature, et C-471 de 2009, entre autres in <http://www.flip.org.co/secciones/investigacion/constitucion.htm>

constitutionnel colombien ». Cette coïncidence s'explique à la fois au regard de : (i) l'origine historique et (ii) l'origine philosophique.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'origine historique de la liberté d'expression est liée à une série de faits historiques marquant d'abord l'histoire française et dont la Colombie a reçu les formes juridiques à la naissance du républicanisme au XIX^e siècle. De la même façon, les différents mouvements historiques français du XIX^e siècle, la naissance de la deuxième république en 1848 et la proclamation d'une nouvelle constitution complétant ces droits, la fin de la deuxième république et la fondation du second empire - 1851-, l'avènement de la III^e République -1871-, constituent des référents importants pour le constitutionnaliste colombien et latino-américain⁴⁵⁵ et pour l'affirmation d'une position quant à la liberté d'expression. Cette influence s'étend à la loi de 1881 qui sert de référence aux réformes libérales en Colombie dans les années 30 et 40, particulièrement pendant le gouvernement du Président libéral, Alfonso Lopez Pumarejo⁴⁵⁶. Dans le cadre latino-américain, comme cela a été exposé dans le premier point de cette première partie, les conférences panaméricaines ont développé une multiplicité de principes autour de la démocratie et plus particulièrement de la liberté d'expression, qui ont culminé avec la proclamation de la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948.

L'origine philosophique se lit dans le droit occidental qui voit la liberté d'expression se constituer dans la jurisprudence des Cours régionales des droits de l'homme, comme le pilier fondamental de la démocratie. Son explication est évidente : c'est grâce à la démocratie que les idées se produisent et s'expriment sur un pied d'égalité. Dès que les éléments sont réunis pour produire les décisions élaborées à la majorité, une société de consensus, de dialectique collective et de démocratie est alors construite. La liberté d'expression bénéficie, comme nous l'avons vu précédemment d'une assise générale de liberté et incorpore une notion intrinsèque d'égalité. Elles

⁴⁵⁵ Sur ce point, voir le texte de R. GARGARELLA, « Fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860), Siglo XXI, 2005.

⁴⁵⁶ À ce sujet voir le chapitre 3 du livre de l'historien M. PALACIOS, "Entre la legitimidad y la violencia: Colombia, 1875-1994, Bogotá, 2 ed, Edit Norma, 2006.

sont toutes deux le produit d'une évolution historique et s'affirment fortement dans les textes républicains de la fin du XVIII^e siècle, pendant tout le XIX^e et une partie du XX^e siècle.

Les classifications précitées ont une vocation méthodologique. Elles tiennent compte des restrictions manifestes supportées par des droits moins bien protégés à l'échelle nationale, comme les droits économiques et sociaux, qui ne sont parfois pas inclus par les juristes français parmi les libertés publiques ou par les juristes colombiens dans les droits fondamentaux. Cette controverse qui dépasse le cadre de cette étude, ne se transpose pas avec la liberté d'expression qui jouit d'une protection étendue dans le droit interne et en droit international.

Nous avons tenté de montrer comment en Europe et en Amérique, avec des cas français et colombien, la liberté d'expression joue un rôle essentiel dans la construction des démocraties. En corollaire, on peut s'attendre à ce que la liberté d'expression ne pose en elle-même pas de problème en raison de son origine philosophique et historique atteignant un idéal sous tous points de vue. Un niveau d'intervention est laissé à l'État grâce à sa marge nationale d'appréciation, tandis que des normes nationales et internationales encadrent son exercice par le biais des limitations générales, des restrictions particulières et, dans certains cas, comme nous le verrons, par l'application ponctuelle de la censure.

B) La position du droit international des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme a développé sa propre classification des droits par le biais du processus de codification proposé à partir de 1948 quand, au sein de l'Organisation des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée. En 1966, le Pacte international des droits civils et politiques a été adopté ainsi que le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels qui ont

délimité les droits en utilisant une triple division : les droits civils, les droits politiques et les droits économiques, sociaux et culturels.

Sur le plan régional, au sein du conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme a été adoptée et a inclus dans son catalogue de droits, les droits civils et politiques. Plus tard, le protocole No.1 de la CEDH a défini le droit à l'éducation comme étant justiciable, ce qui s'est traduit à partir de 1968 dans la jurisprudence de la Cour EDH⁴⁵⁷. La Convention américaine des droits de l'homme s'est inspirée de ce précédant et a non seulement inclus ces droits, mais a en outre défini dans l'article 26 les droits économiques, sociaux et culturels comme des droits programmables et progressifs⁴⁵⁸. En Europe comme en Amérique plusieurs traités mettant l'accent sur les DESC ont plus tard été adoptés. La Charte sociale européenne a retenu ces droits sans donner la possibilité de les invoquer en justice, alors qu'en Amérique le pacte de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels a été adopté.

La liberté d'expression a été incorporée dans les droits civils et la position du droit constitutionnel français, qui l'a classée parmi les libertés publiques fondamentales, coïncide avec celle du droit public colombien qui l'a également rangé parmi les droits constitutionnels fondamentaux.

Dans les deux domaines -interne et international- la liberté est judiciairement exigible. Dans le droit interne ce sont les normes constitutionnelles ou légales qui fondent le droit au recours dans ce domaine. Dans le droit international, la protection après épuisement des recours en droit interne opère comme un renfort de la protection de cette liberté.

⁴⁵⁷ Cour EDH, Affaire linguistique belge (condamnation de la Belgique), arrêt du 23 juillet, 1968 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁴⁵⁸ L'article 26 indique : Les Etats parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale « notamment économique et technique » à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés.

Dans le cadre de cette étude, au-delà de la multiplicité des classifications, la liberté d'expression sera comprise comme un droit qui peut être affirmé en justice et dont la protection est certaine, que ce soit dans l'ordre interne ou international. Les doctrines internes et internationales, mettent en évidence qu'au-delà de la dénomination donnée à ce droit, son contenu est le même et doit être protégé de la même façon. Dans le chapitre suivant nous vérifierons le degré de la liberté d'expression qui explique le degré plus ou moins important de la marge d'appréciation des États.

Chapitre II : Les Limites générales, les restrictions indirectes et la censure de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation.

La liberté d'expression comme n'importe quel droit peut être limitée. Dans ce sens, son exercice se trouve encadré par des limitations de caractère général, des restrictions indirectes et une application possible de la censure sur les discours non protégés. Comme le souligne Josende : « *la limitation de la liberté d'expression est nécessaire à la protection de la démocratie elle-même, et par là-même de la liberté en général et de la liberté d'expression en particulier* »⁴⁵⁹. Nous aborderons dans ce chapitre chacune des limitations de cette liberté, tout en comprenant que l'exercice de ce droit, comme nous l'avons établi dans la partie précédente, doit s'exercer dans une société démocratique. Nous établirons ainsi les limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation devant la liberté d'expression.

Dans ce chapitre, les Conventions Américaine (dorénavant CADH) et Européenne de protection des droits de l'homme (dorénavant CEDH) seront abordées, en proposant une analyse comparative qui partira du contenu des articles 27 de la CADH et 15 de la CEDH. On identifiera des limites générales face à certains des droits consacrés dans les instruments cités –y compris la liberté d'expression– ainsi que des restrictions particulières de cette liberté, comme il résulte des articles 13 de la CADH et 10 de la CEDH.

⁴⁵⁹ L. JOSENDE, Liberté d'expression et démocratie, op.cit., p. 241.

Section I : Les limites générales et les restrictions particulières de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation

Nous développerons dans cette section les limites établies à la liberté d'expression par la CEDH et la CIDH, dans la mesure où les Etats ont ratifié ces instruments internationaux et s'ils font partie de l'ordonnement juridique interne. On envisagera les dispositions tout comme les interprétations données par les tribunaux régionaux des droits de l'homme qui permettent de déterminer la portée de la liberté. La première sous-section abordera donc les limites générales, alors que la seconde livrera une réflexion sur les restrictions particulières qui limitent la marge d'appréciation de l'Etat.

§ 1 : Les limites générales de la notion de marge d'appréciation dans les systèmes interaméricain et européen de protection des droits de l'homme.

Des clauses limitatives des droits se retrouvent aussi bien dans la CADH que dans la CEDH. Dans ce sens, il est entendu que l'État a la liberté de suspendre les droits fondés sur des normes internationales devant l'apparition de n'importe quelles causes communément invoquées dans les traités, que ce soit la guerre, un danger public ou des attentats contre la sécurité de l'État. Cette suspension doit être justifiée, pour une durée déterminée, tout comme les formalités établies⁴⁶⁰ dans les documents ratifiés doivent être respectées.

L'article 27⁴⁶¹ de la CADH définit, d'une part, les conditions pour suspendre un droit consacré dans la Convention et, de l'autre, les droits qui ne sont pas

⁴⁶⁰ À ce sujet, consulter les principes de Limburg : Implementation du Pacte des droits économiques, sociaux et culturels (1968), Document de l'Organisation de Nations Unies, 2 Octobre, 2000.

⁴⁶¹ Article 27. Suspension des garanties:

1. En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

susceptibles de suspension. Dans la CEDH⁴⁶², l'article 15⁴⁶³ définit également, d'un côté, les conditions pour suspendre un droit consacré dans la Convention et, de l'autre, les droits qui ne sont pas susceptibles de suspension⁴⁶⁴.

La similitude des dispositions *sub examine* est en relation avec les conditions de la suspension, c'est-à-dire la guerre, le danger public ou une autre urgence qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'État, ainsi qu'avec les conditions procédurales, c'est-à-dire la suspension limitée –*pro tempore*– et raisonnable des droits. Dans les deux systèmes juridiques, la suspension doit être notifiée au Secrétariat de l'organisation respective. Dans le système interaméricain elle doit l'être auprès du Secrétariat Général des États Américains (OEA) ; dans le système européen, auprès du Secrétariat Général du Conseil de l'Europe.

2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.

3. Tout Etat partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres Etats parties de la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci.

⁴⁶² Sur la théorie des circonstances exceptionnelles, voir, J-F RENUCCI, Traité de droit Européenne de droits de l'homme, op.cit., p. 773-783, DECAUX, E, Crise de l'Etat de droit, droit de l'État de crise, Bruylant, 1998, p. 267 ss. P. DUFFY, Note sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans Droits intangibles et états d'exception, Bruylant, 1996, p.193. P. FARINHA, L'article 15 de la Convention, Mel, Wiarda, Carl Heymanss, KG, 1990, p.521. P. TAVERNIER, Article 15 in L-D. PETTITI, E. DECAUX ET P. IMBERT, La Convention Européenne de droits de l'homme, op.cit., p.498.ss.

⁴⁶³ « Article 15 - Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.
3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

⁴⁶⁴ Renucci, pour sa part, a indiqué que l'article 15 doit se comprendre à l'égard de trois conditions sur le fond. La première, l'existence d'un danger public exceptionnel et imminent⁴⁶⁴ menaçant la vie de la nation. La deuxième est que les mesures dérogatoires doivent présenter un caractère de nécessité, autrement dit, qu'elles soient indispensables pour faire face au danger. La troisième condition est que les mesures doivent respecter le droit international des droits de l'homme et, bien évidemment, le droit humanitaire⁴⁶⁴ ; in J-F RENUCCI, Jean François, Traité de droit Européenne de droits de l'homme, op.cit., pp. 774-777.

Un point de divergence entre les deux systèmes doit être signalé. La typologie des droits susceptibles de suspension diffère. Dans le système américain, il existe un plus grand nombre de droits qui ne peuvent être suspendus.

Les droits qui ne peuvent être suspendus dans la CADH sont les suivants⁴⁶⁵ : le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique ; le droit à la vie ; le droit à l'intégrité de la personne ; l'interdiction de l'esclavage et de la servitude ; le principe de légalité et de rétroactivité ; la liberté de conscience et de religion ; la protection de la famille ; le droit au nom ; les droits de l'enfant ; le droit à une nationalité et les droits politiques ; ainsi que les garanties judiciaires indispensables à la protection des droits susvisés. Quant à la CEDH, les droits qui ne peuvent être suspendus sont le droit à la vie sauf dans le cas de décès résultant d'actes licites de guerre ; l'interdiction de la torture ; l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé ; et le principe de légalité –*il n'y a pas de peine sans loi*–.

Cette différence permet de comprendre que le système qui s'est construit en Amérique a laissé à l'État une moindre marge d'appréciation quant à la possibilité de suspendre un groupe de droits, alors qu'en Europe la situation est différente, ce qui ressort du texte même de l'article 15 de la Cour EDH. Cette situation peut s'expliquer à partir des formes de gouvernement qui existent dans la région américaine parmi lesquelles la démocratie n'était pas la règle, mais l'exception. En Europe –mis à part les pays de l'Europe de l'Est⁴⁶⁶–, la démocratie s'est au contraire imposée et, par conséquent, le modèle a conduit à ce que les États résolvent leurs propres affaires, en tenant compte des limites définies par l'article 15.

⁴⁶⁵ Cette liste n'est pas exhaustive comme le démontre l'argument proposé par le juge A. A. CANCELO TRINDADE dans son vote résonné de la décision d'interprétation de l'affaire Castro Castro du 2 août 2008, paragr. 152. Dans sa décision le juge considère que : « ...en ce qui concerne le droit d'accès à la justice, le fait que les articles 25 et 8 de la Convention américaine n'apparaissent pas sur la liste de droits auxquels on ne peut déroger dans son article 27 (2) est un problème plus apparent que réel. Les dérogations ne seraient possibles qu'à condition qu'elles ne soient pas incompatibles avec les obligations que le droit international impose aux États comme le stipule l'article 27 (1) de la Convention ; ici, le caractère impératif du droit d'accès à la justice met en évidence cette incompatibilité ».

⁴⁶⁶ Qui n'ont adhéré au Conseil de l'Europe- CE- qu'après la transition démocratique survenue à la suite de la chute du mur de Berlin en 1989.

Il faut toutefois souligner une parenté entre la CADH et la CEDH : la liberté d'expression n'apparaît pas dans la liste des droits qui ne peuvent être suspendus, ce qui implique que l'État pourrait la suspendre en cas d'apparition d'une des causes prévues dans les traités.

La Cour IDH a interprété l'article 27 de la Convention⁴⁶⁷ ainsi :

« L'analyse juridique de cet article 27 et de sa fonction, doit partir de la considération qu'il s'agit d'un précepte conçu seulement pour des situations exceptionnelles. Il s'applique uniquement en cas de guerre, de danger public ou d'une autre urgence qui menacerait l'indépendance ou la sécurité de l'État partie. Même dans ce cas, il autorise uniquement la suspension de certains droits et libertés, et cela dans une mesure et pour une durée strictement limitées aux exigences de la situation. Les dispositions adoptées, ne doivent pas en outre violer d'autres obligations internationales de l'État partie, ni comporter aucune discrimination fondée sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. »

« La suspension des garanties peut être, dans certains cas, l'unique moyen de faire face à des situations d'urgence publique et de préserver les valeurs supérieures de la société démocratique. Mais la Cour ne peut faire abstraction des abus auxquels elle peut conduire, et à ceux qu'a de fait produit dans notre hémisphère l'application de mesures d'exception quand elles ne sont pas objectivement justifiées au regard des critères définis par l'article 27, et des principes déduits d'autres instruments interaméricains à ce sujet. Pour cette raison, la Cour doit souligner que, parmi les principes auxquels le Système Interaméricain se conforme, la suspension de garanties ne peut être séparée de l'exercice même de la démocratie représentative auquel fait référence l'article 3 de la constitution de l'OEA... La suspension de garanties manque de toute légitimité quand elle est utilisée à l'encontre du système démocratique, qui dresse des limites infranchissables à la validité permanente de certains droits essentiels de la personne ».

⁴⁶⁷ Cour IDH, AC N°. 8/87 "El Hábeas Corpus Bajo la Suspensión de Garantías". Article 27.2, 25.1, 7.6 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, §18-25 in www.coridh.org.

« L'aspect juridique des mesures adoptées pour faire face à chacune des situations spéciales auxquelles se réfère l'article 27.1 dépendra du caractère, de l'intensité, de l'étendue et du contexte particulier de l'urgence, ainsi que de l'aspect proportionnel et raisonnable observé par les mesures adoptées en conséquence.

Au regard du système européen, on retiendra l'opinion de Mireille Delmas-Marty, selon laquelle *« l'objet de l'article 15 est bien de dire que les États ne peuvent pas faire n'importe quoi, n'importe quand, n'importe comment et donc que la nécessité elle-même n'échappe pas à la loi »*⁴⁶⁸. Dans ce sens la Cour EDH, dans l'arrêt *Lawless*, a considéré qu'une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent est celle qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État⁴⁶⁹. Dans une autre décision, la Cour EDH⁴⁷⁰ a constaté à propos de la restriction de droits à l'égard de l'article 15 qu'il faut examiner si les mesures prises restent dans la stricte proportion exigée par la situation ».

A la lecture de ce qui précède, la Cour IDH et la Cour EDH ont interprété les normes replacées dans le cadre d'exception devant l'exercice des obligations acquises par les États parties. Leur application devra observer le principe de proportionnalité et le droit à l'égalité dans la mesure où il est nécessaire de préserver l'équilibre entre la situation de fait invoquée par l'Etat et les mesures prises pour y remédier. Les motifs devront être compris et définis en fonction du cas d'espèce. Ils devront ensuite être exposés en droit et en fait.

A) Les motifs de suspension de garanties

⁴⁶⁸ M. DELMAS- MARTY, *Raisonner la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme, Les voies du droit*, Paris, 1989, p. 21.

⁴⁶⁹ Cour EDH, *Affaire Lawless c. Ireland*, arrêt du 15 novembre 1960 in http://www.ena.lu/Arrêt_cour_europeenne_droits_homme_lawless_irlande_1er_juillet_1961-010004456.html. Voir F. SUDRE, *Droit Européen et international des droits de l'homme*, op.cit., p.300.

⁴⁷⁰ Cour EDH, *Affaire Irlande c Royaume- Uni*, arrêt du 25 janvier 1976 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

On tentera d'expliquer les motifs pour lesquels l'État peut suspendre les garanties, à savoir : la guerre, le danger public et la menace contre l'indépendance et la sécurité de l'État. Sur la notion de guerre, on retiendra l'approche du droit international humanitaire.

1) La guerre et le droit international humanitaire

La guerre est une des conditions prévue par les Conventions pour justifier la dérogation aux droits, y compris la liberté d'expression, en considération de l'article 27 de la CADH et 15 de la CEDH. Nous pouvons la définir comme la lutte entre deux ou plusieurs groupes humains pour atteindre des buts déterminés. Une autre définition pourrait être la confrontation armée entre deux ou plusieurs États qui fait intervenir les forces armées et est réglementée par le droit international⁴⁷¹. Clausewitz l'avait définie comme « l'acte de force pour contraindre les ennemis à faire ce que l'agresseur veut »⁴⁷².

Ces notions de guerre doivent être comprises dans le domaine du droit international humanitaire (dorénavant DIH) qui les régle, que ce soit sur le plan intérieur ou international⁴⁷³. Les organismes de protection des droits ont

⁴⁷¹ P. VERRI, Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados, Comité International de la croix rouge, Tercer mundo Editores, 2002, p.45.

⁴⁷² C. CLAUSEWITZ VON, De la guerre, Ed. Payot, Paris, 2006.

⁴⁷³ Le DIH se définit comme un ensemble de normes internationales écrites ou coutumières, dont l'application a lieu dans le contexte des conflits armés internationaux ou intérieurs, leurs buts étant de limiter les moyens et les méthodes de combat, ainsi que de protéger les personnes et les biens affectés par les conflits. Initialement, cet ensemble de normes était composé par le Droit de la Paix et celui de la Guerre. Le premier, comprend les normes qui régissaient les relations entre les États en temps de paix ; alors que le deuxième régulait les situations en cas de conflit armé. Le Droit de la Guerre a des antécédents qui remontent jusqu'à l'an 1000 av. J.-C. ; il convenait de respecter le blessé pendant le combat ; le guerrier désarmé ; que les hostilités soient conduites de façon à ne pas blesser ou assassiner des innocents ; de conclure des armistices, des traités de paix ou des accords internationaux de capitulation. Cependant, ces attitudes vertueuses n'étaient pas la pratique générale des actions des combattants.

Au XIXe siècle –quand certaines dispositions de ce que l'on appellera plus tard le Droit International Humanitaire ont été codifiées–, les relations entre les États se sont fondées sur le conflit permanent et non sur la solution pacifique des désaccords, qui ont des années plus tard attirés l'attention de la communauté internationale, conduisant à la réglementation de la Société des Nations, et à la structuration des moyens de prévention de la guerre dans la Constitution de l'Organisation des Nations Unies, (ONU)⁴⁷³. Le DIH était divisé en deux grandes parties : le Droit de Genève et le Droit de la Haye.

Le premier apparaît en 1864, année de la signature de la première Déclaration de Genève, qui stipule la protection internationale des victimes lors de conflits armés. Le souci de protéger les personnes

établi des liens d'interprétation entre le droit international des droits de l'homme et le DIH, en indiquant que ces normes rejoignent les droits consacrés dans les instruments internationaux.

Dans l'affaire Las Palmeras contre Colombie où la relation entre le droit international des droits de l'homme et le DIH a été débattue à propos d'un cas de violation du droit à la vie en situation de guerre, la CIDH a effectué l'analyse suivante :

« comme vous l'avez compris [...] l'objectif, le but, et le besoin d'appliquer de façon effective la Convention Américaine soutient la compétence des organes du système pour prendre des décisions sur les violations de l'article 4 de façon coextensive avec la norme du droit international général qui figure dans l'article 3 commun des Conventions de Genève.

Étant donné sa spécificité, son importance dans ce cas particulier, et son contexte, la Commission considère que l'article 3 commun a été pris dans son caractère de norme de droit international, qui oblige l'illustre État et qui fait d'ailleurs partie intégrale du droit intérieur colombien. La Commission considère qu'ignorer le contenu et la portée de certaines obligations internationales de l'État, et renoncer au devoir de les harmoniser avec la

touchées par la guerre a été promu par Henry Dunant –fondateur de la Croix-Rouge Internationale–, qui est devenu le promoteur du débat sur l'humanisation des affrontements armés dans la communauté internationale. La déclaration de Saint-Pétersbourg a été signée en 1868, où persiste le même objectif protecteur de la Convention de Genève.

D'autre part, le droit de la Haye a cherché à réguler et à fixer des limites aux méthodes et aux moyens de combat ; c'est-à-dire, que tout élément qui génère de la souffrance, de la douleur ou de l'affliction aux personnes devrait être proscrit. Le développement normatif de ce Droit s'effectue par l'intermédiaire des Conventions de la Haye de 1899 et de 1907. Il est important de noter que ces deux corps de normes ont été connus sous le nom de *jus in bello*, c'est-à-dire, le Droit pendant la Guerre.

Plus tard, en 1949, toutes les dispositions précédentes ont été réunies et complétées par de nouvelles interdictions, inspirées par la réprobation des actes commis pendant la Seconde Guerre Mondiale. Les quatre conventions de Genève sont issues de cet effort de la communauté internationale, qui a mis un point final à l'odieuse distinction entre le Droit de Vienne et le Droit de Genève.

La Première Convention régit la défense et le soin des blessés à terre pendant un conflit armé de caractère national ; la Deuxième, régit la défense et le soin des blessés en mer, lors du même genre de conflits ; la Troisième, fixe le traitement des prisonniers de guerre, et la Quatrième Convention régit la protection des civils pendant un conflit. L'article Trois commun à ces traités, étend au conflit armé intérieur toutes les garanties qui s'appliquent à un conflit armé international.

En 1977, les Conventions de Genève ont été complétées par la promulgation des Protocoles qui ont élargi le champ de protection à l'intérieur des conflits armés internationaux –Protocole I–, et des conflits armés intérieurs –Protocole II–.

compétence des organes du système interaméricain dans un contexte intégral et téléologique, impliquerait de trahir le bien juridique et éthique promu par l'article 29, autrement dit, la meilleure application la plus progressive de la Convention Américaine »⁴⁷⁴.

Comme nous pouvons l'observer, la relation entre le droit international des droits de l'homme et le DIH est évidente, ce qui permet de faire le lien entre la notion de guerre comme condition pour suspendre certains droits –parmi ceux-ci la liberté d'expression–, et son cadre d'application.

En définitive, la guerre en tant que condition de suspension de certains droits compris dans la CADH et la CEDH –parmi ceux-ci la liberté d'expression–, doit se dérouler dans le respect du DIH qui définit le cadre des conflits armés internationaux ou intérieurs. Dans cet ordre d'idées, le DIH et le droit international des droits de l'homme s'entrelacent pour ne former qu'un seul corpus de règles.

2) Le danger public

Le danger public peut se définir comme la circonstance qui entraîne un risque grave contre l'ordre public que doit protéger l'appareil institutionnel de l'État. Il est normalement en relation avec les circonstances qui portent atteinte à la tranquillité et à l'ordre. Dans ce sens, le danger public est invoqué quand il existe une action qui touche l'ordre public défini par les principes de Limburg comme l'ensemble des ordres qui permettent d'assurer le fonctionnement d'une société⁴⁷⁵.

Cette notion vague est utilisable par l'État pour suspendre les droits de la CADH et de la CEDH. Dans ce cas, l'État jouira d'une certaine marge

⁴⁷⁴ Cour IDH, Affaire Las Palmeras contre la Colombie, Arrêt d'exceptions préliminaires, 4 février 2000, § 31 in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁴⁷⁵ The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic Social and cultural Rights (1986), UN, 12/2000, 2 Octobre, 2000.

d'appréciation qui sera limitée par les principes de proportionnalité et de rationalité dans son application.

Afin d'aborder la notion de danger public, il est nécessaire d'expliquer l'expression d'« ordre public » utilisée par les États pour justifier la suspension de garanties.

Pour le professeur Wachsmann, l'ordre public peut se définir « *comme l'ensemble des valeurs dont les pouvoirs publics jugent nécessaire d'imposer le respect à un moment déterminé* »⁴⁷⁶. Cette définition coïncide avec la portée que lui a donnée la Cour IDH qui a indiqué que l'ordre public se caractérise par « *les conditions qui assurent le fonctionnement harmonieux et normal des institutions sur la base d'un système cohérent de valeurs et de principes* ». A propos de son utilisation il indique que « *l'ordre public ne peut être invoqué pour supprimer un droit garanti par la Convention, pour lui enlever sa nature ou pour le priver de contenu réel. Si ce concept est invoqué comme fondement de limitations des droits de l'homme, il doit être interprété de façon à s'en tenir strictement aux justes exigences d'une société démocratique, qui tienne compte de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, et la nécessité de préserver l'objectif et le but de la Convention Américaine* ».

Dans le système européen, il résulte de la jurisprudence de la Cour EDH que l'ordre public est constaté dans toutes les décisions du tribunal, une analyse étant portée sur l'existence d'une loi formelle qui justifie le contrôle du droit suspendu, sur l'objectif qui est recherché et sur la nécessité de cet objectif si cet objectif est dans une société démocratique⁴⁷⁷.

L'ordre public permet à l'État de détenir la violence légitime⁴⁷⁸ et d'assurer une morale publique. Ces deux fonctions coïncident avec les besoins d'un État démocratique. La marge d'appréciation de l'État devant la définition d'un danger public en son sein, ne peut méconnaître les droits consacrés sur le plan constitutionnel et international. Il est vrai que l'ordre public est le

⁴⁷⁶ P. WACHSMANN, , *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 6 édition, 2009, p.64.

⁴⁷⁷ Sur l'analyse de chacune de ces conditions, consulter, F.SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit, p. 214-222.

⁴⁷⁸ Voir le livre de M. WEBER, « *Le savant et le politique* », Paris, Union Générale d'édition, 1963.

mécanisme qui permet d'éviter le danger public. Ce mécanisme de l'ordre public est transversal à tous les droits de l'homme. A titre d'exemple il est possible d'invoquer la liberté d'expression qui permet la construction d'un dialogue social et dont la limitation en vertu du danger public peut se justifier « *par l'existence de causes réelles et objectives vérifiables, qui présentent une menace réelle et crédible d'une perturbation potentiellement grave des conditions essentielles du fonctionnement des institutions démocratiques* »⁴⁷⁹. Pour la Cour IDH « ... *le concept même d'ordre public exige que soient garanties, dans une société démocratique, les meilleures possibilités de circulation des nouvelles, des idées et des opinions, ainsi que le plus large accès à l'information de la part de la société dans son ensemble. La liberté d'expression s'insère dans l'ordre public primaire et radical de la démocratie, qui n'est pas concevable sans le débat libre et sans que la dissidence ne puisse pas de plein droit se manifester* »⁴⁸⁰.

Ainsi donc, le danger public représente la perte des conditions qui assurent le fonctionnement harmonieux et normal des institutions sur la base d'un système cohérent de valeurs et de principes dans une société démocratique. La détermination de cette condition par l'État est facultative, mais sujette à un encadrement par la loi et rendue nécessaire dans une société démocratique. S'écarter des limites de cette marge, l'invocation de cette cause est une raison pour invoquer la responsabilité internationale de l'État.

3) La menace contre l'indépendance et la sécurité de l'État

Cette cause, comme la précédente, donne à l'État une importante marge d'appréciation qui lui permet de déterminer l'existence de cette menace. La notion d'indépendance est à mettre en relation avec la capacité

⁴⁷⁹ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 140 in www.cidh.org.

⁴⁸⁰ Com IDH, Rapport annuel 1994. Chapitre V: Rapport sur la compatibilité entre les lois d'outrages et la Convention américaine sur les droits de l'homme. Partie III : la Convention protège et met en valeur un large concept de liberté d'expression afin de préserver l'existence des sociétés démocratiques dans les États parties de l'OEA. Partie IV : Les lois d'outrages sont incompatibles avec l'article 13 de la Convention américaine sur les droits de l'homme parce qu'elle réprime la liberté d'expression nécessaire au bon fonctionnement d'une société démocratique. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 février 1995. Approuvée lors de la 88e période ordinaire de sessions cité in le Rapport de l'Observatoire de la Liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 140 in www.cidh.org.

d'autodétermination de l'État sans contrainte, quelle qu'en soit la nature. L'État effectue cette autodétermination en s'appuyant sur ses propres composants⁴⁸¹.

Quant à la sécurité de l'État, cette notion protège à la fois la Constitution, le territoire, la vie et les biens des habitants du pays. Le respect de l'État de Droit s'inscrit dans la constitutionnalité. Dans ce contexte, l'État devra fonder sa décision en respectant le principe de proportionnalité, de besoin, d'égalité, de non-discrimination et de limitation *pro tempore* de son application. A ce sujet, le professeur Jayawickrama, en commentant la jurisprudence de la Cour EDH, indique que la sécurité nationale peut être invoquée quand la démocratie est menacée par des mécanismes sophistiqués comme l'espionnage et le terrorisme⁴⁸². La Cour EDH indique que les organismes européens des droits de l'homme ont la compétence et le devoir de se prononcer sur la décision du gouvernement de décréter une urgence publique qui menacerait la vie de la nation⁴⁸³. Cette circonstance a été vérifiée dans l'affaire Lawness contre Irlande où la Cour EDH a considéré que le pays se trouvait effectivement dans une situation qui mettait en danger la Constitution du pays. C'est ainsi que le tribunal a indiqué que selon les preuves recueillies, une armée terroriste opérait sur le territoire irlandais mettant en danger l'appareil constitutionnel et ses relations diplomatiques⁴⁸⁴. Ainsi, la Cour EDH a déterminé que cette situation devait prendre en compte les quatre conditions suivantes : 1) l'urgence publique doit être actuelle et imminente ; 2) elle doit toucher toute la nation ; 3) la vie en communauté doit être menacée ;

⁴⁸¹ Les éléments de l'État sont la Population, le Territoire et le Pouvoir Public. Nous n'incluons pas la souveraineté en raison de son caractère restreint, surtout dans le contexte de la globalisation et de l'internationalisation qui affecte sa substance économique et juridique.

⁴⁸² La sécurité nationale peut être évoquée lorsque la démocratie est menacée par l'espionnage ou le terrorisme. « But national security may be invoked when a democratic society is threatened by highly sophisticated forms of espionage and terrorism in N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights Law, National Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2002, p. 194.

⁴⁸³ Cour EDH, Affaire Greece v Royaume Uni, (Le premier Arrêt contre Cyprus), 1958.

⁴⁸⁴ Cour EDH, Affaire Lawness c. Ireland, Arrêt du 15 novembre, 1960 <http://www.dezvalui.ro/jurisprudenta/case-law/1950-1960/4160-case-of-lawless-v-ireland-no-1-14111960.html>.

4) l'urgence doit comprendre un danger exceptionnel contre la santé, la morale publique et la sécurité publique⁴⁸⁵.

L'exposé relatif à cette condition ainsi que celui relatif au danger public requièrent une précision. Suite aux attentats du 11 septembre 2001 contre les États-Unis, le concept de terrorisme s'est imposé, conduisant même à la remise en question des droits de première génération, dont la protection faisait un consensus avant cette date. On en vient à ce que le concept de terrorisme puisse être utilisé par les États pour justifier une suspension de droits dans l'application de l'article 27 ou de l'article 15.

4) Le terrorisme comme menace contre l'Etat

A la suite des attaques du 11 septembre 2001 contre les États-Unis, le terrorisme est un élément qui a eu de profondes répercussions dans le domaine du droit international des droits de l'homme. L'article 27 de la CADH permet aux États de suspendre les droits qui ne sont pas expressément interdits par leurs dispositions, en énumérant trois conditions pour son application qui ne s'excluent pas les unes des autres. Ici le terrorisme joue un rôle essentiel dans cette délimitation et intervient dans la construction des raisons d'État pour invoquer n'importe laquelle des trois raisons conventionnelles.

On se penchera sur l'origine de la notion de terrorisme à la lumière du droit international public pour ensuite le caractériser. Dans cette perspective, nous ferons le lien avec les articles 27 de la CADH et 15 de la CEDH.

A l'origine, le terrorisme a été abordé pour la première fois dans le Droit International Public par la Société des Nations pendant l'élaboration de la Convention de Genève de 1937 dans un but de prévention et de répression, mais ce texte n'est jamais entré en vigueur. De nouvelles initiatives ont ensuite été prises par l'Organisation des Nations Unies mais n'ont pas produit

⁴⁸⁵ Cour EDH, Affaire Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. la Grèce (The Greek Case), European Commission (1969).

le résultat obtenu pour des cas comme le Génocide. Cela est dû en partie à l'impossibilité d'établir une définition qui permette l'élaboration d'un traité multilatéral exigeant une clarté conceptuelle.

Dans le contexte de la chute du mur de Berlin et de l'établissement d'un monde unipolaire, le droit international relatif aux droits de l'homme a connu un regain. Des décisions ont été prises sur de nombreuses scènes internationales. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention Européenne pour l'Élimination du Terrorisme le 27 janvier 1997, ainsi que les grandes lignes du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (11 juillet 2002) ont été adoptés. Au Parlement européen, une série de recommandations ont été adoptées sur le rôle de l'Union Européenne dans le combat contre le terrorisme (2001/2016 (INI)), le 5 septembre 2001. Le Conseil des ministres a adopté une décision sur le combat contre le terrorisme et le Plan d'Action de Bucarest pour combattre le terrorisme, Déclaration Ministérielle de Bucarest, Neuvième Réunion du Conseil Ministériel, Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (3 et 4 décembre 2001).

Dans le système juridique africain, la Convention sur la Prévention et le Combat contre le Terrorisme a été adoptée le 13 juillet 1999. De la même façon, en Amérique latine, une convention contre le terrorisme a été approuvée en 1971, mais n'a pas connu beaucoup d'écho en raison de l'existence de la guerre froide. Cependant, le 7 juin 1999 la Résolution de l'Assemblée Générale de l'OEA, OEA/Ser.P, AG/RES. 1650 (XXIX-O/99) qui établissait un Comité Interaméricain contre le Terrorisme a été approuvée.

L'ensemble de ces instruments internationaux convergent vers l'objectif commun de lutte contre le terrorisme considéré comme un fléau qui porte atteinte aux droits de l'homme, mais il n'existe pas d'accord sur sa définition. Pour cette raison, ce terme a fait l'objet de débats car il existe dans de nombreux cas une contradiction entre la classification interne du terrorisme et la norme internationale. Des efforts de définition ont tenté d'éclaircir ce point.

L'assemblée générale des Nations Unies⁴⁸⁶ a défini le terrorisme comme « *l'ensemble des actes criminels qui dans des buts politiques sont conçus ou organisés pour provoquer un état de terreur chez la population en général, chez un groupe de personnes ou des personnes déterminées, qui sont en toutes circonstances injustifiables, quelles que soient les considérations politiques, philosophiques, idéologiques, raciales, ethniques, religieuses ou de tout autre nature pour en réclamer la justification* ».

La Convention Interaméricaine contre le terrorisme⁴⁸⁷ en a retenu une définition matérielle. Elle définit dans son article 2 les comportements qualifiables au regard de la notion de terrorisme. Sont couverts à ce titre : la prise illégale d'avions⁴⁸⁸, les actes illégaux contre la sécurité de l'aviation civile⁴⁸⁹, les délits contre les personnes internationalement protégées, y compris les agents diplomatiques⁴⁹⁰, la prise d'otages⁴⁹¹, l'utilisation détournée de matières nucléaires⁴⁹², les actes illicites de violence dans les aéroports civils⁴⁹³, les actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime⁴⁹⁴, les actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixées à la plate-forme continentale⁴⁹⁵, les attentats terroristes commis avec des bombes⁴⁹⁶ et le financement du terrorisme⁴⁹⁷. Il est important ici de souligner

⁴⁸⁶ Article 3 de la Déclaration de l'ONU sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, annexe de la Résolution 49/60 de l'Assemblée Générale, document A/RES/49/60 (17 février 1995).

⁴⁸⁷ Convention Interaméricaine contre le Terrorisme- CIT-, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02) du 3 juin 2002 à http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/AGres1840_02.htm.

⁴⁸⁸ Accord sur la répression de la prise illicite d'avion, signé à La Haye le 16 décembre 1970.

⁴⁸⁹ Accord sur la répression des actes illicites contre la sécurité aérienne civile, signé à Montréal le 23 septembre 1971

⁴⁹⁰ Accord sur la prévention et le châtement de délits contre des personnes protégées internationalement, y compris les agents diplomatiques, approuvé par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 14 décembre 1973.

⁴⁹¹ Convention Internationale contre la prise d'otages, approuvée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 17 décembre 1979.

⁴⁹² Accord sur la protection physique des matières nucléaires, signé à Vienne le 3 mars 1980.

⁴⁹³ Protocole sur la répression des actes illicites de violence dans les aéroports où fonctionnent les services de l'aviation civile Internationale, complément de l'Accord sur la répression des actes illicites contre la sécurité de l'aviation civile, signé à Montréal le 24 février 1988.

⁴⁹⁴ Accord sur la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, conclu à Rome le 10 mars 1988.

⁴⁹⁵ Protocole sur la répression des actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes installées sur la plate-forme continentale, conclu à Rome le 10 mars 1988.

⁴⁹⁶ Convention Internationale sur la répression des attentats terroristes commis avec des bombes, approuvée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 15 décembre 1997.

⁴⁹⁷ Convention Internationale sur la répression du financement du terrorisme, approuvée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1999.

que l'article 15 de la Convention Américaine contre le terrorisme indique que les dispositions du traité ne pourront pas contredire les droits et les obligations des États et des personnes en accord avec le droit international, la Charte des Nations Unies, la Charte de l'Organisation des États Américains, le DIH, le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés. Cela conduit à déduire l'exigence d'un lien entre les traités, qui insère ainsi la notion de terrorisme dans les autres domaines du droit international sans aucun aménagement.

Il faut reprendre en dernier lieu le Rapport spécial de la CIDH sur le terrorisme et les droits de l'homme qui en analyse les éléments suivants devant la difficulté de leur définition : «

- *les actions, qui comprennent des formes de violence comme les enlèvements.*
- *les acteurs, y compris les personnes ou les organisations.*
- *les causes où les luttes, où la cause ou la lutte peut être tellement marquée par la violence terroriste qu'il devient impossible de l'en distinguer et à cette occasion un mouvement peut commettre des actes isolés de terrorisme ou entreprendre des stratégies terroristes. C'est sur ce point particulier qu'est apparu le manque d'accord sur une définition intégrale du terrorisme du fait que certains États ont considéré que ce que l'on appelle communément « mouvement de libération nationale » et leurs méthodes doivent être exclues de toute définition de terrorisme en raison de leur lien avec le principe de libre détermination des peuples.*
- *les situations où la violence terroriste est un problème particulièrement grave ou commun dans une région, un État ou une autre zone.*
- *les conflits armés dans le sens, par exemple, que l'on connaît sous le nom de « guerre contre le terrorisme » après le 11 septembre 2001 »⁴⁹⁸.*

Dans cette caractérisation, il faut prendre en compte le dernier élément énuméré par la CIDH sur le concept de conflit armé à partir du 11 septembre. Cette énonciation se retrouve en accord avec la position du Conseil de

⁴⁹⁸ Rapport de la CIDH, Derechos Humanos y Terrorismo, 2002, §. 12 in <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/introduccion.htm#B>.

Sécurité des Nations Unies⁴⁹⁹ qui établit une série d'obligations pour les États afin de lutter contre le terrorisme.

Les éléments avec lesquels se construit la notion de terrorisme permettent de l'inclure dans les causes des articles 27 de la CADH et 15 de la CEDH. Dans ce sens, les États peuvent invoquer l'existence du terrorisme dans les trois conditions indiquées –guerre, danger public et menace contre l'indépendance et la sécurité de l'État–, en expliquant et en prouvant les raisons de la décision, en établissant une durée pour les mesures à prendre, en respectant le principe de proportionnalité et de rationalité et en informant le secrétariat de l'Organisation des États Américains et du Conseil de l'Europe sur le genre de mesure qui a été prise et sa portée. Cette façon de procéder serait en concordance avec les standards internationaux des droits de l'homme, à condition de respecter les éléments matériels et formels énumérés dans les traités régionaux des droits de l'homme. Ce qui précède signifie que le terrorisme est un facteur d'extension des raisons de l'État pour suspendre les droits. Malgré tout, les limites de la marge d'appréciation de l'État se maintiennent, ces actes restant soumis aux normes conventionnelles dans les systèmes américain ou européen.

L'utilisation de la notion de terrorisme de la part de l'État pour suspendre les droits n'est pas une conduite contraire à l'esprit du droit International des droits de l'homme. Cela est réaffirmé par la CIDH quand elle indique que *« les campagnes contre le terrorisme et la protection des droits de l'homme ne doivent pas être considérées comme contradictoires ; au contraire, l'existence de clauses dérogatoires aux instruments internationaux des droits de l'homme illustre la reconnaissance qu'il peut parfois être nécessaire d'adopter des mesures exceptionnelles imposant la suspension transitoire de certains droits pour faire face aux menaces, précisément dans le but de protéger les institutions démocratiques et le régime de droit, et non pour les affaiblir ou les détruire. Ce critère de doctrine a une importance toute particulière dans les Amériques, où les instigateurs et les auteurs du terrorisme ont fréquemment*

⁴⁹⁹ Résolution 1373 du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies approuvée par le Conseil de Sécurité lors de sa session 4385, réalisée le 28 septembre 2001.

tenté de porter atteinte aux droits de l'homme de la population civile et également aux systèmes de gouvernement démocratiques dont dépend fondamentalement la protection de ces droits »⁵⁰⁰.

B) Les limites de la suspension de la liberté d'expression

La suspension des droits consacrés dans la CADH et la CEDH par les États est possible dans la mesure où ils respectent les conditions qui figurent dans les articles 27 et 30 de la CADH et 15 de la CEDH. Cette suspension suppose d'abord le respect des conditions formelles comme les notifications aux organisations internationales respectives et des limites tenant au genre de droits suspendus. Néanmoins, l'État doit démontrer précisément que les mesures seront prises dans le respect des principes de légalité, de proportionnalité et de rationalité.

En ce qui concerne le principe de légalité, l'existence d'une loi qui permet de suspendre ces droits⁵⁰¹ est nécessaire, et doit en outre avoir été dictée dans le respect de l'intérêt général et pour les objectifs pour lesquels elle a été créée. Cette description proposée dans l'article 30 de la CADH n'a pas d'équivalent conventionnel dans la CEDH. La disposition s'applique non seulement aux cas de suspension des droits et dans ce cas à la liberté d'expression, mais renforce également la même protection prévue dans l'article 13 de la CADH qui indique que les responsabilités ultérieures pour l'abus de l'exercice de ce droit doivent être établies formellement par la loi et doivent être nécessaires pour assurer deux finalités : le respect des droits ou de la réputation d'autrui ; et la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la morale publique.

⁵⁰⁰ Rapport de la CIDH, Derechos Humanos y Terrorismo, 2002, §. 22 in <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/introduccion.htm#B>.

⁵⁰¹ Sur la notion de « loi » de cet article 30, la Cour IDH dans son opinion consultative No. 6 signale que « cela veut dire norme juridique de caractère général, qui adhère au bien commun, qui émane des organes législatifs constitutionnellement prévus et démocratiquement élus, et élabore selon la procédure établie par les constitutions des États parties pour la formation des lois » Cour IDH, OC-6/86 du 9 mai 1986, "La Expresión 'Leyes'". Article 30 de la Convention Américaine sur les droits de l'homme www.coridh.org.

En ce qui concerne la proportionnalité, la suspension doit contenir une justification objective et raisonnable d'une mesure définie comme étant celle qui poursuit un objectif légitime dans une société démocratique, ainsi que le respect du lien raisonnable de proportionnalité dans les mesures employées et l'objectif poursuivi⁵⁰². Ces critères ne peuvent pas être analysés seulement à la lumière du droit interne, mais doivent être rapprochés des traités internationaux sur les droits de l'homme qui imposent des critères sur lesquels l'organisation interne doit s'ajuster aux grandes lignes fixées par ces instruments. Ces critères de raison et de proportionnalité permettent à la Cour Internationale de fixer des limites au pouvoir discrétionnaire des autorités nationales. Au cas où l'État exercerait de façon disproportionnée son pouvoir en excédant sa marge d'appréciation, les tribunaux internationaux, en s'appuyant sur les Conventions de protection des droits de l'homme, conservent la possibilité de corriger cette disproportion par la saisine, conduisant à une décision de condamnation. Cette situation a été observée dans de nombreux cas, comme par exemple l'affaire Palamara Iribarne contre le Chili⁵⁰³ où l'État chilien a saisi le livre « Éthique et services de renseignement » parce qu'il portait atteinte à la sécurité de l'État, et le tribunal interaméricain a considéré que l'État chilien engageait sa responsabilité en raison du caractère disproportionné de sa décision.

§ 2 : Les restrictions indirectes de la liberté d'expression dans les systèmes interaméricain et européen des droits de l'homme

Nous déterminerons au préalable le champ des restrictions indirectes de la liberté d'expression dans le système interaméricain des droits de l'homme ainsi que dans celui européen. Ces notions nous permettront de déterminer les mécanismes de contrôle des États sur la liberté de pensée et d'expression. Quant aux responsabilités ultérieures qui proviennent de l'exercice de cette liberté, il faut tenir compte du fait qu'elles sont liées à la matérialisation de l'expression et à son contrôle ultérieur par l'État. On part dans ce cas du fait que

⁵⁰² F. SUDRE, Droit Européen et international des droits de l'homme, op.cit.,p. 266.

⁵⁰³ Corte IDH, Affaire Palamara Iribarne c. Chili, arrêt du 22 novembre, 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

l'expression a été effectuée. Son contrôle suppose la mise en jeu possible des responsabilités ultérieures qui sont institutionnalisées par l'État. Il s'agit là de restrictions indirectes.

La question qui apparaît à la lecture des deux Conventions sur ce point est la suivante : L'État est-il empêché de restreindre de façon indirecte l'usage et l'exercice de la liberté d'expression ? La réponse peut être recherchée entre la limite des devoirs de l'émetteur de cette information et les restrictions imposées par l'État. Cela signifie que si l'émetteur ne respecte pas les limites imposées par la norme *–qui en soi donne une marge d'appréciation à l'État–*, sa responsabilité ultérieure peut être engagée. En résumé, l'État peut restreindre la liberté si la décision qu'il prend est conforme au principe de proportionnalité et de raison. Dans ce cas, que ce soit dans le système interaméricain ou européen, les États doivent justifier leurs mesures au regard de ces principes.

Les restrictions peuvent se définir comme des mécanismes utilisés par l'État pour sanctionner, conformément aux standards internationaux des droits de l'homme, un émetteur d'information, de communication ou d'idées, une fois qu'il les a rendues publiques. Les États ne doivent pas restreindre arbitrairement l'exercice de la liberté d'expression. Dans le cas où son exercice est restreint, il doit être examiné non seulement dans sa forme mais en tenant compte aussi des faits, des circonstances et de son contenu.

Dans ce sens, les restrictions indirectes constituent des mécanismes de limitation institués par l'État sur la liberté d'expression, ce qui nous permet d'une part d'expliquer les mécanismes *–restrictions indirectes et censure–*, et également de déterminer les typologies construites à partir de la doctrine et de la jurisprudence des tribunaux de protection des droits de l'homme, en Amérique et en Europe.

A) Les restrictions indirectes: la limite naturelle de la liberté d'expression

La liberté d'expression, comme tout autre droit consacré dans les Conventions Américaine et Européenne peut être limitée, sans perdre de vue que cette liberté est la clé de voûte de l'existence même d'une société démocratique⁵⁰⁴. Cela explique qu'elle doit être exercée selon « *les justes exigences du bien-être général et du développement de la démocratie* »⁵⁰⁵. Ainsi, il faut comprendre que dans la Convention Américaine, la description de l'article 13 sur la liberté d'expression fixe des devoirs pour les émetteurs de l'information définis comme toute personne –*physique ou morale*- qui cherche, reçoit ou diffuse de l'information de toute sorte, sans considération de frontière, qu'elle soit orale ou écrite, ou de façon artistique, ou par tout autre moyen de son choix. Ce dernier point comprend et inclut la notion de nouvelles technologies comme le blog, Internet par l'intermédiaire de chaînes de diffusion- *youtube, google video, etc.*, qui sont également établis dans l'article 10 de la Convention Européenne⁵⁰⁶.

Il est dans ce sens important de souligner que le deuxième point de l'article 13 de la CADH indique que la liberté ne peut être exercée au détriment du respect des droits ou de la réputation d'autrui et de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la morale publique. Dans le système européen, le deuxième paragraphe de l'article 10 ajoute d'autres limites comme l'intégrité

⁵⁰⁴ Cour I.D.H Avis Consultatif No.5 *La colegiación obligatoria de periodistas*, par. 70. À ce sujet la CIDH a assuré que "la pleine reconnaissance de la liberté d'expression est une garantie fondamentale pour assurer l'État de droit et les institutions démocratiques" (cf. Tercer Rapport Sobre La Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Cap. VI, B.3.). Pour sa part, la Cour IDH a soutenu que : "La liberté d'expression s'insère dans l'ordre public primaire et radical de la démocratie qui n'est pas concevable sans le débat libre et sans que la dissidence puisse se manifester de plein droit [...] Elle touche également l'ordre public démocratique, tel qu'il est conçu par la Convention Américaine, afin que soit scrupuleusement respecté le droit de chaque individu à s'exprimer et celui de la société dans son ensemble à recevoir l'information" (Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Avis Consultatif OC-5/85, du 13 Novembre 1985, Série A N° 5, §. 69.). Voir sur l'origine de l'avis précédent, JO. M. PASQUALUCCI, "The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Cambridge, 2003, p.333.

⁵⁰⁵ L, HENNEBEL, *La Convention Américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection étendue des droits et libertés*, op.cit p. 565.

⁵⁰⁶ L'alinéa 2 de l'article 10 stipule : 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

du territoire, la défense de l'ordre et la prévention du délit et la protection de la santé⁵⁰⁷ et de la morale publique⁵⁰⁸.

Que ce soit dans un système comme dans l'autre, l'exercice de la liberté ne peut s'exercer au détriment de son semblable. Les limites des normes rassemblent les caractéristiques minimales qui doivent être respectées dans une société démocratique. A ce sujet, la Cour IDH indique que cela ne peut signifier une large marge d'appréciation de l'État pour justifier la restriction de cette liberté. Au point que le tribunal interaméricain a limité l'interprétation des expressions « bien commun » et « ordre public » en spécifiant qu'elles ne peuvent pas être utilisées pour dénaturer les droits ou les priver de leur contenu réel⁵⁰⁹.

Les restrictions indirectes ne peuvent pas se constituer en censure. Leur existence dépend justement de la possibilité qu'a eue l'émetteur de l'information de la rendre publique, cette circonstance permet de comprendre que ce n'est pas la censure, mais les responsabilités ultérieures qui sont le corollaire des restrictions. Pour cette raison, ce point sera abordé dans le paragraphe suivant.

⁵⁰⁷ Le concept de santé publique ne recouvre pas seulement le droit à la santé de la communauté, mais comprend en même temps la protection des individus de cette communauté. Par exemple le cas des personnes enfermées dans des cliniques ou des personnes atteintes du Sida –Syndrome d'immuno-déficience acquise-. Sur ce sujet, voir CDH, Toonen contre l'Australie, Communication No. 488/1992.

⁵⁰⁸ Il faut préciser qu'il n'existe pas de morale standard, les interprétations peuvent également changer d'un État à l'autre. Voir l'explication de N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of Human Rights Law, Nacional Regional and Internacional Jurisprudente*, op.cit., p. 199.

⁵⁰⁹ "(...) la difficulté de préciser de façon univoque les concepts "d'ordre public" et de "bien commun", et tient en ce que ces deux concepts peuvent être utilisés que ce soit pour affirmer les droits de la personne face aux pouvoirs publics, ou pour justifier des limitations de ces droits au nom des intérêts collectifs. À ce sujet, il faut signaler que « l'ordre public » et le « bien commun » ne peuvent en aucun cas être invoqués pour supprimer un droit garanti par la Convention ou pour le dénaturer ou le priver de son contenu réel. Ces concepts, quand ils sont invoqués comme le fondement de limitations aux droits de l'homme, doivent faire l'objet d'une interprétation strictement restreinte aux "justes exigences" d'une société démocratique qui tienne compte de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu et le besoin de préserver le but et l'objectif de la Convention. Cour I.D.H, *Affaire Baruch Ivcher Bronstein*, arrêt du 6 février 2001, § 147-149; *Affaire Olmedo Bustos et autres, Última Tentación de Cristo*, arrêt du 5 février 2001, §64-68; et, opinion consultative OC-5/85 du 13 novembre 1985, § 30-34; "La Colegiación Obligatoria de los Periodistas", articles 13 et 29 Convention Américaine des Droits de l'homme.

B) Les responsabilités ultérieures: les conséquences de la méconnaissance des conditions des restrictions internes

Les notions de responsabilités ultérieures de l'article 13 de la CADH et de responsabilités de l'article 10 de la CEDH peuvent se définir comme la conséquence juridique du dommage causé. Cette conséquence est déterminée devant la juridiction civile ou pénale selon la législation de l'État dans lequel le fait est survenu. Dans le cas colombien par exemple, il existe une procédure pénale appelée injure et calomnie auquel peut faire appel la personne affectée dans son droit à l'intimité ou au respect, si la conduite entre dans le cadre de cette classification. De la même façon, le blessé peut faire appel à la juridiction civile afin de rechercher la détermination d'une responsabilité civile qui est constituée quand trois éléments sont réunis: l'action ou l'omission, le dommage causé et le lien de causalité entre le dommage causé et l'action ou l'omission.

Afin de configurer la responsabilité ultérieure –*civile, pénale, disciplinaire ou administrative*– les dispositions conventionnelles prévoient deux conditions essentielles : (i) elle doit être formellement fixée par une loi ou l'acte administratif et (ii) doit être nécessaire pour assurer le respect des droits ou de la réputation d'autrui, et la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la morale publique⁵¹⁰. Sur le premier point, la notion de loi doit faire la différence entre la loi matérielle et la loi formelle. Pour la Cour IDH, le mot loi « veut dire norme juridique de caractère général, attachée au bien commun, qui émane des instances législatives constitutionnellement prévues et démocratiquement élues, et élaborée selon la procédure établie par les constitutions des Etats parties pour la formation des lois »⁵¹¹. Pour le système européen on remarquera ce qu'a signalé le

⁵¹⁰ À ce sujet, la Cour IDH dans l'opinion consultative No 5 de 1985 signale : que "*pour que soit établie cette responsabilité de façon valide, selon la Convention, il est nécessaire de réunir plusieurs éléments : a) L'existence de causes de responsabilité préalablement établies, b) La définition expresse et stricte de ces causes par la loi, c) La légitimité des buts poursuivis en les établissant, et d) que ces causes de responsabilité soient " nécessaires pour assurer " les buts mentionnés.* Cour IDH, Avis Consultatif No.5 *La colegiación obligatoria de periodistas*, par. 39.

⁵¹¹ Cour IDH, Opinion consultative, OC-6/86 du 9 mai 1986, « La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana de derechos humanos » in <http://www.corteidh.or.cr/>

professeur Sudre que « la loi matérielle désigne l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel. Un acte administratif peut ainsi fournir une base légale à une ingérence »⁵¹². Par conséquent, il est important de prendre en compte les paramètres suivants : s'il faut déterminer une responsabilité pénale, le délit doit être constitué et son existence doit être antérieure à sa réalisation –*principe de nullum crimen sine lege*⁵¹³– ; si au contraire, la détermination de la responsabilité est civile, il faut alors démontrer les trois éléments de la responsabilité et établir la possibilité de l'invoquer dans le cadre de la législation intérieure de l'État concerné⁵¹⁴. Enfin, si la responsabilité prétendue est administrative ou disciplinaire⁵¹⁵, il faut l'établir au regard des obligations placées dans le code administratif ou disciplinaire correspondant.

L'observatoire de la liberté d'expression de la CIDH a signalé : « ... les règles sur les conditions que doivent respecter les restrictions à la liberté d'expression pour être légitimes, s'appliquent aussi bien aux lois qui les établissent, qu'aux décisions et aux actes administratifs, judiciaires, policiers ou de tout autre nature qui les matérialisent, c'est-à-dire, à toute manifestation du pouvoir de l'État qui ait une incidence sur le plein exercice de la liberté d'expression »⁵¹⁶.

Quant à la deuxième condition, il faut préciser que les limites légales pour déterminer les responsabilités ultérieures doivent « être nécessaires » pour assurer le respect des droits et de la réputation d'autrui. La Cour IDH, en se référant à la jurisprudence de la Cour EDH a indiqué que :

« Il est important de souligner que la Cour Européenne des Droits de l'Homme conclut dans l'interprétation de l'article 10 de la Convention Européenne que « nécessaires », sans être synonyme d'« indispensables »,

⁵¹² F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit., p.214,

⁵¹³ Ce principe du droit pénal signifie qu'il n'y a pas de délit sans loi.

⁵¹⁴ En Colombie, la responsabilité civile extracontractuelle est régie par le Code Civil- Loi 57 de 1887- articles 2341-2360.

⁵¹⁵ Quand on parle de la Responsabilité disciplinaire on fait référence aux serviteurs ou fonctionnaires publics qui sont soumis à un régime disciplinaire pour des conduites adoptées dans l'exercice de la fonction publique qu'ils réalisent.

⁵¹⁶ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH de 2008, p. 136 in www.cidh.org

implique l'existence d'un « besoin social impérieux » et que pour qu'une restriction soit « nécessaire » il n'est pas suffisant de démontrer qu'elle soit « utile », « raisonnable » ou « opportune »⁵¹⁷. Cette conclusion, qui est également applicable à la Convention Américaine, suggère que le « besoin » et, par conséquent, la légalité des restrictions de la liberté d'expression fondée sur l'article 13.2 dépendront de leur orientation vers la satisfaction d'un intérêt public impératif. Parmi plusieurs options pour atteindre cet objectif il faudra choisir celle qui restreindra dans une moindre mesure le droit protégé. Sur cette base, il n'est pas suffisant de démontrer, par exemple, que la loi accomplit un but utile ou opportun ; pour qu'elles soient compatibles avec la Convention, les restrictions doivent se justifier selon des objectifs collectifs qui, au vu de leur importance, sont clairement prépondérants sur le besoin social de la pleine jouissance du droit garanti par l'article 13 et ne limitent pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire le droit proclamé dans l'article 13. C'est-à-dire que la restriction doit être proportionnelle à l'intérêt qui la justifie et doit s'ajuster étroitement à l'obtention de cet objectif légitime »⁵¹⁸.

Ce qui précède signifie que pour que la restriction soit requise « *il est nécessaire d'étudier les alternatives existantes pour obtenir l'objectif légitime poursuivi, afin de pouvoir sélectionner celles qui limitent ou interfèrent le moins possible avec l'exercice effectif de la liberté d'expression* ». Dans ce sens pour la Cour IDH, la restriction revient à mesurer la proportionnalité applicable de façon spécifique à trois facteurs : « (i) le degré d'intervention sur le droit contraire -grave, intermédiaire, modéré- ; (ii) l'importance de satisfaire le droit contraire ; et (iii) si la satisfaction du droit contraire justifie la restriction de la liberté d'expression. Il n'y a pas de réponse a priori ni de formules d'application générale dans ce domaine : le résultat de la pondération variera dans chaque cas, en privilégiant dans certains cas la liberté d'expression, et

⁵¹⁷ Cour EDH, Affaire Sunday Times c. Royaume Uni, arrêt 26 avril 1979, § 59 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁵¹⁸ Cour IDH, Avis Consultatif No.5 *La colegiación obligatoria de periodistas*, arrêt du 13 novembre 1985 § 39 in <http://www.corteidh.or.cr/> et Cour EDH, Affaire Sunday Times c. Royaume Uni, arrêt du 26 avril 1979 § 62, et Cour EDH, Affaire Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985, § 59 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

*dans d'autres le droit contraire »*⁵¹⁹.

Les restrictions, dans les systèmes de protection des droits de l'homme, doivent être exercées pour le respect des droits ou de la réputation d'autrui et de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la morale publique qui représentent les objectifs établis dans les articles 10 de la CEDH et 13 de la CADH. Dans le système européen, la liberté est soumise aux mêmes conditions de respect pour les droits et la réputation des autres et ajoute à la liste de la CADH, la défense de l'ordre, la prévention du délit et la protection de la santé. Contrairement à ce qui est établi dans la CADH, la censure préalable n'est pas interdite et les États peuvent l'utiliser.

Il faut néanmoins prendre en compte que ces limites imposées à l'émetteur de l'information suffisaient pour que l'État démontre l'existence de conditions raisonnables et nécessaires qui permettent de déterminer l'intérêt de restreindre un droit, que ce soit par l'intermédiaire de la mise en jeu de responsabilités ultérieures et de la censure préalable dans le système Européen ou par l'intermédiaire de l'engagement de responsabilités ultérieures dans le système Interaméricain et d'un cas ponctuel de censure préalable autorisée par l'article 13 de la CADH.

La position de la Cour IDH restreint la marge d'appréciation de l'État dans son contrôle possible de la liberté pour la simple interdiction stricte de certaines conduites. La jurisprudence de la Cour IDH est analogue aux dispositions de l'article 10 de la CEDH où les mesures prises par l'État pour restreindre la liberté doivent être analysées de façon conjointe en tenant compte du fait, du contexte et des circonstances.

Afin de comprendre ces restrictions, nous allons étudier les types de restrictions qui peuvent être observés dans la liberté d'expression. Ces restrictions seront expliquées en analysant la jurisprudence des Cours IDH et EDH.

⁵¹⁹ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH de 2008, p. 142 in www.cidh.org

1) L'existence de sanctions pénales: diffamation et calomnie

Dans chaque État, la liberté d'expression a des limites précises qui ont été établies par le législateur en Europe comme en Amérique. Dans le cas où elles seraient outrepassées, l'émetteur de l'information pourrait être déclaré responsable civilement, pénalement ou administrativement. Il peut arriver que ponctuellement, la liberté d'expression lui soit enlevée par le biais d'une *censure préventive pour protéger la morale de l'enfance ou de l'adolescence*. Le législateur dans les pays latino-américains⁵²⁰, reprenant une position commune de la législation pénale européenne, caractérise en les codifiant, les délits d'injure (diffamation en France) et de calomnie⁵²¹.

Il est important de spécifier que l'existence de ces formes de sanctions pénales, n'altère pas l'obligation de l'État de permettre l'exercice du droit sans le restreindre indirectement. S'il est un fait que l'auteur d'une conduite préjudiciable soit tenu de réparer, la liberté d'expression est atteinte indirectement quand la qualification est accompagnée de sanctions excessives pour l'émetteur de l'information comme des peines de prison, des amendes exorbitantes ou des privations de l'exercice de sa liberté d'expression. Ces sanctions conduisent à limiter l'exercice de la liberté d'expression, car elles empêchent les émetteurs de l'information de l'exprimer dans le futur, par peur de sanctions judiciaires postérieures.

Il faut poser la question suivante : Comment détermine-t-on une sanction excessive selon le système Interaméricain ou Européen ? Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que dans l'élaboration des lois régissant les droits de l'homme ou dans la qualification des conduites

⁵²⁰ Par exemple dans le cas colombien l'injure est définie dans le code pénal comme la conduite qui sanctionne qui « fait à une autre personne des accusations qui le déshonorent », la calomnie, quant à elle, est définie comme celle qui est imposée à celui qui « impute faussement à un autre une conduite typique, décrite dans le code pénal », voir les articles 220 et 221 du code pénal colombien, Bogotá, Editorial Leyer, 2004.

⁵²¹ Sur l'histoire de la Calomnie en France, voir l'ouvrage de R.DARNTON, *Le Diable dans un bénitier. L'art de la calomnie en France, 1650-1800*, Paris, Gallimard, 2010.

punissables, le législateur doit prendre en compte le principe de proportionnalité. Il devient donc un outil fondamental pour déterminer le degré de contrôle des droits. Le principe de proportionnalité doit être observé dans l'élaboration de la qualification pénale par le législateur, mais aussi ultérieurement par le juriste concerné, que ce soit le juge ou l'usager de la justice. Ce qui précède signifie que la sanction pour un délit d'opinion doit être soupesée conformément au principe de proportionnalité afin que la formulation pénale soit conforme aux traités de droit international des droits de l'homme.

Le principe de proportionnalité⁵²² dans la qualification des conduites renvoie à l'idée que les délits qui affectent les biens juridiques importants doivent recevoir des sanctions plus fortes que les délits qui touchent les biens juridiques moins importants. Le débat s'intensifie par la présence d'une thèse d'auto-restriction⁵²³ selon laquelle le tribunal constitutionnel ou international ne se prononce pas sur la peine que fixe le législateur pour un délit, en évitant d'envahir sa sphère de compétence⁵²⁴. Une autre thèse fait valoir au contraire que le juge constitutionnel ou international ne peut s'en tenir à un rôle passif d'approbation ou de négation constitutionnelle d'une sanction pénale⁵²⁵. Cette dernière thèse se développe en s'appuyant sur une notion péjorative appelée « le gouvernement des juges » en vertu de laquelle le juge outrepassé sa fonction d'interprétation dans le cadre du principe de protection des droits

⁵²² The principle of proportionality is, therefore, one of the factors to be taken into account when assessing whether a measure of interference is necessary. The proportionality principle requires that a balance be struck between the requirements of the interest sought to be protected and the essential elements of the recognized right. The pursuit of a just balance must not result in individuals being discouraged, for fear of disciplinary or other sanctions, from exercising their rights. Such a balance had not been struck in the case of an avocat (and trade union leader) who was reprimanded by the court for a breach of discretion amounting to a disciplinary offense in « N. JAYAWICKRAMA, The judicial application of human rights law, national, regional and international jurisprudence, op.cit. p.187.

⁵²³ Cette thèse a été esquissée par le professeur C. BERNAL PULIDO in « El derecho de los derechos », Bogotá, Universidad Externado, 2004, p. 118-122.

⁵²⁴ Cette thèse a été utilisée par la Cour Constitutionnel de Colombie- CCC- dans les arrêts de constitutionnalité C-609 de 1996, C-581 de 2001.

⁵²⁵ Cette thèse du « législateur négatif » défendue par le juriste Hans Kelsen empêche le développement d'un juge constitutionnel actif. Sur cette figure Kelsen indique que : "L'arrêt du Tribunal constitutionnel qui annulait une loi avait le même caractère d'une loi dérogeant à une autre loi. Il s'agissait d'un acte négatif de législation. Dans la mesure où la Constitution donne au Tribunal constitutionnel une fonction législative, c'est-à-dire une fonction réservée, en principe, au Parlement, la Constitution autrichienne de 1920 prévoyait que les membres du Tribunal constitutionnel soient élus par le Parlement et non nommés par le gouvernement, comme les autres juges"

fondamentaux. Dans cet ordre d'idées, une norme juridique délivrée par le parlement ou par l'exécutif peut être remise en question par l'appareil judiciaire. Ainsi l'argumentation du juge peut conduire à un arrêt sanctionnant une peine ou une sanction déterminée pour la considérer contraire au principe de proportionnalité. Dans la pratique le juge constitutionnel ou international devrait prendre en compte les sous-principes qui constituent le principe de proportionnalité : le caractère approprié, le besoin et la proportionnalité au sens strict⁵²⁶. L'analyse conjointe de ces éléments permet au juge de déterminer si la sanction pénale est lourde ou disproportionnée par rapport au bien juridique qu'elle protège.

Dans l'examen du sous-principe appelant à vérifier si la sanction est appropriée, il est nécessaire d'indiquer que l'intervention sur la liberté générale d'action doit être adéquate afin d'atteindre l'objectif recherché par le législateur. Sur ce point, les qualifications d'injure, de calomnie et de diffamation pourraient être adéquates pour la protection du bien juridique protégé, lorsqu'il s'agit de protéger la vie privée. Quant à la sanction elle doit être proportionnelle aux dommages occasionnés dans la mesure où la sanction ne peut être conçue pour infliger une punition disproportionnée au délinquant.

Si l'on envisage en second lieu, le sous-principe renvoyant à la notion de besoin, il signifie que pour qu'« *une intervention pénale sur les droits fondamentaux soit nécessaire, il ne doit exister aucun autre moyen alternatif qui possède dans une certaine mesure la même prétention pour atteindre l'objectif proposé et qui soit plus bénin pour le droit lésé* »⁵²⁷. Ici, il est clair qu'il existe différents moyens de sanctionner des conduites –injure, calomnie ou diffamation– qui sont tous appropriés pour la protection du bien juridique garanti quels que soient les registres de responsabilité –*responsabilités civiles ou administratives, ou sanctions sans peine de coercition ou sans amendes excessives*–.

⁵²⁶ Cette classification a été formulée par le juriste allemand R. ALEXI dans le livre « Teoría de los derechos fundamentales, E. GARZON VALDEZ (trad), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵²⁷ C. BERNAL PULIDO, « El derecho de los derechos », op.cit., p. 136-137.

Enfin, le sous-principe de proportionnalité entendu au sens strict suppose que pour qu'une intervention pénale sur la liberté ou sur les autres droits fondamentaux soit légitime, le degré de réalisation de l'objectif de protection du bien juridique doit être au moins équivalent au degré d'intervention sur la liberté ou le droit fondamental. On enregistrera une intervention excessive sur la protection de la vie privée ou de l'honneur, lorsqu'elle conduit à des peines de prison exorbitantes ou à des amendes au montant trop élevé. Ces sanctions remettraient en cause la liberté d'expression, car elles en empêcheraient l'exercice. En résumé, si les sanctions méconnaissent ces principes, la liberté d'expression sera indûment restreinte.

La Cour IDH et la Cour EDH ont toutes les deux retenu la portée de ces composantes du principe de proportionnalité face aux sanctions que peuvent encourir les émetteurs d'information. Ainsi, dans l'affaire Ricardo Canese contre le Paraguay⁵²⁸, la Cour IDH affirme que :

« ...au terme de la procédure pénale, la condamnation imposée à M. Canese pendant plus de huit ans ainsi que les restrictions à l'immigration dans le pays pendant huit ans et presque quatre mois constituent des moyens indirects de restriction de la liberté d'expression de M. Canese. Suite à sa condamnation pénale, M. Canese a été renvoyé du média dans lequel il travaillait et n'a plus publié ses articles, pendant une certaine période, dans aucun autre journal ».

Dans une autre décision, l'affaire Tristán Donoso contre le Panamá⁵²⁹, la Cour IDH a considéré que : *« Finalement, même si la sanction pénale de journées d'amende ne paraît pas excessive, la condamnation pénale imposée en tant que forme de responsabilité ultérieure prise dans cette affaire n'est pas nécessaire. En outre, les faits examinés par le tribunal mettent en évidence que la peur de la sanction civile, devant la prétention de l'ancien procureur d'une réparation civile très élevée, peut être en toute bonne foi*

⁵²⁸ Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. le Paraguay, arrêt du 31 août 2004, §107. Dans l'arrêt la Cour indique: "Ainsi, le Tribunal considère que, dans ce cas, le procès pénal, la condamnation qui s'ensuit imposée à M. Canese pendant plus de huit ans et les restrictions pour sortir du pays pendant huit ans et presque quatre mois constituent des moyens indirects de restriction de la liberté de pensée et d'expression de M. Canese. À ce sujet, suite à sa condamnation pénale, M. Canese a été renvoyé du média dans lequel il travaillait et n'a pas publié pendant une période, aucun de ses articles dans aucun autre journal.

⁵²⁹ Cour IDH, Affaire Tristán Donoso c. Panamá, arrêt du 27 janvier 2009, §. 129 in <http://www.corteidh.or.cr/>

autant, sinon plus intimidante et inhibitrice de l'exercice de la liberté d'expression, qu'une sanction pénale, puisqu'elle a le pouvoir d'engager la vie personnelle et familiale de celui qui dénonce un fonctionnaire public, avec le résultat évident et lamentable d'autocensure, de la personne condamnée tout comme d'autres critiques potentiels de l'agissement d'un serviteur public ».

On relève dans la jurisprudence des cas dans le système européen de sanctions excessives dans l'exercice de la liberté d'expression et de communication. C'est ainsi que dans l'affaire Karhuvaara et autres contre la Finlande, la Cour EDH a considéré qu'infliger une sanction de 29 400 €⁵³⁰ ou 300 000 livres⁵³¹ était disproportionné au regard de l'importance de la liberté d'expression. Dans certains cas, les sanctions pécuniaires, pénales ou civiles⁵³² qui ne respectent pas les principes de besoin et de proportionnalité ont un effet inhibiteur sur les moyens de communication. Un exemple ponctuel sur ce point apparaît dans le cas Brésilier contre la France⁵³³ où la Cour EDH a considéré qu'une sanction civile pour diffamation n'avait pas lieu d'être si elle n'était pas proportionnelle ou nécessaire.

La question de la gravité des sanctions se retrouve liée à la qualification de délits qui protègent l'honneur des personnes et qui sont utilisés pour

⁵³⁰ Cour EDH, Affaire Karhuvaara et autres c. Finlande, arrêt du 16 novembre 2004, § 53 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁵³¹ Cour EDH, Affaire Tolstoy Miloslavsky c. Royaume Uni, du 13 juillet 1995 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁵³² Un aspect à prendre en compte pour déterminer si les actions civiles qui progressent sur le fondement de la protection de l'honneur et de la réputation sont légitimes ou pas, est de distinguer entre les personnes publiques et les particuliers. En raison de leur responsabilité dans les activités du gouvernement, les fonctionnaires ou les autres agents de l'État, ainsi que tout autre individu impliqué dans des affaires d'intérêt public, doivent être soumis à un plus grand contrôle. En concordance avec les précédents de la CEDH (CEDH, Affaire *Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992), c'est l'opinion de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme dans le Rapport sur la compatibilité des lois d'outrage et la CADH, op.cit., (Cf. également, Principe 10 de la Déclaration de Principes sur la Liberté d'Expression adoptée par la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme). Un second aspect à prendre en compte pour évaluer la légitimité d'imposer des sanctions de caractère civil contre l'exercice abusif de la liberté d'expression est de considérer, d'une part, s'il s'agit d'opinions, et de l'autre, s'il est fait référence à des déclarations sur des faits, si une réelle méchanceté a été prouvée ou une négligence manifeste de la part de celui qui émet ces déclarations. Si comme le signale la Commission, l'information qui est à l'origine du procès est un jugement de valeur et qu'il ne s'agit pas d'une affirmation factice, aucun genre d'engagement ne doit intervenir (Cf. CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, Volumen III. *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. (OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev 16 abril de 2001), párr. 47).

⁵³³ Cour EDH, Affaire Brésilier c. France, arrêt du 11 avril, 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28631644&skin=hudoc-fr&action=request>

empêcher le débat public. A ce sujet, la CIDH indique dans son troisième rapport sur la situation des droits de l'homme au Paraguay (2001)⁵³⁴ que :

« Une interprétation de l'article 13 de la Convention Américaine et de ce qui précède, conduit au besoin de réviser principalement les lois qui ont pour objet de protéger l'honneur des personnes (communément connues comme injures et calomnies). Ces lois sont fréquemment utilisées pour attaquer ou faire taire le discours considéré comme critique de l'administration publique. ».

Et elle reconnaît également :

« Une des principales préoccupations du rapporteur concernant la liberté d'expression est l'utilisation du système judiciaire comme un mécanisme d'intimidation dans plusieurs pays de l'hémisphère, imposant aux journalistes des peines de prison ou des amendes, les obligeant constamment à comparaître devant les tribunaux et à engager des dépenses pour leur défense, ce qui porte préjudice de façon significative à leurs activités. Quand ce mécanisme est utilisé contre les journalistes qui critiquent les autorités, le système judiciaire devient un instrument pour limiter la liberté d'expression et non un mécanisme pour résoudre les différends entre les autorités et les journalistes »⁵³⁵.

Dans cet ordre d'idée, le tribunal interaméricain a rappelé dans une autre de ses décisions que la condamnation pénale et, avec elle, la perte de la liberté pendant la durée des instances procédurales, constitue également un moyen indirect de restriction de la liberté d'expression⁵³⁶. Dans l'affaire Kimel⁵³⁷ et Usón Ramírez⁵³⁸, le tribunal a réaffirmé ses doutes sur le caractère approprié des sanctions pénales⁵³⁹ pour les délits d'opinion.

⁵³⁴ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Paraguay (2001), op. cit., §. 44.

⁵³⁵ Ibid, §. 64.

⁵³⁶ Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, Série C N° 111, §107 in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁵³⁷ Cour IDH, Affaire Kimel c. l'Argentine, arrêt du 2 mai 2008 in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁵³⁸ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c Venezuela, arrêt du 20 novembre 2009 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=328>

⁵³⁹ Dans ce cas le journaliste Eduardo Kimel a été condamné à la prison et à une amende de 20 000 dollars, ce qui montre la sanction et son caractère inhibitoire pour l'exercice de la liberté d'expression.

La Cour IDH et la Cour EDH considèrent donc que les délits d'opinion ne devraient pas être sanctionnés de façon excessive. Elles préconisent ainsi que les qualifications prennent en compte le principe de proportionnalité dans un sens large en incorporant ses sous-principes, à savoir le caractère approprié, nécessaire et proportionnel au sens strict. Dans ce sens, le juge du pays doit analyser la gravité de l'action, le dommage occasionné et ses caractéristiques pour imposer une sanction⁵⁴⁰. Mais au-delà des sanctions proportionnelles et nécessaires, il serait souhaitable que les conduites soient dépénalisées⁵⁴¹ et que les voies civiles ou administratives soient utilisées comme des alternatives dans la détermination de responsabilités ultérieures, à condition que leurs applications soient nécessaires et proportionnelles. Au sujet des sanctions civiles, la Cour EDH a considéré que dans les cas de diffamation, les sanctions pénales et civiles⁵⁴² n'étaient pas possibles.

Dans ce sens, il faut tenir compte du droit à la rectification ou à la réponse comme mécanisme pour éviter les sanctions de caractère légal. Ce droit a été consacré dans l'article 14 de la CADH⁵⁴³ qui propose que toute personne

⁵⁴⁰ Une alternative sur ce point repose sur le fait que même si la qualification existe, le juge peut en vertu du « principe de droit pénal d'opportunité » ne pas appliquer la sanction pour des raisons multiples qui sont déterminées par la loi. En Colombie, l'article 324 de la loi 906 de 2004 indique que le juge peut appliquer ce principe dans certains cas, et parmi ceux-ci : 1. Quand il s'agit d'un délit accompagné d'une peine de prison qui ne dépasse pas un maximum de six (6) ans et que la victime a été intégralement indemnisée, en foi de quoi, et qu'en plus il soit possible de déterminer de façon objective l'absence ou la perte d'intérêt de l'État pour l'exercice de l'action pénale correspondante.

2. Quand la personne est extradée à cause de la même conduite punissable.

3. Quand la personne est envoyée devant la Cour Pénale Internationale à cause de la même conduite punissable. Quand il s'agit d'une autre conduite punissable qui conduit à la suspension ou à l'interruption de la poursuite pénale.

4. Quand la personne est extradée à cause d'une autre conduite punissable et que la sanction qu'il pourrait encourir dans le cadre de poursuites en Colombie est sans rapport avec celle qu'il aurait reçue avec effet de chose jugée à l'étranger.

⁵⁴¹ La Cour EDH a considéré que priver de la liberté une personne pour un délit d'opinion était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme dans son article 10 dans l'Affaire « Erbakan c. la Turquie, arrêt du 11 octobre, 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28631655&skin=hudoc-fr&action=request>.

⁵⁴² Cour EDH, Affaire Brésilier c la France, arrêt du 11 avril, 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28631644&skin=hudoc-fr&action=request>

⁵⁴³ L'article 14 de la CADH indique : « Droit de rectification ou de réponse 1. Toute personne offensée par des données inexactes ou des imputations diffamatoires émises à son égard dans un organe de diffusion légalement réglementé et qui s'adresse au public en général, a le droit de faire publier sa rectification ou sa réponse, par le même organe, dans les conditions prévues par la loi. 2. En aucun cas la rectification ou la réponse ne déchargera les auteurs de la publication incriminée des autres responsabilités encourues au regard de la loi. 3. En vue d'assurer la sauvegarde effective de l'honneur et de la réputation d'autrui, toute publication ou entreprise de presse, de cinéma, de radio ou de télévision sera pourvue d'un gérant responsable qui ne sera protégé par aucune immunité et ne bénéficiera d'aucun statut spécial.

lésée par des informations inexactes ou offensantes par un moyen de diffusion légalement réglementé, peut exiger dans le même média la rectification ou la réponse dans le même espace dans lequel cela s'est produit.

Cette panoplie d'instruments en dehors des sanctions de caractère pénal produirait une moindre marge d'appréciation de l'État dans l'exercice de ce droit et une plus grande protection de celui-ci. Les lois qui exposent à des peines de prison ou des amendes excessives ceux qui insultent ou offensent, dissuadent obligatoirement les citoyens souhaitant exprimer leurs opinions, d'autant plus quand les déclarations portent sur des affaires d'intérêt public. La possibilité d'affirmer des idées librement sans avoir peur de recevoir des sanctions pénales disproportionnées possède une valeur fondamentale ; toute tentative pour pénaliser l'abus de la liberté d'expression réduit la possibilité de garantir une vie démocratique.

A ce sujet, l'application de ces jugements de proportionnalité expose la réalisation de ces types de peines devant l'existence des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) comme les blogs, Twitter, etc. Ces nouvelles formes d'information présentent de nouveaux défis car leurs auteurs individuels ou collectifs ont été accusés dans certaines affaires pour l'existence de commentaires écrits par un lecteur sur une information ou un article déterminé sur leurs cahiers virtuels, ce qui a entraîné une responsabilité pénale du propriétaire de l'espace virtuel et de l'auteur de l'offense. Le problème vient du fait que celui qui laisse le commentaire offensif ne laisse pas de trace sur le net, c'est un être anonyme, ce qui incline à responsabiliser l'auteur du blog⁵⁴⁴. Une sanction inadéquate à ce nouvel environnement produit un effet d'autocensure qui porterait atteinte à la liberté d'expression dans sa dimension de diffusion et qui rendrait inapplicable le test de proportionnalité.

⁵⁴⁴ À ce sujet, remarquer l'arrestation de l'ex PDG et directeur du Journal "Libération" Vittorio de Filippis pour un délit de diffamation en 2006 dans l'affaire Xavier Niel, fondateur de Libre "Fournisseur d'accès à Internet" fondateur de Free, qui a été accusé de ne pas avoir retiré des commentaires d'un tiers dans un article publié en ligne dans le journal « Libération » sur http://www.lexpress.fr/actualite/media-people/media/vittorio-de-filippis-le-film-de-l-affaire_716587.html. Dans ce sens, le projet de loi italien (Décret Alfano) qui donne à un utilisateur de Blog 48 heures pour rectifier une information, sous peine d'une sanction de 12000 euros, sans besoin de preuve de diffamation, entre autres sur <http://www.ilgiornale.it/a.pic1?ID=364467>.

2) L'existence de la qualification de délit d'outrage⁵⁴⁵

Une autre mesure destinée à empêcher la circulation des idées est l'établissement d'infractions pénales pour l'expression d'idées contre des fonctionnaires publics. Cette situation affecte de façon directe la circulation de l'information en raison de la peur d'être poursuivi ou sanctionné par l'État. Le délit qui s'applique dans ce cas porte le nom « d'outrage » et est défini comme la conduite qui menace le droit à l'honneur et à l'intimité des fonctionnaires publics et qui protège l'ordre public, le bien commun et la fonction publique de l'État. La CIDH a élaboré un rapport sur ce délit dans lequel elle conclut que :

*« [...] les lois d'outrage restreignent indirectement la liberté d'expression du fait qu'elles entraînent la menace de prison ou d'amendes contre ceux qui insultent ou offensent un fonctionnaire public. A ce sujet, la Cour Européenne affirme que, même si les peines postérieures d'amende et de révocation d'un article publié n'empêchent pas son auteur de s'exprimer, elles équivalent cependant à une censure, qui le dissuaderont vraisemblablement de formuler des critiques de ce genre à l'avenir »*⁵⁴⁶.

Dans ce sens, le point 11 de la Déclaration de principes sur la liberté d'expression de la CIDH⁵⁴⁷ indique que les fonctionnaires publics sont soumis au contrôle de la société. La Cour IDH estime que les lois d'outrage ne sont pas compatibles avec la Convention Américaine dans la mesure où ces lois n'étaient pas impérieusement et socialement nécessaires pour atteindre un but légitime au sein d'une société démocratique⁵⁴⁸. Elle réaffirme le principe

⁵⁴⁵ Voir, Rapport du Rapporteur spécial de la CIDH sur la liberté d'expression (2002) dans <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=138&IID=2> et Rapport du Comité des droits de l'homme de l'Organisation de Nations Unies sur le Maroc A/56/40

⁵⁴⁶ Com IDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Rapport annuel de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, 1994 OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev. Du 17 février 1995.

⁵⁴⁷ Déclaration de principes sur la liberté d'expression de la CIDH- DPLE-, Principe 11 in www.cidh.org

⁵⁴⁸ Cour IDH, Affaire Palamara Iribarne c. Chili, 22 novembre 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.doc. et CIDH, Rapport Annuel de la CIDH, 17 février 1995, pp- 190-215

selon lequel les limitations doivent être proportionnelles⁵⁴⁹ et doivent tendre vers un objectif qui ne viole pas les limites qui sont établies par la CADH⁵⁵⁰.

Ceci revient à dire que les lois d'outrage sont incompatibles avec l'objectif d'une société démocratique qui doit forger le débat public. Cette position a été prise par la CIDH dans l'affaire *Verbinsky et autres*⁵⁵¹ contre l'Argentine⁵⁵² qui a reconnu la responsabilité internationale de l'Argentine pour avoir condamné le journaliste Horacio Verbinsky pour délit d'outrage en publiant des informations sur la dictature militaire qui a frappé ce pays entre 1976 et 1983. Dans ce cas, la CIDH a ordonné à l'État argentin d'abroger la loi d'outrage, car son existence méconnaît l'engagement pris par l'État argentin de rendre compatible sa législation intérieure avec les normes de la Convention américaine.

L'existence de ce délit constitue une restriction indirecte à la liberté d'expression car elle dissuade le bénéficiaire du droit de publier ou de faire circuler des idées de toutes sortes contre les fonctionnaires publics. L'existence de cette qualification pénale nuit à la démocratie et empêche la société d'être libre. Son application méconnaît le pacte social et empêche les citoyens de se préoccuper des affaires publiques.

La CIDH dans son rapport sur la compatibilité entre les lois d'outrage et la

⁵⁴⁹ Dans ce sens, la Cour IDH confirme l'application du principe de proportionnalité et de ses sous-principes : approprié, nécessaire, proportionnel au sens strict.

⁵⁵⁰ Cour IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 et 29 Convención Americana sobre Derechos de l'Homme). AC-5/85 du 13 novembre 1985, par. 79.

⁵⁵¹ Le 25 janvier 1999, la CIDH a reçu une plainte présentée par M. Horacio Verbitsky, contre la République d'Argentine. La plainte est en relation avec les condamnations à des peines de prison ou à des réparations civiles prononcées à l'encontre du journaliste et écrivain Horacio Verbitsky; de l'actrice et écrivain Julia Nelly Acher; et du journaliste et dessinateur Tomás Sanz pour des critiques de plusieurs fonctionnaires publics dans leurs publications ou programmes de télévision. Les condamnations ont été prononcées lors de procès pour injures et/ou demandes civiles de dommages et intérêts, présentées par les supposés lésés. Le pétitionnaire soutient que l'État est responsable de la violation des droits des garanties judiciaires et de la liberté d'expression, en relation avec les obligations générales de respect et de garantie, et imposant d'adapter la législation interne, consacrés dans les articles 8, 13, 1(1) et 2, respectivement, de la CADH. Il fait valoir que la condamnation à une peine de prison pour le délit de calomnie ou d'injure, ainsi que l'obligation de payer une indemnisation pour dommage moral, dissuadent les personnes d'exprimer leurs opinions sur les personnes publiques et en conséquence empêchent l'accès de la société à l'information importante sur le travail de leurs autorités.

⁵⁵² CIDH, Rapport No.3/04, *Affaire Horacio Verbitsky c. Argentina*, 24 Février 2004 in <http://www.cidh.org/Default.htm>

Convention américaine sur les droits de l'homme signale : « *le fondement des lois d'outrage contredit le principe qu'une démocratie dûment fonctionnelle est en réalité la plus haute garantie de l'ordre public. Les lois d'outrage prétendent préserver l'ordre public en limitant précisément un droit de l'homme fondamental qui est également internationalement reconnu comme la clé de voûte qui fonde la société démocratique. Quand elles sont appliquées, les lois d'outrage ont un effet direct sur le débat ouvert et rigoureux de la politique publique garantie par l'article 13 et qui est essentiel pour l'existence d'une société démocratique. Sur ce point, invoquer le concept « d'ordre public » pour justifier les lois d'outrage s'oppose directement à la logique qui fonde la garantie de la liberté d'expression et de pensée consacrée dans la Convention* »⁵⁵³.

Il faut tenir compte du fait que les opinions sur les affaires publiques se différencient de celles émises sur des sujets privés. La marge d'appréciation de l'État sur ces affaires est moindre, ce qui permet de comprendre pourquoi la qualification de calomnie et d'injure reconnaît la liberté d'expression et de communication alors que la qualification de délit d'outrage ne la respecte pas. Sur ce point, les organes du système interaméricain de protection des droits de l'homme et la Cour EDH font une distinction entre le destinataire public ou privé d'une information ou d'une communication et le receveur de l'information.

La Cour IDH considère que :

« *En vue de la protection d'une société démocratique, il est nécessaire que le libre débat des idées restreigne le moins possible la liberté d'expression et que la protection de la réputation soit seulement garantie par l'intermédiaire de sanctions civiles quand il s'agit d'un fonctionnaire public ou d'une personne*

⁵⁵³ Com IDH, Rapport Annuel 1994. Chapitre V: Rapport sur la compatibilité entre les lois d'outrage et la convention Américaine des droits de l'homme. Partie IV: Les lois d'outrage sont incompatibles avec l'Article 13 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme parce qu'elles répriment la liberté d'expression nécessaire au bon fonctionnement d'une société démocratique. Aparté B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 février 1995. Approuvé lors de la 88^e période ordinaire de sessions, cité dans le Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression, 2008, in www.cidh.org.

publique. Ainsi, les restrictions doivent être exceptionnelles et spécifiquement signalées par la loi »⁵⁵⁴.

Dans l'affaire *Bergens Tidende et autres contre la Norvège*, la Cour EDH assure que même la mise en cause grave de l'honneur d'une personne et l'intérêt indubitable de protéger la réputation ne peuvent justifier la restriction de la liberté de la presse dans des affaires d'intérêt public. En effet, dans ce contexte de large protection de la liberté d'expression, les affaires d'intérêt public méritent une considération spéciale. L'importance du débat ouvert sur des questions d'intérêt public dans une société démocratique, exige un contrôle scrupuleux de n'importe quel type de restriction. La Cour Européenne a repris les mêmes éléments de motivation dans l'affaire *Lingens*. Elle a alors déclaré que les sanctions pénales établies dans le Code Pénal autrichien étaient contraires à la Convention. A cette occasion, la Cour Européenne a affirmé que :

« [...] les limites de la critique acceptable sont [...] plus amples en ce qui concerne un homme politique que pour un particulier. A la différence de ce dernier, de façon nécessaire et reconnue, il doit faire face à l'analyse aigüe de ses discours et de ses actes, que ce soit de la part des journalistes ou du public en général, et doit par conséquent démontrer une plus grande marge de tolérance. L'article 10 paragraphe 2 permet sans doute que la réputation des tiers –cela s'applique à toutes les personnes– soit protégée, et cette protection s'étend également aux hommes politiques, même quand ils ne se retrouvent pas en qualité de particuliers ; mais dans ces cas, l'assurance de cette protection doit être mesurée par rapport à l'intérêt de la discussion ouverte sur des questions politiques [...] »⁵⁵⁵.

Telle a également été l'opinion de cette Honorable Cour dans l'affaire *Herrera Ulloa* où elle déclare que :

⁵⁵⁴ Com IDH, Troisième Rapport sur la situation des Droits de l'Homme au Paraguay (2001), in www.cidh.org

⁵⁵⁵ Cour EDH, *Affaire Lingens c. l'Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, § 42 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

« [...] Il est logique et convenable que les expressions concernant les fonctionnaires publics ou d'autres personnes qui exercent des fonctions d'une nature publique doivent bénéficier, selon les termes de l'article 13.2 de la Convention, d'une marge d'ouverture à un large débat en ce qui concerne les affaires d'intérêt public, ce qui est essentiel pour le fonctionnement d'un système réellement démocratique. Cela ne signifie pas, en aucune façon, que l'honneur des fonctionnaires publics ou des personnes publiques ne doit pas être juridiquement protégé, mais il doit l'être en accord avec les principes du pluralisme démocratique. Les personnes qui ont une influence sur des questions d'intérêt public se sont volontairement exposées au regard public le plus exigeant et sont par conséquent exposées à un plus grand risque de recevoir des critiques, puisque leurs activités sortent du domaine de la sphère privée pour s'insérer dans la sphère du débat public »⁵⁵⁶.

La doctrine⁵⁵⁷ et la jurisprudence de la Cour EDH se rejoignent pour estimer que la sanction d'un émetteur d'information pour ses critiques envers un fonctionnaire public est disproportionnée. Cependant, afin de déterminer la proportion de la limitation, le tribunal a construit une sorte de graduation en fonction de la responsabilité du fonctionnaire qui est critiqué ; si le fonctionnaire a de hautes responsabilités, la liberté de critique est plus importante, alors que si le fonctionnaire a des responsabilités mineures, la liberté de critique sera moindre⁵⁵⁸. Et quant à la distinction exogène entre une personnalité publique et un particulier, la Cour EDH précise que : « *Les limites de la critique admissible sont plus amples à l'égard d'un homme politique, pris comme tel, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par l'ensemble des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément, l'article 10 paragr. 2 (art. 10-2) permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi,*

⁵⁵⁶ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, § 28 <http://www.corteidh.or.cr/>

⁵⁵⁷ E. BERTONI, Libertad de prensa y derecho penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 76 et ss.

⁵⁵⁸ J-F, FLAUSS, « La Cour Européenne de droits de l'homme et la liberté d'expression », dans « La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe », op.cit. p. 118.

même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques »⁵⁵⁹.

Nous avons cherché à montrer comment la qualification de cette conduite restreint de façon excessive la liberté d'expression en raison de son caractère disproportionné. Dans ce cas la mesure de l'intervention du droit est excessive par rapport au bien juridique protégé. Les sanctions inhibent l'expression des moyens de communication en raison de la peur qu'elles infligent. Mais cela va plus loin si l'on retient que cette restriction empêche l'exercice démocratique de l'opposition et ne reconnaît pas la liberté d'expression comme la clef de voûte de l'édification d'une société libre. L'existence d'une qualification pénale de l'expression contre les autorités publiques empêche la communication entre l'émetteur de l'information, de la communication ou de l'idée, et la société, en raison du caractère intimidant de la sanction pénale. Le processus d'autocensure, aux dires de l'observatoire de la liberté d'expression de la CIDH « *inhibe le débat démocratique et pluriel sur les affaires publiques et crée une ambiance d'autocensure pour l'exercice de la profession* »⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt du 23 octobre 2007, L'arrêt est reproduit sur <http://www.echr.coe.int/echr/>. Et l'affaire Dichand and others c. Autriche, arrêt du 26 février 2002 § 39; Cour EDH, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986 § 42. L'arrêt se trouve in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁵⁶⁰ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH de 2008, p. 51 in www.cidh.org

Section II : La censure de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation

Après avoir exposé les suspensions générales et les restrictions indirectes de la liberté de pensée et d'expression, nous allons aborder la censure qui constitue l'instrument le plus agressif à l'encontre de cette liberté. Historiquement, ce mécanisme date de l'ancien régime monarchique qui empêchait la publication d'écrits qui n'avaient pas l'approbation du roi. L'encyclopédie française la définit comme : « *L'examen qu'un gouvernement fait des ouvrages, des journaux, des dessins, des pièces de théâtre, avant d'en autoriser la parution* »⁵⁶¹. Autant dans l'ancien régime qu'à l'époque républicaine qui ne s'est pas caractérisée par la disparition de son usage, les critiques ont été acerbes. Certaines se sont dressées contre les conséquences économiques qu'elle produisait, car chaque fois qu'il n'était pas possible d'imprimer cela se faisait dans un autre pays, d'autres ont mis en cause la mutilation informative de la société, et les dernières l'erreur politique que son utilisation impliquait. Un des grands critiques de son utilisation fut l'illustre Diderot qui relevait : « *Mais je vois que la proscription, plus elle est sévère, plus elle hausse le prix du livre, plus elle excite la curiosité de le lire ; plus il est acheté, plus il est lu. Et combien la condamnation n'en a-t-elle pas fait connaître que leur médiocrité condamnait à l'oubli. Combien de fois le libraire et l'auteur d'un ouvrage privilégié s'ils l'avaient osé n'auraient-ils pas dit au magistrat de la grande police : « Messieurs, de grâce, un petit arrêt qui me condamne à être lacéré et brûlé au bas de votre grand escalier ». Quand on crie la sentence d'un livre, les ouvriers de l'imprimerie disent : « Bon, encore une édition »* »⁵⁶².

Pendant le XIX^e siècle, la censure a constitué une partie essentielle de l'activité des gouvernements républicains qui ont continué à l'utiliser sans se distinguer de l'usage qui en était fait sous l'Ancien régime. En France par exemple, ce n'est qu'après l'adoption de la loi de 1881 que la censure a cessé

⁵⁶¹ L'encyclopédie (Tome IX, p. 1120), repris de J. MORANGE, Jean, La liberté d'expression, op.cit., p.72

⁵⁶² DIDEROT, Sur la liberté de presse, in Ibidem.

d'être appliquée aux écrits et aux imprimés. Ces démonstrations de respect de la liberté d'expression ont en partie été supprimées pendant les moments de confrontation armée au cours du XX^e siècle comme le démontre la thèse de Christophe Vocat⁵⁶³.

Benjamin Constant la définit comme : « *La censure, violation insolente de nos droits, assujettissement de la partie éclairée de la nation à sa partie vile et stupide, gouvernement des muets au profit des vizirs* »⁵⁶⁴. Cette définition comme la description de Diderot fait référence à l'impossibilité de publier un ouvrage ou à défaut l'obligation de le modifier conformément à l'opinion des censeurs.

En utilisant cette définition et en l'appliquant aux considérations modernes, la censure peut se définir comme l'acte qui permet d'empêcher, d'obstruer et d'éviter la circulation d'information de tout genre, sans considération de frontière. Il existe ainsi une différence entre les restrictions indirectes et cette option. Pour la première, l'émetteur de l'information ou de la communication peut la rendre publique, en assumant les conséquences postérieures, alors que dans le cas de la censure, l'information n'arrive pas jusqu'au public ce qui implique sa non circulation. Les raisons de l'utilisation de la censure sont l'ordre public et les bonnes mœurs, qui permettent à l'État d'avoir une marge d'appréciation grâce à l'utilisation de ce mécanisme.

La censure préalable est pour la Cour EDH « *une violation radicale tant du droit de chaque individu à s'exprimer que du droit de tous à être bien informé, de sorte qu'un des fondements d'une société démocratique s'en trouve touché* »⁵⁶⁵. Les censures préalables les plus importantes dans le système interaméricain sont les suivantes : l'abus de contrôles officiels ou particuliers de journaux, de fréquences radios, ou de matériel et d'appareils utilisés dans la diffusion d'information, entre autres. Il faut souligner que ces restrictions indirectes dans l'alinéa 3 de l'article 13 de la CADH ne sont pas strictes mais énonciatives, à chaque fois que le terme « telles que » est utilisé pour les

⁵⁶³ Voir la thèse de doctorat de C. VOCAT, *La censure des arts graphiques de 1881 à nos jours*, Université de Nantes, 2006, Dactylographiée.

⁵⁶⁴ *Encyclopedia Universalis*, tome 5, p. 202, éd. 1996.

⁵⁶⁵ Cour EDH, *Feldek v. Slovakia*, Arrêt du 12 juillet, 2001, §54 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=feldek%20|%20SLOVAQUIE&sessionId=15466842&skin=hudoc-fr>.

décrire. Dans le système européen, la censure préalable n'est pas interdite, ce qui permet une plus grande marge d'appréciation de la part des États en Europe.

Cette notion englobe une méconnaissance de la liberté d'expression dans ses deux dimensions, personnelle et collective. La première est liée à la possibilité d'exprimer des idées de toutes sortes sans considération de frontière et la seconde, le sacro-saint droit de la société d'être dûment informée.

Nous allons aborder deux notions de censure : une directe et une autre indirecte. Les deux types de censure, dans le cadre de notre analyse, seront étudiés du point de vue de l'État. La censure directe est celle qui implique des actions évidentes de l'État dont l'objectif est d'empêcher la circulation d'une information spécifique. La deuxième a pour objectif de contrôler les médias et, dans ce cas, l'information potentielle qui toucherait les intérêts de ceux qui sont au pouvoir. Dans ce cas, l'État prend des mesures par le biais de mécanismes indirects pour contrôler les médias, ce qui dans de nombreux cas les oblige à modifier leurs contenus afin d'éviter les sanctions légales ou économiques indirectes.

Pour une meilleure compréhension, nous allons adopter une classification dérivée de la jurisprudence des Cours Interaméricaine et Européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de certaines juridictions de certains États parties des traités. Comme dans le cas des suspensions et des restrictions indirectes, l'étude de la censure permettra de connaître les limites des États en ce qui concerne la liberté d'expression et de savoir quel pourrait être le niveau d'intervention du droit par des juridictions internationales à compétence subsidiaire dans le domaine du droit international des droits de l'homme.

§ 1 : Les discours non protégés contre la censure

Rappelons que la censure est un instrument qui réside dans l'action destinée à empêcher la circulation d'information et de communication. Elle se matérialise par des ordres empêchant la circulation de livres, d'émissions de télé ou de radio, de publications dans la presse ou tout autre moyen qui ait pour objet l'interdiction de la diffusion d'une information déterminée.

Dans le système interaméricain, la censure est proscrite par l'article 13. Cependant cette même norme indique qu'il est possible de censurer à l'avance un spectacle public, si celui-ci porte atteinte à la morale de l'enfance et de l'adolescence. De la même façon, le paragraphe 5 de cette même disposition indique que toute propagande en faveur de la guerre et toute apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse sera interdite, ainsi que toute incitation à la violence contre des personnes ou des groupes de personnes de n'importe quelle race, couleur, religion, langue ou origine nationale.

Ces deux exceptions sont explicites dans l'article 13, ce qui révèle que l'interdiction de la censure est partielle dans le système interaméricain. Il est nécessaire de tenir compte du fait que les formes de censure doivent être expressément fixées par la loi et doivent être nécessaires pour assurer le respect des droits ou de la réputation des autres et la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la santé et de la morale publique.

Dans la CEDH, la censure préalable n'est pas énoncée ce qui n'empêche pas que l'article 10 suggère que tout État lié par l'instrument européen puisse prendre des mesures destinées à restreindre cette liberté⁵⁶⁶ ou à censurer, à condition que les mesures soient nécessaires pour assurer le respect et la réputation des autres et qu'elles soient proportionnelles. Cette forme de restriction doit être observée en comprenant que : « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une*

⁵⁶⁶ À ce sujet il faut souligner que dans le système européen, tout État partie est en mesure de restreindre ou de censurer la liberté à condition que la mesure adoptée respecte plusieurs des principes de l'article 10 et que la mesure soit proportionnelle.

des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun
»⁵⁶⁷.

Comme nous pouvons le voir, les deux ordres juridiques coïncident pour permettre la censure. Mais dans le système interaméricain deux conditions sont prévues alors que dans le système européen il n'existe aucune limitation. La seule exigence que l'on retrouve dans les deux ordres juridiques réside dans le fait que les mesures soient justifiées, c'est-à-dire, qu'elles s'appuient sur un ensemble d'arguments qui soient en accord avec les obligations acquises sur le plan international par les États intervenants respectifs.

Dans quelques affaires les tribunaux de droit de l'homme ont estimé que certaines décisions administratives prises par les États qui censuraient une expression étaient en accord avec les traités, alors que pour d'autres, l'intervention débordait le cadre du droit. Dans l'étude de la censure des discours, nous développerons une classification de celle-ci rapporté à la liberté d'expression, en distinguant catégorie permise et catégorie interdite. Ceci nous permettra de déterminer comment les limites de la censure ont été définies au regard de l'interprétation de la liberté d'expression.

A) Les discours contre la convivialité sociale

Dans la liberté d'expression, certains discours ne méritent aucun type de protection et peuvent être censurés. Dans ce contexte les prohibitions proviennent des mêmes traités régionaux de droits de l'homme et de la jurisprudence des tribunaux. Ainsi, dans le système interaméricain la CADH a indiqué qu'il existait des discours contraires à la liberté d'expression et sur lesquels la censure peut s'appliquer. Ils sont abordés dans l'article 13.5 de la CADH⁵⁶⁸ qui considère que la propagande en faveur de la guerre et l'apologie de la haine qui constitue une incitation à la violence est un premier

⁵⁶⁷ Cour EDH, Editions Plon c. France, arrêt 18 mai, 2004 § 42 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Editions%20Plon%20FRANCE&sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>.

⁵⁶⁸ L'article 13-5 de la CADH signale « ...sera interdit par la loi toute propagande en faveur de la guerre et toute apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constituent des incitations à la violence ou toute autre action illégale similaire contre toute personne ou groupe de personnes, dans aucun cas, y compris ceux de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale ».

discours non protégé.

Selon l'observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, deux autres types de discours sont non protégés. Le premier, « *l'incitation directe et publique au génocide, proscrite aussi bien dans le droit international conventionnel -par l'article III-c de la Convention pour la prévention et la sanction du délit de génocide- que dans le droit international coutumier* »⁵⁶⁹. Et le deuxième, « *la pornographie infantile, interdite en termes absolus par la Convention sur les droits de l'enfant (article 34-c), par le protocole facultatif de la Convention sur les droits de l'enfant relatif à la vente des enfants, la prostitution infantile et l'utilisation d'enfants dans la pornographie, et par l'Accord No. 182 de l'O.I.T. sur les pires formes de travail infantile (article 3-b) ; cette prohibition, lue conjointement avec l'article 19 de la Convention américaine sur les droits de l'homme, en vertu de laquelle « tout enfant a le droit à des mesures de protection que sa condition de mineur requiert de la part de sa famille, de la société et de l'État », implique nécessairement que la pornographie infantile, en tant que forme discursive qui lèse violemment les droits prévalant des enfants et de leurs intérêts supérieurs, doit être exclue du rang de protection prévue par la liberté d'expression* »⁵⁷⁰.

Dans le système européen des droits de l'homme, les discours non protégés sont déduits du point 2 de l'article 10⁵⁷¹ et de l'article 17 de la CEDH⁵⁷². Ces discours non protégés coïncident en partie avec ceux proposés par le système interaméricain. Ainsi, le professeur Flauss met l'accent sur le fait que les discours non protégés sont les discours négationnistes ou révisionnistes, les discours de haine et d'intolérance et les discours contre la violence. Au sujet du premier, il faut dire que le fait même de l'antécédent de la seconde

⁵⁶⁹ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 135 in www.cidh.org

⁵⁷⁰ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 135 in www.cidh.org

⁵⁷¹ L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

⁵⁷² L'article n° 17 dispose que nul ne peut utiliser les droits garantis par la Convention dans le but de rechercher l'abolition ou la limitation de ces mêmes droits.

guerre mondiale et l'existence historique de la « Shoah »⁵⁷³ contre les juifs détermine que tout discours de négation de ces faits soit non seulement considéré comme non protégé, mais également interdit et contraire à la liberté d'expression. Quant aux discours de haine et d'intolérance, la Cour EDH a considéré qu'ils ne méritent aucune protection conformément à l'article 10. Enfin, l'incitation à la violence ne mérite pas de protection, car on comprend dans la liberté d'expression, la provocation à laquelle fait écho de façon habituelle des groupes en marge de la société et de façon spécifique les groupes terroristes.

En nous appuyant sur ce qui précède, la place de chacun des discours sera formulée conformément à la jurisprudence des tribunaux régionaux de droits de l'homme.

1) Les discours qui prônent la haine ou l'intolérance ou qui incitent à la violence

Ce type de discours non protégé, selon la Cour EDH coïncide dans ses grandes lignes avec ce que prévoit l'article 13.5 de la CADH dans la mesure où il interdit toute sorte de propagande pour la guerre ainsi que toute apologie de la haine nationale, raciale⁵⁷⁴ ou religieuse qui constituent des incitations à la violence.

La Cour EDH est intervenue à de nombreuses reprises. Dans certains cas le tribunal a rejeté les discours qui incitent à la haine contre les religions ou contre les minorités. Cette position a été influencée, selon Flauss, par une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 30 octobre 1997. Ce texte signale que le discours incitant à la haine : « *couvre toutes les formes d'expression qui propagent, incitent, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de*

⁵⁷³ Sur la « Shoah » voir le documentaire « Shoah » réalisé et dirigé par Claude Lanzmann, 1985. Dans ce sens, voir les mémoires de C. LANZMANN, « Le lièvre de Patagonie », où il commente son film sur l'extermination des juifs dans les camps de concentration et d'extermination de Pologne, Paris, Ed. Gallimard, 2009.

⁵⁷⁴ A ce sujet voir l'article de P. LAMBERT « Racisme et liberté d'expression dans la Convention Européenne des droits de l'homme », pp. 735-742 in Protection des droits de l'homme : La Perspective européenne, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités des immigrés et des personnes issues de l'immigration »⁵⁷⁵.

Remarquons à ce sujet l'affaire Féret contre Belgique⁵⁷⁶ où la Cour a considéré que la condamnation imposée par la justice belge contre le président d'un parti politique d'extrême droite pour avoir proféré des déclarations racistes ne violait pas la liberté d'expression. Pour appuyer la décision, la Cour a eu recours aux conclusions de la Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et à la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 30 octobre 1997.

L'incitation à la haine véhicule un corollaire récurrent de violence. C'est la raison pour laquelle les discours sur la violence sont considérés comme contraires à la liberté d'expression. Dans ce sens, la Cour EDH a développé une doctrine sur ces discours, en estimant qu'un discours peut être organisé sur la violence de façon directe ou indirecte⁵⁷⁷. Dans l'affaire Falakaoglu contre Turquie⁵⁷⁸, la Cour a proposé que les médias qui permettent des expressions de violence engagent leur responsabilité devant la société. Le fait de communiquer n'est pas un mécanisme neutre justifiant de publier toute sorte d'information ou d'idée. En sens inverse, la Cour EDH a été extrêmement complaisante dans l'affaire Jersild contre le Danemark⁵⁷⁹ en retenant qu'un discours discriminatoire d'un invité dans une émission de télévision –*qui a expliqué la similitude entre les traits physiques des noirs et des grands primates*– n'a pas touché la discrimination raciale parce qu'il n'a pas été prononcé par le journaliste. Cette décision témoigne du caractère passionné du débat.

⁵⁷⁵ Recommandation du Comité de Ministres du Conseil d'Europe du 30 octobre, 2007 cité par Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression, dans « La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe, Dalloz, Paris, 2008, p.126.

⁵⁷⁶ Cour EDH, Affaire Féret c. Belgique, arrêt du 16 juillet 2009 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁵⁷⁷ Cour EDH, Affaire Halis Dogan c la Turquie, arrêt du 10 octobre, 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28863605&skin=hudoc-fr&action=request>

⁵⁷⁸ Cour EDH, Affaire Falakaoglu c la Turquie, arrêt du 23 janvier, 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28863648&skin=hudoc-fr&action=request>

⁵⁷⁹ Cour EDH, Affaire Jersild c. le Danemark, arrêt du 23 septembre, 2003 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28863681&skin=hudoc-fr&action=request>

La définition indirecte de l'incitation à la violence présente des incertitudes. Dans le système américain, la Cour IDH s'est aussi prononcée dans un cadre normatif similaire.

2) Les discours publicitaires à l'encontre de la santé

Avant d'aborder ce discours non protégé par la liberté d'expression, il est nécessaire d'apporter une précision. Le système interaméricain des droits de l'homme n'établit pas que le discours contre la santé est censurable. Au contraire, dans le système européen, bien qu'il ne soit pas inclus dans l'article 10, le discours a été interdit grâce à la jurisprudence de la Cour EDH.

Dans l'article 10 de la CEDH ainsi que dans l'article 13 de la CIDH, la publicité fait partie des discours qui doivent être protégés comme une expression légitime. Pour le professeur Berger, la publicité est « *une action psychologique sur le public à des fins commerciales qui imprègne de manière parfois obsédante la vie quotidienne des nations développées du Vieux continent et envahit inexorablement les nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale* »⁵⁸⁰.

Cette forme d'expression, la publicité, a fait l'objet de nombreuses discussions⁵⁸¹. A titre d'exemple, dans le droit nord-américain, elle a été exclue du domaine de protection du premier amendement après la décision de la Cour Suprême Valentine contre Chrestensen⁵⁸² qui l'a rajoutée aux discours non protégés définis⁵⁸³ dans l'affaire Chaplinsky contre le New Hampshire⁵⁸⁴. Plus tard, la professeur Zoller nous rappelle que la Court Suprême de justice dans l'arrêt Virginia State Board of Pharmacy contre Virginia Citizens Consumers Council « *a reconnu que la publicité pouvait être,*

⁵⁸⁰ V. BERGER, Publicité professionnelle et liberté d'expression, in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Bonn, Carl Heymans Verlag KG, 2000, p. 103

⁵⁸¹ Voir l'article de G. COHEN- JONATHAN- La Liberté d'expression et le message publicitaire, RTDH janvier 1993, no spécial : Liberté d'expression, son étendue et ses limites, p. 69.

⁵⁸² Cour Suprême de Justice des États Unis, Valentine c. Chrestensen, 316 US (1942).

⁵⁸³ Sur ce système de classification remarquons l'article écrit par le professeur D. FARBER « L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain in « La liberté d'expression aux États Unis et en Europe, Paris, Dalloz, 2008, p. 71-95

⁵⁸⁴ Cour Suprême de Justice des États Unis, Chaplinsky c. New Hampshire, 315 US 568- 572 (1942).

dans certaines circonstances, un mode d'expression protégée par le premier amendement car : « Tant que nous vivrons dans une économie fondée sur la liberté d'entreprise, l'allocation des richesses se fera toujours en règle générale par une multitude de décisions individuelles privées. Il est donc d'intérêt public que ces décisions s'agrègent les unes aux autres sur le fondement de choix raisonnés et éclairés. Pour qu'il en soit ainsi, la libre circulation de l'information commerciale est indispensable »⁵⁸⁵.

En prenant comme référence la dernière décision de la Cour Suprême des Etats-Unis, le système interaméricain a mis en place un système dans lequel il n'existe pas de censure préalable sur la publicité, uniquement des responsabilités ultérieures. Il est ainsi permis de déduire que dans des cas d'exceptions –*prévus dans l'article 13 de la CADH*- le système interaméricain pourrait utiliser la censure, éventualité qui ne mentionne pas la publicité sur des produits qui pourraient nuire à la santé.

Par contre dans le système européen, il n'existe aucun empêchement à la pratique de la censure en général, ce qui permet à l'État de détenir une plus grande marge d'appréciation conformément aux limites permises par l'article 10 de la CEDH.

La jurisprudence de la Cour EDH a approfondi son utilisation par l'État. Ainsi dans l'affaire Hachette Filipacchi Presse Automovile et Dupuy contre la France⁵⁸⁶, le tribunal a considéré que l'État français n'avait pas violé la liberté d'expression des revues en cause qui avaient utilisé de la publicité pour la consommation de cigarettes⁵⁸⁷. La Cour EDH a décidé que la lutte contre le fléau de la cigarette primait sur tout autre intérêt économique et même sur certains droits fondamentaux et que les sanctions devaient être prises en fonction du dommage que ce fléau mondial cause à l'être humain. En ce qui concerne l'excès des amendes, la Cour EDH a rappelé qu'elles doivent

⁵⁸⁵ E. ZOLLER, La Cour Suprême des États-Unis et la liberté d'expression in « La liberté d'expression aux États Unis et en Europe, op.cit.,p. 275.

⁵⁸⁶ Cour EDH, Affaire Hachette Filipacchi Presse Automovile et Dupuy c. Francia, arrêt 5 mars 2009 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁵⁸⁷ Cette position de la Cour EDH peut s'expliquer par la décision Hertel c. la Suisse, arrêt du 25 août 1998 qui protège de façon extrême la critique publicitaire contre la consommation d'aliments par l'être humain, quand ils sont réchauffés au micro-onde. Dans cette décision, le tribunal privilégie la liberté d'expression quand il dénonce des faits ou des circonstances qui mettent en danger la santé de l'être humain.

également être prises en fonction des bénéfices perçus par les revues sanctionnées. Cette décision de la Cour EDH coïncide avec les décisions prises par une grande partie des pays de l'Union Européenne quant aux législations antitabac. En France par exemple, la Cour de Cassation ne donne pas la primauté à la liberté d'expression en cas de publicité directe ou indirecte qui puisse engendrer un danger public comme la santé⁵⁸⁸. Le juge a considéré que la publicité ne respectait pas l'article 355-25 du Code de la Santé Publique et a donc confirmé l'obligation de supprimer toute information qui inciterait à la consommation de cigarettes ou d'alcool.

Dans le système interaméricain, comme nous l'avons indiqué, des décisions ont été prises dans ce domaine. Cependant devant une prise de décision, il est nécessaire de tenir compte qu'il n'est pas possible, selon la CADH de censurer cette publicité, mais seulement de la restreindre conformément à l'étude de proportionnalité réalisée par le juge devant la santé qui est en jeu. Il est possible de penser qu'une publicité faisant la promotion de cigarettes ou d'alcool puisse être retirée, après avoir été publiée, en proposant une action qui ne repose pas sur la censure préalable, mais dans le cadre de responsabilités ultérieures provenant de la publication. Ainsi, la restriction n'est possible que dans le cadre de supposés responsabilités ultérieures ou de limitations, après une analyse de proportionnalité des mesures – adéquation, nécessité et proportionnalité au sens concret- qui essaierait de résoudre la tension entre la liberté d'expression et l'intérêt juridiquement protégé de la santé.

Par exemple, dans le cas de l'Argentine, les professeurs Bovino et Chirino⁵⁸⁹ ont défendu cette dernière position en considérant que l'article de la loi 1.719 « Loi de contrôle du tabac » de 2006 est contraire à l'article 13 de la CADH pour permettre la censure préalable de l'information qui fait la promotion de produits élaborés avec du tabac. Pour ces auteurs, l'article 13 interdit la censure et ils permettent son application de façon textuelle, sans faire aucune mention sur la publicité. Cette position théorique dans le cas argentin peut être transmise sur tout le continent dans la mesure où la CADH a été ratifiée

⁵⁸⁸ Cour de Cassation française- CCAF-, arrêt du 21 février 1996.

⁵⁸⁹ A. BOVINO y J.P. CHIRINOS, Publicidad comercial y libertad de expresión: Las tabacaleras contraatacan, p. 1-17 in Blog de Alberto Bovino « No hubo derecho » in <http://nohuboderecho.blogspot.com/2010/03/leyes-antifumadores-y-libertad-de.html>.

par les Etats américains et son exigibilité implique l'adoption des standards qui dérivent de ses positions ainsi que les décisions proférées par la Com IDH et par la Cour IDH.

Au vu de ce qui précède, il est possible de conclure que la marge d'appréciation de l'État est beaucoup plus importante dans le système européen ou comme l'a dit le professeur Oetheimer, sa « protection est plus faible⁵⁹⁰ » que dans le système interaméricain où la CADH a elle-même entendu que les Etats n'auraient la faculté de censurer aucun discours, sauf dans le cas où elle le signalerait expressément.

B) Les discours contre certains groupes vulnérables

Les discours contre les groupes vulnérables ne sont pas protégés par la liberté d'expression et peuvent faire l'objet de censure. Leur étude dans le cadre de cette thèse sera divisée en deux. Le premier renvoie au discours effectué contre l'enfance et l'adolescence. Alors que le second fait référence aux discours qui défendent les crimes de guerre et de lèse humanité.

1) Les discours à l'encontre de la protection de l'enfance et de l'adolescence

En ce qui concerne les mineurs, l'article 13 de la CADH permet de prévoir une censure préalable de toute émission ou information si elle nuit à l'enfance ou à l'adolescence. Il est nécessaire d'observer dans ce sens que dans la plupart des législations internes des États américains, il existe des organismes de régulation des contenus télévisés qui doivent veiller au respect de la CADH. Ce contrôle est peu sévère dans la plupart des cas en Amérique latine en raison du degré plus restreint de la marge d'appréciation de l'État sur la liberté d'expression.

En Europe, ce mode de protection des droits de l'homme a été abordé non

⁵⁹⁰ M. OETHEIMER, L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume- Uni, Paris, Éditions Pedone, 2001, P.97.

seulement à l'échelle du Conseil de l'Europe, mais aussi au sein de l'Union Européenne. En 1988 est entrée en vigueur la Convention Européenne sur la télévision transfrontière complétée par un protocole entré en vigueur en octobre 1998. Elle prévoit que les États européens bénéficient d'une marge d'appréciation en ce qui concerne la protection des mineurs et la publicité⁵⁹¹. Cette posture réglementaire prend en compte des cas débattus par la Cour EDH. Dans l'affaire Handyside contre le Royaume-Uni⁵⁹² l'État a bénéficié d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la protection de ses mineurs. Dans ce sens, le tribunal a considéré que le livre « The Little Red Schoolbook » ne devait pas être publié et que l'édition devait être confisquée.

Sur le plan intérieur, les États ont pris des mesures dans le but de protéger les mineurs. Quant aux États-Unis, la Child Online Protection Act (1998) et le Patriot Act (2001) permettent d'identifier les usagers afin de protéger l'identité des enfants. En France c'est une loi spéciale, la loi du 16 juillet 1949 visant des publications destinées à la jeunesse. Pour mettre en œuvre cette protection « *la Commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence* » a été créée tandis que le Ministère de l'intérieur a été doté, sur l'aval de la Commission, du pouvoir d'interdiction des publications destinées aux mineurs qui constituent « *un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou*

⁵⁹¹ La jurisprudence de la Cour EDH a également déclaré à ce sujet que les États peuvent soumettre les entreprises à un régime d'autorisations. La jurisprudence de la Cour EDH a également déclaré à ce sujet que les États peuvent soumettre à un régime d'autorisation les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision, mais cette clause d'autorisation a une portée réduite, in Arrêt Radio AG c Suisse, 28 mars 1990 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

⁵⁹² Cour EDH, Affaire Handyside c le Royaume Uni, Arrêt du 7 décembre 1976. Dans ce cas, un ouvrage polémique qui s'adresse à un public adolescent a été publié en Angleterre. La réaction des autorités a été de saisir, de confisquer et de détruire ce matériel, conformément à une loi existant dans ce pays qui interdit les publications obscènes. Un procès pénal a aussi été engagé contre le propriétaire de la maison d'édition qui a mis en circulation ce livre, et l'a condamné à une amende. Le propriétaire a alors introduit un recours devant la Commission Européenne de Droits de l'Homme en alléguant la violation des articles 10, 14 et 18 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du protocole No1.

La Cour a statué qu'il n'y avait pas de violation du droit à la liberté d'expression, dans la mesure où la décision prise était en accord avec la législation anglaise sur les publications obscènes, que cette législation était elle-même en accord avec la possibilité de restreindre la liberté d'expression consacrée dans l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle cherchait à protéger la morale de la population jeune, à <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

pornographique »⁵⁹³. En Amérique latine, on en trouve un exemple en Colombie avec la loi 679 de 2001 qui protège les mineurs contre l'exploitation, la pornographie et le tourisme sexuel, ainsi que d'autres formes d'abus sexuels réalisés par Internet, en établissant des mesures préventives et des sanctions⁵⁹⁴. D'autres pays, comme l'Australie, ont la même approche de la régulation au sujet des mineurs⁵⁹⁵.

On retiendra que pour la protection de l'enfance et de l'adolescence, les tribunaux des droits de l'homme concèdent une marge d'appréciation plus large à l'État en ce qui concerne leur capacité de censure. Il faut comprendre que l'action de censure doit s'accorder avec le principe de proportionnalité et se fonde donc sur l'analyse stricte du besoin de recourir à la mesure prise par l'État.

2) Les discours à l'encontre des victimes de génocide et de crimes de lèse humanité

Le négationnisme se caractérise par l'action d'une personne ou d'un groupe de personnes qui nient l'existence de l'holocauste –Shoah– commis par l'Allemagne nazi contre le peuple juif. Dans ce sens, plusieurs États européens⁵⁹⁶ ont qualifié de délit les expressions dans ce sens. Dans le cas de la France, par exemple, la loi Gayssot⁵⁹⁷ incrimine ces actes, empêchant

⁵⁹³ Article 14 de la loi de 1949 et présentation des deux limitations, dans Fialaire, Jacques et Mondielli, Eric Droits fondamentaux et libertés publiques, op.cit. p. 513.

⁵⁹⁴ Cette loi a conduit à la mise en place du programme gouvernemental « Internet Sain ». Au sujet de la loi et du programme, voir <http://www.internetsano.gov.co/ley679.htm>.

⁵⁹⁵ Nous pouvons en voir un exemple en Australie avec le *Broadcasting Services Amendment (Online Services) Act 1999* qui protège les enfants, en obligeant les Internet Service Provider (ISP) à bloquer l'accès aux sites de contenu pour adultes qui se trouvent en dehors de l'Australie.

⁵⁹⁶ Il est intéressant de noter l'exemple du cas de la Belgique où le thème du négationnisme a fait l'objet de controverses judiciaires. Dans ce cas spécifique les requérants ont considéré que la loi du 23 mars 1995 sur le négationnisme violait les articles 10 et 11 de la constitution belge. Voir la Cour d'Arbitrage, No.45/96, 12 juillet 1996, Verdeke et Debouille in O. DE SCHUTTER, ET S. VAN DROOGHENBROECK, Droit International des droits de l'homme devant le juge national, Larquier, Bruxelles, 1999, pp. 587-597.

⁵⁹⁷ La loi Gayssot a été votée le 13 juillet 1990. Elle a interdit la négation de crimes reconnus par le Tribunal de Nuremberg. Sur une analyse de la loi voir l'article de BEIGNIER, B, De la langue perfide, délivre-moi, Réflexions sur la loi du 13 juillet, 1990 dite loi Gayssot, Melanges Mourgeon, Bruyland, Bruxelles, 1998, p.497.

la publication de livres et les sanctionne même⁵⁹⁸ par des peines de prison. Ce genre de législation se retrouve dans d'autres États européens, en Allemagne, en Autriche et en Belgique entre autres. La raison de cette qualification est évidente : l'Europe a connu la guerre et, par conséquent, il est nécessaire d'éviter les expressions favorisant la résurgence d'expressions racistes visant l'élimination d'un semblable. Néanmoins ce type de législation a été étendu dans des pays d'Europe, comme la France pour concerner les discours sur le génocide arménien par les Turcs en 1915-16, l'esclavage et les aspects positifs de la colonisation, produisant de multiples débats entre les historiens et les juristes sur la façon de réprimer la dissidence dans les cas où il existe une vérité officielle⁵⁹⁹.

Il n'existe pas dans le système interaméricain de législation qui pénalise le négationnisme, les États n'ayant pas été conduits à légiférer dans le même sens qu'en Europe. Pour cette raison, la Cour IDH ne s'est pas prononcée sur ce sujet. Malgré cette situation, l'article 13 de la CADH confère la faculté d'empêcher les expressions d'apologie de la guerre et de la haine, ce qui offre une voie légale de censure face à ce genre d'expressions. Nous pourrions comparer le traitement du négationnisme aux États-Unis et en France⁶⁰⁰, deux pays qui abordent ce cas de façon différente. Pour les juges américains, le discours de haine ou de négation ne peut être restreint car cela porterait

⁵⁹⁸ Il faut dire à ce sujet que la publication de romans qui proposent des critiques, ou sont négationnistes ne sont pas sanctionnés dans la mesure où il s'agit de fiction. Le cas le plus marquant est celui du roman écrit par J. LITTEL « Les Bienveillantes » qui montre l'horreur du génocide vu par le bourreau de la guerre, et qui dans le texte se rend compte de l'enfer qu'il a produit. Bien que le livre ait été critiqué, il a gagné le prix Goncourt du roman en 2006 et s'est vendu à plus de 700 000 exemplaires en France. À l'inverse, le livre « Le procès contre Le Pen », roman qui mentionne l'homme politique d'extrême droite français, a été considéré diffamatoire par la législation interne française et la Cour EDH a considéré que l'auteur n'avait pas écrit un roman de fiction, mais un livre qui portait atteinte à la dignité de l'homme politique, voir Cour EDH, , Affaire London, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt du 23 octobre 2007, L'arrêt se trouve sur <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁵⁹⁹ Sur ce sujet voir, l'arrêt de la Cour EDH, Arrêt Chauvy et autres c. la France, 29 juin 2004, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28863712&skin=hudoc-fr&action=request>

⁶⁰⁰ Pour une analyse approfondie sur cette question en France, voir J. MAILLARD, Freedom of Speech, The Internet and the cost of control : The french example dans « International law and politics, Vol. 33, 2001, p.1179-1234. Cet article aborde la perspective comparée du contrôle français et américain sur Internet. Cette analyse présente la différence entre le premier amendement de la constitution des États-Unis qui interdit tout type de législation qui empêche son utilisation et la législation française qui propose la possibilité d'un contrôle législatif sur cette liberté.

atteinte à la liberté d'expression consacrée dans le premier amendement de la Constitution⁶⁰¹.

Dans le Système Européen et dans le cadre onusien, les instances se sont prononcées sur ce point. Ainsi dans l'affaire Garaudy contre France, la Cour EDH⁶⁰² a considéré que le livre « Les mythes fondateurs de la politique israélienne » mis en cause était négationniste, ce qui impliquait une attaque contre les valeurs fondamentales de la CEDH. Dans une autre décision très controversée tranchant l'affaire Lehideux et Isorni contre France⁶⁰³, le tribunal a restreint la marge d'appréciation de l'État en considérant qu'une publication du journal *Le Monde* intitulée « Français, vous avez la mémoire courte » qui expliquait la vie du maréchal Philippe Pétain, ne violait pas la liberté d'expression, alors que la juridiction nationale française avait condamné les auteurs comme négationnistes et révisionnistes. Le tribunal a considéré que les requérants ont publié l'article en tant que membres de l'association pour la révision du procès du gouvernant français, collaborateur des nazis pendant la seconde guerre mondiale et qu'il leur était permis de continuer leur défense dans n'importe quel média. Cette position radicale de la Cour EDH s'est quelque peu atténuée dans l'affaire Giniewski contre France⁶⁰⁴ où le tribunal a considéré qu'un article rédigé par le journaliste, sociologue et historien Paul Giniewski dans lequel il expliquait l'origine de la Shoah, en engageant la responsabilité du pape, en tant que leader de l'église catholique, n'impliquait aucune diffamation contre la communauté chrétienne. Cette argumentation de la Cour EDH a entraîné la condamnation de l'Etat français qui avait sanctionné le journaliste pour considérer que ses propos étaient diffamatoires, à chaque fois que dans une société démocratique il est nécessaire de présenter les débats pour établir l'origine et la vérité des faits.

⁶⁰¹ L'arrêt United-States district Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 nov. 2002, est un exemple de cette position juridique qui a permis au portail Yahoo de faire de la publicité pour la vente d'objets du nazisme, ce qui a conduit à une plainte et à un conflit juridique avec la justice française.

⁶⁰² Cour EDH, Affaire Garaudy c. France, arrêt du 24 mars 2003, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=14558136&skin=hudoc-fr&action=request>.

⁶⁰³ Cour EDH, Affaire Lehideux et Isorni, arrêt du 23 septembre 1998, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=14558136&skin=hudoc-fr&action=request>.

⁶⁰⁴ Cour EDH, Affaire Giniewski c. France, arrêt du 31 janvier, 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=50846421&skin=hudoc-fr&action=request>

Dans le système onusien, le Comité des droits de l'homme du Pacte International des droits civils et politiques a considéré dans l'affaire Faurisson⁶⁰⁵ que les condamnations imposées pour violation des lois qui pénalisent le négationnisme ou les discours de haine, ne vont pas à l'encontre de la liberté d'expression.

Ainsi, nous observons qu'en Europe⁶⁰⁶ le thème du négationnisme a largement dépassé les analyses jurisprudentielles. Il en résulte que l'existence de lois pénalisant ces conduites est conforme aux engagements vis à vis de la CEDH. En revanche, la Cour IDH n'a connu aucun cas de ce type en Amérique latine, bien que la possibilité d'accepter des lois qui pénalisent ces conduites existe.

§ 2 : Censure indirecte sur les supports de communication par le biais des abus officiels directs ou indirects

Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, la censure indirecte peut se définir comme l'acte par l'intermédiaire duquel l'État tente de contrôler les moyens de communication⁶⁰⁷ ou l'information en empêchant leur expression. Dans ce cas, les médias sont contraints de modifier leurs contenus afin d'éviter les sanctions légales. En cas de refus, l'annulation des licences est ordonnée, où l'empêchement de communiquer par le biais d'ordres administratifs contre les blogs, pages Web ou tout autre moyen informatique, ou par le biais de sanctions économiques au travers de la publicité commerciale ou de l'imposition d'amendes.

Ce type de censure est utilisée sur les deux continents, tant européen qu'américain. Cependant, dans le système interaméricain des droits de

⁶⁰⁵ Comité de droits de l'homme- Com DH-, affaire Faurisson c. France, par. 9.3 (1996). Dans la juridiction interne française l'affaire s'est conclue avec l'arrêt du T.G.I. de Paris, le 13 Novembre 1998 sur www.meldpunt.nl/juris/francejp3.html.

⁶⁰⁶ Un affaire qui n'est pas arrivé jusqu'à la Cour EDH, mais qui est important sur cette typologie, est celui de l'historien D. IRVING qui a été condamné à trois ans de prison –le 20 février 2006-pour le viol de la loi d'Interdiction –du 8 mai 1945- en Autriche pour avoir prôné l'inexistence de la Shoah.

⁶⁰⁷ Sur ce point, on comprend par moyen de communication non seulement les médias traditionnels mais également ceux non traditionnels qui utilisent les nouvelles technologies, comme les blogs ou des véhicules d'information informatique qui peuvent continuer à exprimer leur pensée.

l'homme, la CADH établit dans son article 13.3 que « *Le droit d'expression ne peut être restreint par des voies ou des moyens indirects, tels que l'abus de contrôles officiels ou particuliers de papier pour les journaux, de fréquences radioélectriques, ou de matériel et d'appareils utilisés pour la diffusion d'information ou de tous autres moyens qui chercheraient à empêcher la communication et la circulation des idées et des opinions* ». Cette disposition concorde avec un document sans portée juridique, la Déclaration de principes sur la liberté d'expression de la Commission Interaméricaine qui indique dans son principe 5, que « *la censure préalable, l'interférence ou la pression directe ou indirecte sur toute expression, opinion ou information diffusée par le biais de tout média oral, écrit, artistique, visuel ou électronique, doit être interdite par la loi. Les restrictions de la circulation libre des idées et des opinions, ainsi que l'imposition arbitraire d'information et la création d'obstacles au libre flux de l'information, violent le droit à la liberté d'expression* » et dans son principe 13, que « *l'utilisation du pouvoir de l'État et des ressources de fonds publics ; la concession d'avantages de droits de douane ; l'octroi arbitraire et discriminatoire de publicité officielle et de crédits officiels ; l'attribution de fréquences de radio et de télévision, entre autres, dans le but de faire pression et de punir ou de récompenser et privilégier les travailleurs sociaux et les médias en fonction de leurs opinions informatives, porte atteinte à la liberté d'expression et doit être formellement interdit par la loi. Les médias sociaux ont le droit d'effectuer leur travail de façon indépendante. Les pressions directes ou indirectes qui tendent à museler le travail d'information des travailleurs sociaux sont incompatibles avec la liberté d'expression* ».

Cette conception ancrée dans le système interaméricain laisse entrevoir l'impossibilité de censurer en partant du point de vue indirect. Dans le système Européen il est nécessaire d'établir la violation du droit suivant la jurisprudence de la Cour EDH. Nous nous emploierons à construire des typologies qui mettront en évidence les modes d'actions des États dans l'application de cette censure. Cela permettra de rationaliser les limitations de la liberté d'expression, et de comprendre les niveaux plus ou moins importants de contrôle ou d'appréciation de l'État au regard de la liberté

d'expression.

Soulignons que la jurisprudence aussi bien de la Cour EDH que de la Cour IDH n'a pas embrassé l'ensemble des situations, ce qui nous conduit à anticiper ce que pourrait être la jurisprudence des deux tribunaux régionaux des droits de l'homme. Nous ambitionnons de rechercher, de nouvelles formes de limitation de la liberté d'expression par l'État en détectant ses nouvelles formes d'intervention.

A) L'intervention excessive de l'État dans les entreprises de télécommunications

Un préalable est nécessaire avant d'envisager le contrôle excessif de l'État sur les *entreprises de télécommunications, les fournisseurs d'accès à Internet (ISP)*⁶⁰⁸, *les fournisseurs de Hosting*⁶⁰⁹ (hébergement de données), *les plateformes de la Web 2.0 (blogs, plateformes de vidéo, photos et autres contenus)*⁶¹⁰ ainsi que *les annuaires et les moteurs de recherche sur Internet, qui fournissent le service Internet*⁶¹¹. Il est nécessaire de poser deux

⁶⁰⁸ Internet Service Provider – Fournisseur de service Internet). Entreprise chargée de brancher et de fournir l'Internet à ses usagers par un moyen (câble, sans fil, par satellite, portable, téléphone, etc.) dans <http://www.alegsa.com.ar/Dic/isp.php>.

⁶⁰⁹ Hosting (hébergement également connu sous le nom d'hébergement Web, web site hosting, web hosting ou webhosting) consiste à héberger, servir et garder des données pour un ou plusieurs sites Web. La connexion rapide à Internet est plus importante que l'espace mémoire de l'ordinateur pour garder les archives du site Web. La plupart des services de hosting offrent des connexions qui reviendraient à un coût très élevé pour un individu. Utiliser un service de hosting permet à plusieurs compagnies de partager le coût d'une connexion rapide à Internet pour accéder aux données de leur site Web, sur <http://www.masadelante.com/faq-hosting.htm>.

⁶¹⁰ La Web 2.0 est la représentation de l'évolution des applications traditionnelles vers les applications Web destinées à l'utilisateur final. La Web 2.0 est une attitude plus qu'une technologie. La Web 2.0 est la traduction réalisée à partir d'applications traditionnelles vers les applications qui fonctionnent sur le Web destinées à l'utilisateur final. Il s'agit d'applications qui permettent de collaborer et de services qui remplacent les applications de bureau. in C. VAN DER HENST ¿Qu'est-ce que la Web 2.0? www.maestrosdelweb.com/editorial/web2/

⁶¹¹ Ce sujet n'a pas été abordé par la jurisprudence relative à la protection des droits de l'homme. Cependant la doctrine a abordé ce phénomène de façon générale dans l'étude de la liberté d'expression. F. RADUSZYNSKI, Le contrôle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'Internet, Th Paris XII, 2002, Aubert, Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen, Mel, COHEN JONATHAN, Bruylant, 2004, Pag 99, Liberté d'expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet selon la Cour Suprême des États-Unis, RDP, 1997, p. 1637, K. KLEBES- PELISSIER, Internet et la liberté d'expression (à propos de l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12, p. 393 sv., Liberté d'expression dans le champ de l'audiovisuel et Convention Européenne des droits de l'homme: les nouvelles Technologies, Mel Robert, Libertés, Montchrestien, 1998, p.391 s. L-E. PETTITI, Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel, Liber amicorum, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995, p.319 s.

questions : la jurisprudence et les principes élaborés pour la liberté d'expression sont-ils applicables aux nouvelles technologies et, en particulier, à Internet ? L'État -que ce soit par l'intermédiaire d'un acte administratif, d'une loi ou d'une décision judiciaire- peut-il de façon indirecte contrôler l'information d'un usager ou empêcher son accès à l'information ?

Avant d'aborder ces questions, il est important de souligner qu'Internet a modifié la façon de produire, de recevoir et de distribuer l'information⁶¹², sans parler de la vitesse de celle-ci. Cet outil technologique se définit comme un réseau informatique composé par un ensemble d'ordinateurs déployés dans le monde entier et connectés entre eux permettant un échange d'informations⁶¹³. Pour le Rapporteur Spécial de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies chargé de la liberté d'expression, Internet est un moyen de communication démocratique parce qu'il donne au public et aux personnes un accès aux sources d'information et permet à tous de participer activement aux processus de communication⁶¹⁴.

La CIDH a rappelé qu'Internet, « *constitue un instrument qui a la capacité de renforcer le système démocratique, de contribuer au développement économique des pays de la région, et de renforcer le plein exercice de la liberté d'expression. Internet est une technologie sans précédents dans l'histoire des communications qui permet un accès et une transmission rapide sur un réseau universel d'information multiple et variée. Optimiser la participation active des citoyens grâce à l'usage d'Internet contribue au développement politique, social, culturel et économique des nations, tout en renforçant la société démocratique. Ainsi, Internet a la possibilité d'être un allié pour promouvoir et diffuser les droits de l'homme et les idéaux démocratiques, ainsi qu'un instrument d'envergure pour le travail des organisations des droits de l'homme (...)* ». ⁶¹⁵

⁶¹² Voir P-F. DOCQUIR, Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis, Bruylant, 2007. p. 157.

⁶¹³ Repris sur http://www.coepa.info/intro_internet/definicion_de_internet/index.php.

⁶¹⁴ Nations Unies, Commission de Droits de l'homme, Rapporteur Spécial, Rapport E/CN.4/2002/75, par. 102 et 110 in D. O'DONNELL, Derecho Internacional de derechos humanos, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004, p. 688

⁶¹⁵ CIDH, Rapport Annuel 1999; Rapport Annuel du Rapporteur Spécial pour la liberté d'expression 1999; Chapitre II. Evaluation de l'état de la liberté d'expression dans l'hémisphère ; D. Internet et la liberté d'expression cité par le Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p.61.

Pour répondre à la première question, il est nécessaire d'avertir que le principe de neutralité face au moyen utilisé doit être pris en compte, ce qui permet de comprendre qu'indépendamment du support utilisé pour diffuser ou accéder à l'information, les principes appliqués ne sont pas modifiés. Internet en tant qu'outil n'a pas modifié de façon fondamentale la diffusion d'information, il a modifié le temps⁶¹⁶. La rapidité et la masse de cette information rend la régulation, dans de nombreux cas, inefficace et fait que les procédures judiciaires deviennent absolument anachroniques⁶¹⁷. Internet présente une connotation dynamique et statique de l'information. Des sites comme Wikipedia qui permettent de modifier l'information en ligne, les chats, les blogs –mécanisme de dialogue entre émetteur et récepteur–, les courriels caractérisent ce nouvel instrument de liberté d'expression. Dans cet ordre d'idées, bien qu'il n'existe pas de jurisprudence ni auprès de la Cour EDH ni auprès de la Cour IDH, nous envisagerons les défis auxquels sont confrontées les Cours régionales de droits de l'homme devant les nouvelles technologies.

Quant à la deuxième question, nous observons que comme dans les affaires concernant des suspensions et des interdictions de la liberté d'expression, le contrôle de proportionnalité conduit par le juge, repose sur la législation nationale applicable. Sur ce point, l'intervention « excessive » est déterminée en vérifiant si l'ensemble de l'argumentation de l'accusateur est raisonnable, donc si les arguments invoqués par le juge sont nécessaires pour une société démocratique et s'ils sont proportionnés⁶¹⁸. Aux États-Unis par exemple, le principe de non intervention de l'État sur les opérateurs est établi dans la section 230 de la Communication Decency Act -1996-, qui met à l'abri les différents fournisseurs et usagers des services informatiques interactifs, des actions en responsabilité des contenus de l'information publiée par d'autres.

⁶¹⁶ Pour un article intéressant sur ce sujet voir C. G. GREGORIO, de l'Institut de Recherche pour la Justice, travail présenté lors du Séminaire "Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC", Quito, Ecuador, 27 et 28 juin 2006, organisé par FLACSO avec le soutien de l'IDRC sur <http://www.ijlac.org/docs/censura.htm>

⁶¹⁷ Sur ce sujet, voir le rapport « Silenced: an international report on censorship and control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust, Septembre 2003 dans

⁶¹⁸ Sur ce sujet, les tests de proportionnalité seront développés dans la première partie de la seconde partie de la thèse sur les conditionnements internationaux de la marge nationale d'appréciation dans le domaine de la liberté de pensée et d'expression.

En Europe, dans le cadre de l'Union Européenne cela est défini par la Directive 2000/31/CE adoptée par le Parlement Européen et le Conseil des communautés qui distingue les niveaux de responsabilité des différents intermédiaires d'Internet. Cette directive établit le principe de simple transmission et le principe « d'inexistence de l'obligation générale de contrôle ». Cette législation fait que l'État perd la capacité de contrôle des entreprises de communications.

Cependant, malgré ces règles strictes, les entreprises de télécommunications ont été exposées à des poursuites judiciaires en raison du genre d'information qu'elles incluent sur leurs portails. En France ce sujet a fait l'objet de plusieurs controverses. Dans un litige en droit interne, l'État français a condamné le propriétaire d'un café Internet qui a scanné un livre -acheté légalement, mais censuré par la justice- à la suspension de sa ligne téléphonique⁶¹⁹. On citera aussi l'affaire Yahoo qui a conduit à un affrontement entre les autorités judiciaires nord-américaines et françaises quant à la détermination du pouvoir de sanctionner le portail Yahoo pour avoir permis la mise aux enchères d'objets nazis⁶²⁰. Le différend a porté sur la compétence des juges nationaux. Pour le juge français⁶²¹, la France était compétente dans cette affaire en *raison de sa compétence ratione loci*, bien que le siège de Yahoo se trouve aux Etats-Unis. Pour les Etats- Unis, la France n'a aucune compétence dans cette affaire parce que le service a été fourni sur le territoire américain. Le pouvoir de sanctionner s'établit en tenant compte de l'origine et du siège social du service et non de son destinataire. Cela conduit à une discussion qui a mis en évidence la difficulté de réguler Internet quand deux États n'ont pas la même conception de la liberté d'expression et du droit à la vie privée.

⁶¹⁹ J. MAILLARD, Freedom of Speech, The Internet and the cost of control: The french example dans « International law and politics, Vol. 33, 2001, p.1180.

⁶²⁰ Les faits sont les suivants : le portail Yahoo permettait d'accéder à une vente aux enchères d'objets nazis de la seconde guerre mondiale. Face à cette situation la ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et l'Union des étudiants juifs de France (UEJF) ont déposé une plainte contre Yahoo en France dans la mesure où il était possible d'accéder à cette vente aux enchères par l'intermédiaire d'Internet, bien qu'il avertissait que l'accès se faisait depuis la page Yahoo.us et non sur la page Yahoo.fr. Le juge français a retenu : « en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo Inc commet une faute sur le territoire français ». Le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente ». Le Tribunal Fédéral de Californie a rejeté cet argument dans la mesure où il n'accepte pas cette compétence étendue préconisée par le juge français, dans F. LATRIVE, L'internet, Le livre noir de la censure, Seuil, Paris, 2008 p.104-107 et United-States district Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 nov. 2002.

⁶²¹ T.G.I Paris, 22 mai, 2000 (UEJF c Yahoo) France sur www.meldpunt.nl/juris/yahoo1.html.

Une affaire mettant en cause l'Argentine concerne les portails Google et Yahoo. Un juge de la dictature a exigé le retrait de son nom du portail Internet par voie judiciaire en arguant que cette citation sur Internet avait une connotation diffamatoire et portait atteinte à sa vie privée⁶²². Cette action constitue une censure indirecte dans la mesure où elle empêche l'information publique qui se réfère à ses fonctions de juge pendant la dictature d'être connue par la société⁶²³.

En guise de conclusion on retiendra ce propos de Renucci: « *Les années qui viennent donneront lieu à d'extraordinaires aventures, mais présenteront de nouveaux dangers, notamment par rapport aux droits fondamentaux* »⁶²⁴. Les nouvelles technologies mettent à l'épreuve les limites commodément établies par la jurisprudence sur la liberté d'expression et ses liens continus avec d'autres droits. Les limites à un encadrement juridique de ces phénomènes sociaux seront le sujet de débat des prochaines années. Les interventions de l'État de façon indirecte contre les entreprises de télécommunications afin d'empêcher la diffusion d'une information ou tout simplement pour empêcher qu'un média, un blog ou même Twitter puisse continuer à produire de l'information, constitue une censure indirecte au regard des Conventions régionales des droits de l'homme. La censure pourrait seulement être possible dans le cas de discours non protégés, comme nous l'avons exposé dans le paragraphe précédent, comme dans le cas de la pornographie infantile où les États ont passé des accords face aux nouveaux développements technologiques⁶²⁵.

⁶²² Ces mesures ont été prises dans le cadre du droit intérieur argentin. Elles n'ont aucune relation avec les notions de mesures conservatoires qui proviennent de la Convention Américaine sur les droits de l'homme.

⁶²³ Sur l'affaire en Argentine, voir P. LESS ANDRADE, *La Censura previa, nunca es un buen modelo*, sur le Blog officiel de Google pour l'Amérique latine, <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>

⁶²⁴ Renucci, Jean François, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007, p.181.

⁶²⁵ Il faut remarquer sur ce sujet le travail conjoint des États avec la poursuite des sites qui font la promotion de la pornographie infantile sur le réseau par le biais d'INTERPOL (International Criminal Police Organization). La régulation commune est également un mécanisme utilisé par les États, voir à ce sujet le Livre Vert sur la protection des mineurs et la dignité humaine dans les services audiovisuels d'information ainsi que la Résolution du 25 février 1996, du Conseil des Télécommunications de l'Union Européenne.

B) L'abus de la publicité officielle

L'abus de la publicité officielle dans les médias constitue une forme de censure indirecte dans la mesure où elle « dirige » l'information du média qui perd son autonomie et son indépendance⁶²⁶. Cette publicité peut être payée. La publicité « non payée » selon le gouvernement du Royaume-Uni⁶²⁷, « comprend les communiqués de presse, les textes de lois ou l'information sur les réunions du législatif, et de l'information qui compte sur le soutien du gouvernement mais qui peut être payée par un particulier ». La publicité payée « comprend les annonces payées dans la presse, la radio ou la télévision, le matériel numérique et vidéo produit par le gouvernement ou parrainé par celui-ci, les campagnes de tracts, le matériel publié sur Internet, les expositions, etc. »⁶²⁸.

En Amérique latine et en Europe la régulation est similaire et, ce type de mesure, n'a pas été appréhendé par la jurisprudence émanant des organismes de protection de droits de l'homme sur la liberté d'expression, effet en partie du processus de déréglementation nationale. Toutefois en Europe, la Convention européenne sur la télévision frontalière⁶²⁹ précise que « les seuils des spots publicitaires sont de 15% du temps de retransmission quotidien et de 20% par heure d'émission (art 12) ». Il est également prévu que des coupures ne peuvent intervenir avant 45 minutes de diffusion⁶³⁰. Ces limites ne portent pas sur l'origine de ces spots mais sur leurs durée, indépendamment du sujet abordé⁶³¹.

⁶²⁶ Rapport Le prix du silence "Abus de la publicité officielle et autres formes de censure indirecte en Amérique latine" Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008.

⁶²⁷ Voir Government Printing and Advertising, disponible in http://www.cabinet-office.gov.uk/central/1999/workgis/annex_a.htm, repris du Rapport de l'Observatoire de la Liberté d'Expression de la CIDH, 2007, Chapitre 6.

⁶²⁸ Rapport de l'Observatoire sur la Liberté d'Expression de la CIDH, 2007, chapitre 6.

⁶²⁹ Cette Convention est entrée en vigueur le 1er mai 1993. Son texte se trouve sur http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_784_405/index.html.

⁶³⁰ G. COHEN- JONATHAN, Liberté d'expression et publicité, RD, 1986, No, spécial « La publicité en Europe » in J-F RENUCCI, Traité de droits européen des droits de l'homme, op.cit., p.172.

⁶³¹ Il est important de souligner le travail réalisé en France par la Commission Parlementaire dirigée par Jean François Copé qui a concerné sur la télévision publique dans le pays. Le travail parlementaire a soulevé un important débat sur le rôle du gouvernement face aux médias et à l'information qu'ils émettent. Voir le rapport dans <http://www.lepoint.fr/actualites-medias/le-rapport-cope-innovations-et-impasses/1253/0/255443>.

Cet abus se matérialise par deux actions : (i) L'octroi des plages officielles à des médias proches du gouvernement et (ii) le retrait de plages publicitaires en raison de gênes sur les contenus des médias de l'information.

Dans le premier cas on observe en Amérique latine, qu'une pratique récurrente des gouvernements a été d'offrir des plages publicitaires officielles aux médias afin d'en contrôler les contenus et d'éviter la production d'information qui soit contraire à leurs intérêts. Selon le rapport de 2003 de l'Observatoire sur la liberté d'expression, l'État peut effectuer des attributions et des discriminations négatives ou positives en utilisant les plages publicitaires, produisant dans les deux cas un affaiblissement de la liberté d'expression. Selon l'organisme du travail de la CIDH, l'attribution négative « serait donnée à une personne ou un média afin de l'induire à ne pas informer de façon défavorable sur ceux qui sont au pouvoir ». Par ailleurs « l'attribution positive exige que le bénéficiaire s'exprime favorablement afin de recevoir les fonds de l'État »⁶³².

En Europe, bien que la Cour EDH ne se soit pas prononcée précisément sur la publicité officielle, elle indique que la loi doit dans tous les cas être précise et ne pas permettre de marge d'appréciation⁶³³. Cette manifestation jurisprudentielle met en évidence le fait que la publicité officielle joue un rôle important dans le développement des médias par les États. Dans ce sens, l'existence d'une réglementation précise est nécessaire pour empêcher tous les types d'excès de l'État dans l'octroi de publicité officielle à certains médias favorables au gouvernement en place. Une absence de régulation à ce sujet traduirait l'existence d'une censure indirecte potentielle.

En Amérique Latine, les affaires mettant en cause ces pratiques abondent

⁶³² Rapport de l'Observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH, 2003, in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/docListCat.asp?catID=22&IID=2> et Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (2003), OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, (29 décembre 2003) 179-200.

⁶³³ Cour EDH, Affaire de Vgt Verein gegen Tierfabriken c. la Suisse, arrêt du 28 juin 2001 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=15571975&skin=hudoc-fr&action=request>. Il faut prendre en compte que malgré que ce cas ait été résolu par la Cour EDH, il fait référence au refus d'une émission de radio d'accepter la publicité d'une entreprise productrice de viande -une organisation privée- en raison de « considérations politiques ». Le juge Européen a considéré que la loi contestée ne permettait pas d'annonces politiques à la radio et la télévision, mais bien dans d'autres médias, ce qui a conduit à mettre en cause son aspect discriminatoire.

mais sont absentes du prétoire. Quelques exemples sont remarquables, comme au Pérou celui concernant l'ancien chef du renseignement du président Alberto Fujimori (1990-2000), Vladimiro Montesinos, qui a effectué des paiements importants aux propriétaires de médias en échange de la modification de leurs prises de position⁶³⁴. De la même façon, en 2007, le vice-président du Costa Rica a démissionné de son poste, après un scandale où il se trouvait impliqué en compagnie d'un autre fonctionnaire public pour avoir cherché une couverture de la presse favorable en échange de contrats publicitaires. La même année, le journal paraguayen ABC a dénoncé le gouvernement de ce pays pour avoir conclu de généreux contrats publicitaires afin d'éviter une couverture critique de la presse⁶³⁵.

Une autre pratique constatée dans le rapport sur la publicité officielle en 2000 en Amérique latine⁶³⁶ passe par l'attribution privilégiée de plages publicitaires, en utilisant des contrats directs en Argentine, au Chili, en Colombie, au Costa Rica, au Honduras et en Uruguay. Par ces pratiques, l'indépendance et l'autonomie des médias sont atteintes. La censure existe dans la mesure où les émetteurs de l'information sont contraints de ne pas informer de façon objective, et la société ne reçoit pas une information qui lui permet d'être libre et démocratique.⁶³⁷

⁶³⁴ Par exemple, "Samuel et Mendel Winter, anciens directeurs de la Chaîne 2 de télévision dont le siège est à Lima (*Frecuencia Latina*), ont été condamné à cinq ans de prison et ont payé \$250 mil d'amende pour avoir reçu de l'argent de Montesinos en échange du soutien de la chaîne pour la réélection du président Fujimori. Les frères Winter sont sortis de prison en juin 2004, après avoir accompli les deux tiers des cinq années de peine. D'autres directeurs de médias sont actuellement en fuite, comme l'ancien directeur de *Televisión Andina*, Julio Vera Abad, également accusé d'avoir accepté de l'argent du gouvernement par Montesinos en échange de la modification de la prise de position de la Chaîne 9 en faveur du gouvernement de Fujimori. "Hermanos Winter saldrán en Libertad", *Agencia Perú (servicio de noticias online)*, 2 juin 2004, disponible sur www.agenciaperu.com/actualidad/2004/jun/winters_libres.htm. "Piden diez años de prisión para ex directivo de televisión Julio Vera Abad", *Radio Programas del Perú*, 11 mai 2006, disponible sur www.rpp.com.pe/portada/politica/38170_1.php. dans le rapport "El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008, p. 356.

⁶³⁵ Ibid. p. 11.

⁶³⁶ Idem

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ Sur ce point la Cour IDH dans l'avis consultatif N.5/85 « La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinion consultative OC-5/85 du 13 novembre 1985, p.70 Série A No. 5, a signalé : « La liberté d'expression est une clef de voûte dans l'existence même d'une société démocratique. Elle est indispensable à la formation de l'opinion publique. Elle est également une condition sine qua non pour que les partis politiques, les syndicats, les sociétés scientifiques et culturelles, et en général, toute personne qui désire avoir une influence sur la collectivité puisse en profiter pleinement. Elle est, pour finir, une condition pour que la communauté, au moment d'effectuer ses propres choix, soit suffisamment informée. Par

Sur le deuxième point, il est bien connu que les médias ont besoin de plages publicitaires afin de financer leurs espaces d'informations. Certains cas de retrait de plages publicitaires officielles dans le cadre de censures indirectes ont été constatés en Amérique latine. Dans ce sens, la cour suprême de justice d'Argentine a indiqué que le gouvernement de la province de Neuquen avait violé le droit à la libre expression du journal Rio Negro en lui retirant la plage publicitaire en représailles à ses positions critiques, constituant ainsi un acte de censure indirecte⁶³⁸. Une autre affaire s'est présentée au Costa Rica où le président Abel Pacheco a ordonné aux membres de son gouvernement de ne plus acheter d'espaces publicitaires dans le journal le plus important du pays, *La Nación*, en représailles pour ses positions critiques. En 2004, le gouvernement du président Abel Pacheco prit la décision politique de retirer la publicité officielle des médias appartenant au Groupe La Nación en raison de ses critiques acerbes contre sa gestion⁶³⁹. Cette attitude est devenue une pratique systématique dans certains pays de la région⁶⁴⁰.

En Europe, cette question a été abordée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui a signalé que la plage publicitaire officielle est un élément essentiel du fonctionnement des médias, tout en tenant compte que, comme il l'a signalé « *il est nécessaire de veiller à ce que la liberté*

conséquent, il est possible d'affirmer qu'une société qui n'est pas bien informée n'est pas complètement libre », in <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

⁶³⁸ Cour Suprême de Justice d'Argentine- Cour SA-, Sept 2007, tiré du rapport "El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. Dans la décision, le tribunal a ordonné au gouvernement de Neuquén qu'il cesse la pratique de remettre des fonds pour la publicité officielle de façon discriminatoire et qu'il présente dans un délai de 30 jours, un plan de distribution de la publicité qui soit en accord avec les principes exposés dans l'arrêt⁶³⁸.

Le tribunal a souligné "que la liberté d'expression peut être violée non seulement par l'interférence directe du gouvernement, mais également par l'adoption de mesures, telles que les pratiques abusives en matière de publicité officielle, qui peuvent toucher indirectement la liberté et l'indépendance de l'information. En résumé, la Cour a considéré que le retrait de la publicité pratiquée par le gouvernement de Neuquén n'était pas raisonnablement justifié, et que ces représailles avaient constitué une violation de la liberté d'expression, sans qu'il soit nécessaire pour le journal de prouver qu'il avait subi un préjudice économique. C'est l'ultime devoir du Pouvoir Judiciaire, a estimé la Cour, que de protéger la liberté d'expression et un débat démocratique robuste.

⁶³⁹ Rapport "El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina.

⁶⁴⁰ A titre d'exemple l'action du gouvernement de décision Guyanaise d'effectuer la même procédure décrite dans le cas argentin, en retirant la plage publicitaire du Journal Stabroek News en raison de son action critique contre le régime du gouvernement en place.

d'expression s'exerce de façon transparente et selon des standards objectifs »⁶⁴¹. Dans ce cadre, le Conseil de l'Europe propose que l'État bénéficie d'une grande marge d'appréciation afin de réguler ce domaine. L'absence de limites claires dans la réglementation de la publicité officielle permet que la censure indirecte s'effectue, sans tenir compte de l'existence de chefs de gouvernements ou de présidents qui appartiennent au monde économique, contrôlent traditionnellement les médias et, par conséquent, en prenant le contrôle d'un pays, redirigent la publicité officielle vers les médias qui leur sont proches. Un exemple de ce qui précède existe en Italie où le pouvoir politique et économique est lié et où des médias officiels appartiennent à l'empire économique du premier ministre, Silvio Berlusconi⁶⁴².

C) Les abus par l'intervention de l'autorité d'inspection, de surveillance et de contrôle⁶⁴³

L'État réglemente les activités relevant du service public de communications. Dans le système américain comme dans le système européen, l'État peut encadrer les services publics, et en particulier, la liberté d'expression. Ainsi, l'article 10 de la CEDH indique « que les États peuvent soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime préalable d'autorisation ». Cette restriction ne se pose pas dans la CADH, mais il est possible de la trouver dans les législations des États et dans le cadre de la nécessité et de la proportionnalité. Cette action s'exerce par l'intermédiaire des autorités d'inspection, de surveillance et de contrôle qui se définissent comme des agences de régulation de l'État qui interviennent pour que la notion de service public soit respectée. Leurs actions se focalisent sur l'octroi de licences pour les fournisseurs de service public de télécommunications, la détermination de l'usage du spectre électromagnétique en tant que ressource rare et les sanctions administratives

⁶⁴¹ Recommandation No R (99) 1, Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, "Mesures de promotion du pluralisme des médias" (adoptée le 19 janvier 1999).

⁶⁴² Il faut remarquer à ce sujet le documentaire « Viva Zapatero » - Sélectionné lors de la 62^e rencontre de Cinéma de Venise, 2005- de la journaliste italienne S. GUZANTI, 2006.

⁶⁴³ À propos de la régulation audiovisuelle, voir, A. CASSESE A ET A. CLAPHAM (éd), La télévision transfrontière en Europe dans la perspective des droits de l'homme, Nomos 1990 et Libertés fondamentales et télévision européenne, RCADE, Florence, 1990.

pour la méconnaissance des mandats du service public. Un exemple peut être le retrait de licences du fait de la diminution du patrimoine de l'entreprise de télécommunications qui la détient. Le Comité d'experts pour les moyens de communication de masse du Conseil de l'Europe, au sujet du contrôle de la radiodiffusion a indiqué que : « une réglementation de l'organisation de la radiodiffusion est possible par l'État, cependant les mesures d'autorisation ne peuvent échapper aux exigences du deuxième paragraphe de l'article 10 »⁶⁴⁴.

L'octroi de licences et la gestion du spectre électromagnétique s'accompagnent dans de nombreux cas de la possibilité pour l'État de les révoquer de façon unilatérale et du même coup d'empêcher l'usage du spectre électrotechnique en tant que ressource rare, en méconnaissant le respect du droit à la justice. Cela conduit à comprendre que l'action de l'État qui en principe est légitime, peut se transformer en censure indirecte. Nous allons tenter d'en dresser une typologie qui abordera l'approbation et le retrait des licences de radio, de télévision et du spectre électromagnétique.

1) L'attribution et le retrait discrétionnaire des licences de radio et de télévision

Des risques importants sont encourus pour l'accès à la liberté d'expression. L'attribution d'habilitations de télécommunications ou de licences pour la mise en place de services spécifiques⁶⁴⁵ est le mécanisme défini par les États pour ouvrir l'accès à la fourniture de services de télécommunications. Le pouvoir discrétionnaire d'attribution des habilitations constitue une des sources de contrôle des médias, si l'on tient compte que ce sont les gouvernements qui dans tous les cas fixent de façon administrative les conditions pour obtenir ces licences. Dans de nombreux cas, les conditions financières établies dans

⁶⁴⁴ Conseil de l'Europe, Activités du conseil dans le domaine des médias, DH-MM, Comité d'experts pour les moyens de communication de masse.

⁶⁴⁵ Sur ce point il est important de constater qu'en Europe il existe une licence unique de télécommunications avec laquelle il est possible d'offrir les services de télévision, de radio, de valeur ajoutée -Internet-. En Amérique Latine, règne le système de la licence par service, c'est-à-dire qu'une autorisation est donnée pour fournir un service, sans prendre en compte la notion d'unité de réseaux et de services qui signifie que les réseaux peuvent fournir une multiplicité de services. Sur l'exemple du débat européen, l'Amérique latine connaît un mouvement législatif de prise en compte de ces services.

le cahier des charges constituent une barrière d'entrée pour les intéressés, à l'avantage des grandes entreprises qui contrôlent l'information et, sont contrôlées par les gouvernements⁶⁴⁶. Cette forme d'accès aux licences impose une limite au pluralisme démocratique et au débat public. La Déclaration Interaméricaine des Principes de la Liberté d'Expression indique à ce sujet que : « l'octroi de fréquences de radio et de télévision (...) dans le but de faire pression et de punir ou de récompenser et de privilégier les acteurs sociaux et les médias en fonction de l'orientation de leur information, porte atteinte à la liberté d'expression et doit être expressément interdit par la loi »⁶⁴⁷. Dans ce sens, l'article 13 de la CADH stipule que « le droit d'expression ne peut être restreint par des voies ou des moyens indirects, tels que l'abus de contrôles officiels ou particuliers (...) des fréquences radioélectriques (...) ou de tout autre moyen cherchant à empêcher la communication et la circulation des idées et des opinions ».

En cas de non respect du pluralisme, les contrôles préofficiels des licences seraient permis selon la possibilité décrite dans le principe 12 de la Déclaration de principes sur la liberté d'expression de la CIDH. Il prévoit que *« les monopoles ou les oligopoles en ce qui concerne la propriété et le contrôle des médias doivent être soumis à des lois antimonopoles car ils conspirent contre la démocratie en restreignant la pluralité et la diversité qui assure le plein exercice du droit à l'information des citoyens. En aucun cas ces lois ne peuvent être exclusives pour les médias. Les octrois de radio et de télévision doivent se fonder sur des critères démocratiques qui garantissent*

⁶⁴⁶ Sur ce sujet, il est important de citer quelques exemples. En Argentine, la loi impose la participation des représentants des forces armées à la décision d'octroi de licences. En 2005, l'ancien président Néstor Kirchner a adopté le décret 527/2005, du 20 mai 2005 qui permet la prorogation administrative des licences de télécommunications pour 10 ans. En Uruguay le décret 734 de 1978 permet à l'État d'octroyer des licences de radio et de télévision. Pour accéder à ces licences il est nécessaire de démontrer une capacité économique et de remettre un dépôt de garantie, ce qui fait que l'accès au titre habilitant s'avère très difficile pour les petits opérateurs. Au Pérou, entre 1980 et 2000 le gouvernement péruvien a octroyé la plupart des licences à des émissions de radio et de télévision proches du parti politique du gouvernement. L'administration de l'autoritaire président Alberto Fujimori (1990–2000) a fermé des stations qui avaient fonctionné pendant plusieurs années en attente d'une licence, afin de remettre les fréquences à des médias attachés au gouvernement. Sur un total de 269 licences demandées au Pérou entre juin 2000 et juin 2007, seules six correspondent à des médias communautaires. Cinq sont en cours et une a été refusée", selon le rapport "El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina, op.,cit. p.171-173.

⁶⁴⁷ Déclaration Interaméricaine de Principes sur la Liberté d'Expression, adoptée pendant la 108e Session Ordinaire, 19 octobre 2000, §13.

*une égalité d'opportunités pour tous les individus quant à leur accès. »*⁶⁴⁸

En Amérique latine, la fréquence des cas de censure indirecte s'est accrue dans la période où certains pays étaient gouvernés par des dictatures militaires tandis que d'autres sortaient à peine de ce fléau, subissant la pression de l'ancien statu quo⁶⁴⁹. Dans chacun de ces pays la censure a été massive. Tout d'abord, la Com IDH dans l'affaire ABC Color contre le Paraguay⁶⁵⁰ a considéré que dans le cas où l'État ferait usage de ce genre de censure, la victime devrait avoir le droit d'agir en justice. Il en résulte que la censure était possible mais dans le respect du droit d'agir en justice. La Com IDH s'est ensuite prononcée d'une façon plus précise dans l'affaire Radio Ñanduti contre le Paraguay⁶⁵¹ en avertissant qu'il n'était pas possible de restreindre le droit d'expression par des voies et des moyens indirects, tels que l'abus de contrôles officiels ou particuliers du papier pour les journaux, des fréquences radioélectriques, ou du matériel et des appareils utilisés pour la diffusion de l'information, ou par tout autre moyen visant à empêcher la communication et la circulation des idées et des opinions.

La Cour IDH a considéré dans l'affaire Ivcher Bronstein⁶⁵² que la privation de la nationalité de ce citoyen, a constitué un moyen indirect de restreindre la liberté d'expression en raison du fait qu'il était l'associé majoritaire d'une chaîne de télévision et que la possibilité d'exercer ce contrôle dérivait de sa nationalité péruvienne. En perdant sa nationalité, il a perdu la propriété de la

⁶⁴⁸ Principe 12 de la Déclaration de Principes sur la liberté d'expression de la CIDH, cité par le Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, p. 87, in www.cidh.org

⁶⁴⁹ Cette situation s'est présentée en particulier dans le cas de l'Argentine où la démocratie est apparue en 1983 avec l'élection à la présidence du candidat de l'Union civique radicale Raúl Alfonsín qui a subi plusieurs coups d'État pendant son mandat et s'est prolongé jusqu'en 1990 quand le pays était gouverné par le péoniste Carlos Saúl Menem, Voir Lanata, Jorge, Argentinos II, Lecturas Biblioteca, 2003. García, Prudencio, El Drama de la Autonomía Militar, Alianza Editorial, 1995, Varas, Augusto, La autoría militar en América Latina en el artículo de Andrés Fontana "De la crisis de las Malvinas a la subordinación condicionada", Editorial Nueva Sociedad.

⁶⁵⁰ Com IDH, Affaire ABC Color c. Paraguay du 17 mai, 1984. Dans cette affaire le gouvernement paraguayen a ordonné la fermeture du journal "ABC Color", publié dans la ville d'Asunción, Paraguay, et dont le directeur Aldo Zucolillo, se trouvait en résidence surveillée après avoir été détenu pendant huit jours. L'État paraguayen a fondé les raisons de sa décision sur le fait que le journal mettait en danger la paix de l'État et la stabilité des institutions publiques en publiant des opinions séditeuses et en permettant que des groupes politiques irréguliers participent à ses colonnes d'opinion et fassent de la propagande in <http://www.cidh.org/annualrep/83.84sp/Paraguay9250.htm>

⁶⁵¹ Com IDH, Rapport No. 14/87, Radio Ñanduti c. Paraguay du 28 mars 1987, in <http://www.cidh.org/annualrep/86.87sp/Paraguay9642.htm>.

⁶⁵² Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c Pérou, arrêt du 6 février, 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

chaîne et sa liberté d'expression a été restreinte.

Selon le rapport annuel de 2007 de l'Observatoire sur la liberté d'expression de la CIDH, la censure gouvernementale a eu lieu de façon massive en Argentine, en Colombie, au Pérou⁶⁵³ et au Brésil. C'est le cas dans la ville de San Rafael (Argentine) où un juge a décidé de supprimer certaines émissions de radio en invoquant des raisons de sécurité nationale⁶⁵⁴. Un autre exemple s'est présenté avec la révocation de 275 attributions de licences de radiodiffusion par le gouvernement de l'ex-président Fernando De la Rúa après qu'elles aient été accordées par le gouvernement de Menem. La raison : l'illégalité dans l'octroi. Une grande partie des licences furent accordées aux partisans du gouvernement⁶⁵⁵.

En Europe, l'article 10 de la CEDH permet aux États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime préalable d'autorisation. Le Comité d'experts pour les moyens de communication du Conseil de l'Europe a néanmoins considéré que : « L'État ne peut avoir un pouvoir discrétionnaire : il doit de plus agir de façon à protéger la liberté de l'information, notamment contre des concentrations excessives »⁶⁵⁶. Dans l'affaire Informationsverein Lentia⁶⁵⁷ la Cour EDH a condamné l'État autrichien pour avoir refusé sans motif une licence qui permet la diffusion de programmes de radio ou de télévision, en confirmant que l'État possède une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la

⁶⁵³ On relève un exemple quand la journaliste Glenda Mello Pinedo dénonce que son émission Enfoques, présentée à la Télévision Tarapoto a été retirée de la programmation en raison des critiques contre le maire de Tarapoto, qui est en même temps l'actionnaire majoritaire de l'entreprise. Dans le Rapport Annuel de l'Observatoire de la Liberté d'Expression de la CIDH (2007), p.145 sur <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

⁶⁵³ Rapport Annuel de l'Observatoire de la Liberté d'Expression de la CIDH (2007), p.29-30 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

⁶⁵⁴ Rapport Annuel de l'Observatoire de la Liberté d'Expression de la CIDH (2007), p.29-30 in <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

⁶⁵⁵ Le décret du 24 décembre 1999 suspendant les licences octroyées par le Comité Fédéral de Radiodiffusion (COMFER) établit dans son article 1 la suspension : "au maximum pour un délai de 180 jours administratifs ouvrables de toutes les résolutions dictées par le Comité Fédéral de Radiodiffusion sur l'octroi de licences pour l'installation, le fonctionnement et l'exploitation sonore par modulation de fréquence, en accord avec le décret 310/98".

⁶⁵⁶ Conseil de l'Europe, Activités du conseil dans le domaine des médias, DH-MM, Comité d'experts pour les moyens de communication de masse

⁶⁵⁷ Cour EDH, Affaire Informationsverein Lentia c l'Autriche, arrêt du 24 Novembre, 1994 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

régulation des aspects techniques des télécommunications⁶⁵⁸. Cette décision contredit cependant plusieurs décisions de la Cour EDH⁶⁵⁹ où elle reconnaît la capacité de l'État à gérer ses licences, en reconnaissant leur importance dans une société démocratique⁶⁶⁰. Il faut dans ce sens tenir compte du fait que la capacité de l'État à gérer ses licences n'implique pas une large marge d'appréciation, car toutes ses décisions doivent être motivées, respecter le principe du contradictoire, appliquer le principe d'égalité et surtout, prendre en compte les besoins de l'État démocratique. En raison de ce qui précède, les tribunaux régionaux des droits de l'homme ne peuvent être des organismes qui approuvent les compétences internes des États, sans tenir compte des contextes et de la façon de concevoir et d'appliquer la législation.

Des censures indirectes dans l'utilisation des licences ont été établies tant en Amérique qu'en Europe. En Amérique ce domaine est toujours en relation avec la nature du régime politique comme le montrent les nombreux cas en relation avec les changements de gouvernement. Dans ce sens, la Cour IDH a considéré que les marges d'appréciation de l'État sont restreintes, fermant la possibilité d'accepter des attributions ou des révocations de licences de façon autonome. En Europe, la législation et les décisions de la Cour EDH, au contraire, présentent ce sujet dans le cadre d'une plus grande liberté, comme nous avons pu le constater, laissant entendre que toute mesure doit être prise en accord avec les besoins démocratiques du pays. Ce point sera abordé dans l'étude des applications jurisprudentielles du principe de proportionnalité.

⁶⁵⁸ U. ARAI, F. VAN HOOFF, E. BLEICHRODT, A. VAN RIJN, C. FLINTERMAN, B. VERMEULEN, A. WILLEM HERINGA MARC, V. JEROEN SCHOKKENBROEK, L. ZWAAK, P. VAN DIJK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007. p. 808-810.

⁶⁵⁹ Cour EDH, *Affaire Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH c. Autriche*, arrêt du 21 Septembre, 2000, §18 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁶⁶⁰ Cette notion sera développée dans l'analyse du principe de proportionnalité. Cependant, si l'État refuse une licence en discriminant, il enfreindra la liberté d'expression. Nous pouvons remarquer sur un thème analogue le cas *Murphy contre l'Irlande* auprès de la Cour EDH- 10 juillet/2003 où l'État a été condamné pour avoir interdit une publicité télévisée pour des raisons religieuses, § 77-81.

2) L'attribution discrétionnaire du spectre électromagnétique

Comme l'attribution de licences, le processus d'attribution de spectre électromagnétique qui permet le fonctionnement d'une chaîne de télévision ou de radio permet à l'État d'exercer une possible censure indirecte. Du point de vue technique, le spectre est l'ensemble des ondes électromagnétiques⁶⁶¹ ordonnées par la magnitude de la fréquence⁶⁶² (ou par la longueur d'onde qui sont des quantités inversement proportionnelles). Sur le plan juridique il est défini comme un bien public qui fait partie du territoire d'un État, il est imprescriptible, inaliénable et ne peut être saisi, et se trouve soumis à la gestion et au contrôle de l'État⁶⁶³. Dans ce sens, les décisions de l'État sont attachées aux attributions des habilitations. Dans certains cas, les États retardent de façon excessive l'attribution des titres et du spectre, en alléguant qu'il s'agit d'une ressource rare et qu'il n'existe pas d'obligation légale ou tout simplement qu'il n'est pas intéressé par l'ouverture d'espaces de communication à d'autres intervenants différents de ceux majoritaires⁶⁶⁴. En Europe, la Com EDH⁶⁶⁵ a indiqué que l'information doit circuler de façon naturelle, en assurant tous les moyens techniques pour sa diffusion. Cela signifie que l'autorisation d'utiliser le spectre magnétique ou des licences de communication ne peut pas se transformer en un mécanisme de blocage irrationnel de l'exercice de la liberté de pensée et d'expression. Plus tard, la Cour EDH a considéré que l'information doit circuler sans considération de frontières⁶⁶⁶. Dans ce sens elle s'est prononcée dans l'affaire Autronic contre

⁶⁶¹ Les caractéristiques des ondes électromagnétiques sont les suivantes : 1. Les champs électriques et magnétiques sont perpendiculaires à la direction de propagation ; 2. La fréquence d'une onde représente son nombre de vibrations par seconde. 3 la longitude d'une onde est égale à la distance entre deux sommets ou deux creux ; 4. L'amplitude et l'intensité maximale du champ électrique ou magnétique.

⁶⁶² La fréquence se définit comme le nombre de cycles qui se produisent en une seconde.

⁶⁶³ L'organisme international chargé de remettre les plages publicitaires aux États pour leur régulation interne est l'Union Internationale des Télécommunications (UIT). Pour toute information consulter <http://www.itu.int/net/home/index-fr.aspx>.

⁶⁶⁴ En Colombie par exemple, c'est la Cour Constitutionnelle- CCC- avec l'arrêt T-460 de 2006 qui a obligé le gouvernement colombien à réaliser pour la concession du service public de radiodiffusion communautaire. Malgré cela la décision a été reportée.

⁶⁶⁵ Com EDH, Arrêt X et Y contre la Belgique, 13 mai, 1982 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>. Sur cette arrêt voir G. COHEN-JONATHAN « La libre circulation des informations par satellite » 1990, p. 313 s.

⁶⁶⁶ Cour EDH, arrêt, Groppera Radio Ag c la Suisse, 28 mars, 1990 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

la Suisse⁶⁶⁷ en protégeant la liberté de circulation de l'information en tenant compte du fait qu'il est nécessaire de protéger la dimension collective de la liberté d'expression qui consiste à recevoir de l'information de toute sorte sans considération de frontières.

La décision de l'État doit permettre la mise en place des moyens pour que l'information soit diffusée et, ainsi, d'enrichir le débat politique. Dans le cas contraire, la censure indirecte primera et les sources de la pluralité d'information se tariront, transformant la société en un bassin de désinformation.

⁶⁶⁷ Cour EDH, arrêt, Autronic AG c la Suisse, 22 mai, 1990 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

CONCLUSION DU TITRE SECOND DE LA PREMIER PARTIE

Il est nécessaire d'aborder les effets des restrictions particulières et de la censure dans l'exercice de la liberté d'expression sous deux aspects. Le premier est la dimension individuelle où l'on observe que l'individu qui émet l'information s'autocensure, quand il encourt des responsabilités ultérieures excessives. Le deuxième apparaît quand l'État réagit en utilisant la censure directe ou indirecte non autorisée, et empêche la production de cette information. Dans les deux scénarios, la liberté d'expression est atteinte, ce qui implique en général une absence de transparence et de pluralité de l'information. Ajoutons que les restrictions particulières ainsi que la censure ne nuisent pas à la liberté d'expression à partir du moment où les mesures sont prises en fonction des limites fixées par les articles 13 de la CADH et 10 de la CEDH et dans le respect du principe de proportionnalité et de nécessité.

Une action de l'État qui ignorerait ces deux principes anéantira le droit de la société de prendre connaissance des informations et des communications, ce qui implique une violation de cette liberté. Une parenté entre la jurisprudence de la Cour IDH, et celle de la Cour EDH consiste à aborder la liberté d'expression comme un intérêt collectif qui doit être protégé⁶⁶⁸ et respecté au sein de la société⁶⁶⁹. Une action excessive de l'État mettra en danger les fondements de la démocratie⁶⁷⁰ dans la mesure où le citoyen a besoin d'une information vraie pour deux raisons, (i) l'utilisation du suffrage universel et (ii) sa participation active au sein de la société civile⁶⁷¹. Le premier de ces éléments a été déterminant dans la construction initiale de l'État libéral au

⁶⁶⁸ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. le Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004. §112 et 113; Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004. §82 et 83, et l'affaire Kimel c. Argentine, §87 <http://www.corteidh.or.cr/>

⁶⁶⁹ M. OETHEIMER, L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume- Uni, op.cit, p.60.

⁶⁷⁰ Un cas manifeste de ce qui se passe sur le continent américain est l'exemple de la République Bolivarienne du Venezuela. À de nombreuses occasions, le Président Hugo Chavez a attaqué la liberté de la presse. Il a présenté à un moment donné la possibilité d'expulser les étrangers qui critiquent le pays in Rapport Annuel de l'Observatoire de la Liberté d'Expression, 2007, pp. 162-163 sur <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>.

⁶⁷¹ Voir, P. ROSANVALLON, La légitimité démocratique : impartialité, réflexibilité, proximité, Ed Seuil, Paris, 2008.

XIX^e siècle⁶⁷². Le deuxième répond à une revendication développée au XX^e siècle. Sa conception et sa réalisation se sont précisées après la seconde guerre mondiale, avec la création de modèles institutionnels d'inclusion citoyenne.

Il est important d'affirmer dans ce sens que la censure peut être accompagnée de sanctions ultérieures, qui ne sont pas en rapport avec la publication, qui n'a en effet jamais eu lieu, mais avec la notion de « dangerosité »⁶⁷³ fabriquée par l'État de l'émetteur de l'information. Bien au contraire, la notion de « responsabilité ultérieure » telle qu'elle a été conçue dans les traités des droits de l'homme, est en relation directe avec la configuration de la responsabilité pour l'information émise ou publiée. Dans tous les cas, aussi bien l'une que l'autre se posent en tant que limites de la liberté d'expression et définissent le niveau d'intervention de l'État dans l'exercice du droit. La forme de jugement aussi bien dans le système Européen qu'Américain dépend de multiples facteurs qui seront étudiés dans la partie suivante. Nous trouvons cependant dans cette partie des traces empiriques de ces analyses en ce qui concerne le niveau de marge d'appréciation face aux multiples formes limitatives que l'on a exposées.

⁶⁷² Voir M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, Paris, Editions Gallimard, 2007.

⁶⁷³ Il est fait ici référence à la théorie de dangerosité du droit pénal qui criminalise les individus en raison de leurs antécédents et de leur niveau de dangerosité. Cette théorie méconnaît l'article 8 de la CADH et l'article 6 de la CEDH sur le droit d'agir en justice. Cette théorie désarticule le droit pénal de « fait » qu'il remplace par celui d'« auteur » ce qui a des conséquences comme la discrimination et le jugement de personnes qui sans avoir commis d'actes punissables, pourraient les commettre. On retrouve un exemple de l'application de ce principe en France (loi Dati du 25 février/2008 sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018162705&dateTexte=>) relative à la consécration d'une mesure de sécurité contre les récidivistes pour certains délits - pédophilie, homicide, homicide aggravé, torture ou acte de barbarie, viol aggravé, enlèvement aggravé-, contre toute personne (art. 1er I de la loi, art. 706-53-13 CPP). La loi a modifié la procédure pour l'application de l'article 122-1 du code pénal français. Cette loi permet que les condamnés pour ces délits –de plus de 15 ans-, puissent être ensuite enfermés à la fin de leur peine dans un hôpital-prison selon leur degré de dangerosité. Avant l'accomplissement de la peine, le condamné devra être examiné par une commission pluridisciplinaire pour évaluer si, en accord avec le risque social, il sera envoyé dans un hôpital-prison, une détention à domicile lui sera imposée, il sera soumis au régime de surveillance électronique mobile ou il sera remis en liberté définitive sans contrôle. La mesure qui sera prise devra obtenir l'aval de la juridiction régionale (Art. 1er I de la loi, Art. 706-53-15 CPP) pour un an et pourra être renouvelée indéfiniment. (Art. 1er I de la loi, Art. 706-53-16 CPP). Sur cette forme de prorogation de la peine pour dangerosité, le Conseil Constitutionnel, parmi d'autres sujets, a considéré que l'extension de la peine ne faisait pas partie de celle-ci, et a donc donné son aval à ce principe. Ce genre de législation a été appliqué dans des pays comme Cuba ou la Chine contre des émetteurs d'information censurés et punis pour être potentiellement dangereux en raison de l'information qu'ils expriment.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Dans le premier titre de la première partie, nous avons abordé la notion de marge nationale d'appréciation et présenté ses principales composantes internes -*existence d'un État de droit et existence de la démocratie*-, pour que son application par l'État soit compatible avec l'ensemble des normes internationales des droits de l'homme. Penser sa représentation, éclairer sur les effets juridiques de la marge nationale d'appréciation lui donnant un contenu concret en l'éloignant des critiques qui lui sont faites de façon récurrente prétextant de son absence de contenu.

On a soutenu tout au long de cette partie que la marge d'appréciation est une notion qui existe, non seulement parce que les tribunaux des droits de l'homme l'utilisent, mais également parce que c'est un élément naturel du fait que l'État est chargé en première instance d'appliquer une justice adéquate et effective sur son territoire.

La mise en évidence de cette existence a permis d'aborder la façon de comprendre les limites intrinsèques de cette marge d'appréciation par rapport au type de droit en cause et au type de contexte dans lequel la violation des droits de l'homme s'est présentée. Ce sujet a conduit à situer les débats autour de l'universalisme, du pluralisme et de la globalisation des droits de l'homme en démontrant que la marge nationale d'appréciation se défend constamment face à ces postures théoriques.

Dans le titre second, nous avons considéré nécessaire de compléter ces limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation par rapport à la liberté d'expression. Cela nous a permis d'approfondir son concept et d'invoquer les limites imposées à l'État à partir des descriptions normatives de la liberté d'expression consacrée dans l'article 10 et 13 de la CEDH et de la CADH. Parmi ces limitations, les restrictions et les suspensions générales ressortent, tout en tenant compte des discours qui ne font pas parti du

domaine de protection de la liberté d'expression et qui peuvent faire l'objet de censures.

SECONDE PARTIE : La marge nationale d'appréciation et ses limites extrinsèques face à la liberté d'expression

Il convient de l'envisager dans le cadre de l'accès devant le juge international des droits de l'homme en s'insérant dans l'application du principe de subsidiarité, des limites extrinsèques. Elles renvoient à des conditions procédurales et matérielles.

Sur le plan procédural, les conditions d'épuisement des recours en droit interne et de respect des règles de compétence des tribunaux, ménagent la compétence de l'État pour résoudre les litiges qui apparaissent sur son territoire et qui concernent les droits de l'homme. La formulation de la requête par les victimes présumées de cette violation s'insère dans une relation procédurale entre l'État et les instances régionales des droits de l'homme. Cette relation fait apparaître le principe de « *subsidiarité procédurale* », d'où découle une extension de la marge d'appréciation que conserve encore l'État. Dans le cas où ces conditions ne seraient pas respectées -*que ce soit du fait de leur outrepassement ou du fait du non épuisement des recours de voie interne-*, une relation juridique matérielle sera établie entre l'État et les tribunaux des droits de l'homme portant sur les mécanismes d'interprétation et d'application du droit applicable au contentieux. Dans cette dernière relation, les tribunaux imposent à l'État leur cadre d'interprétation ce qui permet une modulation de la marge nationale d'appréciation sur le sujet en particulier.

Les conditions formelles seront étudiées en envisageant les mécanismes d'interprétation des Cours régionales des droits de l'homme autour de l'existence et de l'application du principe de « *subsidiarité matérielle* ». Ces moyens d'interprétation des droits qui sont imposés par les Cours aux Etats selon le principe de proportionnalité entendu au sens dynamique se posent sur une analyse d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. En témoigne la multiplicité des décisions des Cours régionales, qui ne

se limitent pas seulement à la liberté d'expression. Une fois les instruments herméneutiques établis, il est possible de mettre en place une analyse comparée de jurisprudence des Cours IDH et EDH sur la liberté d'expression.

TITRE I : Les rapports sous l'angle procédural de l'Etat et du juge international des droits de l'homme fondés sur le principe de subsidiarité.

Nous identifierons ici les mécanismes fonctionnels généraux retenus par le juge international des droits de l'homme sur la base des traités régionaux, qui aboutissent à une extension de la marge nationale d'appréciation conformément au principe de subsidiarité procédurale développé dans l'introduction de cette thèse. Dans un deuxième temps nous cernerons les conditions matérielles spécifiques qui concernent l'État et qui sont définies par le juge régional des droits de l'homme. De cela résulte au contraire une diminution de la marge nationale d'appréciation en ce qui concerne l'application des principes de la liberté de pensée et d'expression.

Précision méthodologique et conceptuelle

Il est nécessaire au préalable d'aborder le principe de subsidiarité. Cela permettra de comprendre dans un cadre conceptuel mais également méthodologique, les limites extrinsèques de la marge nationale d'appréciation quant à la liberté d'expression.

C'est un fait reconnu que la relation entre le droit international et le droit interne est délicate. Deux théories sont en présence, le monisme ou le dualisme. Selon la première, il n'existe qu'un seul ordonnancement juridique interne ou international, alors que la deuxième théorie comprend l'existence de deux ordonnancements -interne et international-. Ces théories s'appuient sur l'existence du principe de subsidiarité qui fait la liaison entre l'une et l'autre, et qui permet ce que la doctrine moderne pourrait appeler « le dialogue des juges ». En comprenant ce qui précède, il est nécessaire

d'aborder le principe de subsidiarité qui impliquera un dialogue entre les juridictions internationales et, celles relevant du droit interne⁶⁷⁴.

L'existence même de la marge nationale d'appréciation définie comme l'action de l'État d'interpréter et d'appliquer les droits de l'homme est limitée tant sur le plan de son droit interne –fait abordé dans la première partie de la thèse– que sur le plan de l'action judiciaire internationale. La première implique que les Etats sont soumis à des traités internationaux des droits de l'homme qu'ils signent et ratifient et qui font alors partie de leur droit interne, ce qui oblige les juges à appliquer les normes de droit interne pour les adapter aux standards internationaux. Ceci renvoie à la fonction de l'Etat qui doit respecter et garantir les droits de l'homme.

L'action internationale, au contraire, implique un dialogue entre les juridictions qui fait intervenir le principe de subsidiarité. Les limites extrinsèques apparaissent dans une situation où l'Etat n'a pas résolu sur le plan interne une affaire mettant en cause des droits de l'homme. L'Etat doit alors se soumettre à des règles de procédure rejaillissant sur la portée de la liberté d'expression, déterminées soit par la Cour IDH, soit par la Cour EDH.

Pour établir une ligne directrice d'interprétation, un principe encadrant ce jeu de rôles entre le droit interne et international doit exister. Pour cette raison, le principe de subsidiarité prend une fonction non seulement conceptuelle mais également méthodologique. Il va ici structurer la seconde partie de cette thèse.

Le principe de subsidiarité : Fondement de la relation entre le droit interne et le droit international dans le droit international des droits de l'homme

Le principe de subsidiarité est un des fondements des systèmes de protection des droits de l'homme du fait qu'il établit la relation entre l'ordre international

⁶⁷⁴ J-P- MARGUENAU, Le juge judiciaire et l'interprétation européenne in L'interprétation de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1998 p. 249. Dans cet article le professeur Marguenau présente la difficulté entre le juge interne et la Cour EDH dans la recherche de standards cohérents et compatibles dans un cadre d'interprétation et l'application des droits de l'homme.

et l'ordre interne. Selon Delpérée : « *la subsidiarité n'impose pas un dogme, ni celui de l'intervention publique, ni celui de l'intervention privée. Elle vise plutôt à assurer si nécessaire -c'est-à-dire en cas de carence ou de défaillance d'un intervenant- l'exercice des tâches d'intérêt général par un autre intervenant* »⁶⁷⁵. Cela signifie que la subsidiarité n'est pas un mécanisme de contrainte, mais plutôt d'équilibre entre deux tendances qui ne s'opposent pas mais qui au contraire s'harmonisent entre elles. Au cas où l'une d'entre elles n'accomplit pas sa fonction de décision, l'autre partie se voit dans l'obligation de le faire. Dans les systèmes juridiques internationaux des droits de l'homme, l'État doit apporter une première réponse face aux violations supposées des droits de l'homme. S'il ne le fait pas, les victimes ou leurs représentants peuvent faire appel à la juridiction internationale.

Pour Callewaert « *il y a des litiges où il vaut mieux être près des événements pour bien en juger, là par exemple où il y va des particularités locales ou nationales dont la signification est parfois difficile à comprendre à distance* »⁶⁷⁶. Cette assertion de Callewaert signifie qu'avant de faire appel à une instance exogène, il est nécessaire de résoudre les conflits de l'intérieur. Cette action interne permet à l'État d'utiliser sa marge d'action sur les droits, en tenant compte des limites intrinsèques, -*abordées dans la première partie de la thèse*-, c'est-à-dire celles qui résultent des traités signés : ses obligations générales, d'adaptation de l'ordre interne conformément aux droits de l'homme, de sanction et de respect des mesures de protection, mais également des limites particulières qui dérivent du droit à la controverse, qui dans le cadre de cette thèse correspond à la liberté de pensée et d'expression.

A défaut de résolution du litige en droit interne par l'État, soit qu'il n'ait pas rendu la justice, soit qu'il l'ait fait de façon déficiente, la victime a un « *locus standi in judicio* » pour présenter l'affaire devant les tribunaux régionaux des droits de l'homme. Dans le système interaméricain il faut faire appel à la Com

⁶⁷⁵ F. DELPEREE, Le principe de subsidiarité, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p. 524.

⁶⁷⁶ J.CALLEWAERT, "Justification du principe de subsidiarité", in "Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.350

IDH⁶⁷⁷ ; alors que dans le système européen, la victime présente son recours devant la Cour EDH. C'est à ce moment qu'est mis en jeu le principe de subsidiarité qui est vital pour comprendre les limites intrinsèques et extrinsèques de la marge nationale d'appréciation.

L'étymologie du mot « subsidiarité » vient du latin « subsidiarii » qui signifie « troupe de réserve » et « subsidium »⁶⁷⁸ qui signifie recours, appuis, c'est-à-dire, le groupe de personnes qui est prêt à soutenir où à remplacer les troupes en exercice. Cette représentation qui a pris de l'importance dans le monde militaire s'est étendue au domaine juridique, particulièrement en droit interne. Dans ce dernier, le principe est apparu dans deux domaines : celui de l'État et de la société civile. Cette distinction a été utilisée par un courant libéral pour préconiser que l'État ne peut contrôler la liberté de décision des individus sauf de façon subsidiaire, bien évidemment, dans des cas où l'ordre public et l'intérêt social seraient enfreints. Contrario sensu, le courant interventionniste soutient que l'État doit être au-dessus des décisions des individus afin de rechercher un équilibre social. Cette idée qui peut être appliquée de façon parallèle à n'importe quel domaine de la société s'est diffusée dans le domaine du droit.

Cette mutation s'est appliquée dans le domaine juridique sous l'influence du catholicisme social. Les auteurs mentionnés se réfèrent à l'encyclique « Quadragesimo anno » (1931) qui indique que : *«...On ne saurait ni changer, ni ébranler ce principe si grave de la philosophie sociale : de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens ; ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de*

⁶⁷⁷ Remarquons que la plainte est présentée par la Com IDH. Cependant, une fois la procédure établie, les parties peuvent participer de façon directe à la procédure conformément à l'article 25 du règlement de la Cour IDH, approuvé entre le 16 et le 28 novembre 2009 in www.cidh.org.

⁶⁷⁸ Voir Dictionnaire de la langue française

remplir eux-mêmes »⁶⁷⁹. Cette expression ecclésiastique met en relief les deux domaines d'action où les décisions sont prises. Le domaine juridique est couvert suivant des phénomènes d'interprétation juridique.

Quand le droit international s'est structuré et que les tribunaux internationaux ont été créés, en particulier la Cour Permanente de Justice dans le cadre de la Société des Nations et la Cour Internationale de Justice dans celui de l'Organisation des Nations Unies, ce principe a été utilisé pour réguler l'existence de l'ordre interne et de l'ordre international. Cette construction même du principe a aussi bien été appliquée dans le système européen qu'interaméricain. Dans le domaine des droits de l'homme, la Convention Américaine des droits de l'homme prévoit dans son article 46.1 : « *La Commission ne retient une requête ou communication présentées conformément aux articles 44 ou 45 que sous les conditions suivantes, à savoir : a. Que toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du Droit international généralement reconnus; »*. Du côté européen, l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme indique que : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

Pour Verdussen, la subsidiarité entendue dans la Convention européenne - nous pourrions ajouter et dans la Convention Américaine des droits de l'homme- « *renvoie à un précepte simple : il est préférable de privilégier le système le plus proche de ceux qui en sont les bénéficiaires et ceci, étant partiellement lié à cela, le système censé être le plus efficace* »⁶⁸⁰.

Cette explication de Verdussen présente un substrat sociologique qui a trait à la qualité et à la proximité de l'interprète des droits de l'homme. L'existence même d'une première réponse par l'État, présuppose que le système

⁶⁷⁹ Cité par P. BRAULT, G. RENAUDINEAU, ET F. SICARD, *Le principe de subsidiarité*, Paris, La documentation Française, 2005, p.15.

⁶⁸⁰ M. VERDUSSEN, "Subsidiarité et circularité", in *Le principe de subsidiarité* sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.315.

international des droits de l'homme, ne se présente pas comme un moyen qui s'impose, tant que l'État accomplit sa fonction. Dans le cas contraire, l'État perd sa capacité d'action et sera par conséquent soumis au contrôle des juges internationaux des droits de l'homme.

En définitive, le principe de subsidiarité peut être défini comme l'équilibre entre deux ordres préalablement définis. Dans le cas du droit international des droits de l'homme il s'agit de la juridiction nationale et internationale. Les deux ordres conduisent à concevoir la subsidiarité comme une partition de la marge nationale d'appréciation, à condition que l'activation du principe soit faite de façon juste quand l'État ne tient pas compte ou effectue de façon inadéquate la protection des droits de l'homme. C'est alors que le principe de subsidiarité est activé et qu'un mécanisme relationnel sur le plan procédural est ouvert entre l'État et les organismes régionaux de protection des droits de l'homme. Le point d'équilibre dans l'affaire qui nous intéresse, est donné par les mécanismes formels d'activation de cette subsidiarité -*les facteurs d'admissibilité et de compétence*, comme les mécanismes matériels, *les interprétations des droits de l'homme conformément au principe de proportionnalité*-.

Les formes de subsidiarité

Le principe de subsidiarité peut recouvrir plusieurs formes. Du point de vue philosophique la professeur Leurquin de Visscher considère que le principe s'explique par l'intermédiaire de deux vecteurs. Le premier de caractère « négatif » implique «... *l'intervention d'une autorité supérieure vis-à-vis de personnes ou de groupes sociaux qui sont en mesure d'agir eux-mêmes. Ce devoir de non-ingérence trouve sa justification dans la priorité de compétence qui doit être accordée à l'instance la plus proche de l'action à accomplir* »⁶⁸¹. On remarquera sur ce point que les Etats, comme cela a été signalé par les tribunaux régionaux de droits de l'homme, sont mieux placés que le juge international pour résoudre les conflits dans le cas de violation des droits de

⁶⁸¹ F. LEURQUIN DE VISSCHER, "Existe-t-il un principe de subsidiarité?" in "Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.22

l'homme. Cette remarque ne doit pas être prise comme une forme de faiblesse du juge international. Penser que les traités de droits de l'homme établissent de simples normes qui doivent être respectées par l'État⁶⁸² n'est pas entièrement vrai. Les décisions des Cours régionales contraignent aussi les Etats à modifier leurs propres législations⁶⁸³ pour qu'elles soient compatibles avec ce que la jurisprudence indique dans son « *ratio decidendi* ».

La subsidiarité positive « *consiste en une obligation pour l'instance plus élevée d'agir en cas d'insuffisance des acteurs primaires. C'est le devoir de secours qui apparaît ici. Il prend la forme de politiques d'incitation, de soutien ou, le cas échéant, de suppléance, toutes les ingérences qui s'expliquent par le fait qu'en dernière analyse l'autorité supérieure se trouve être responsable de garantir la réalisation de l'intérêt général* »⁶⁸⁴. Cette seconde option pourrait être appliquée de façon directe aux systèmes de protection des droits de l'homme. Dans ce cas l'instance internationale interviendrait pour palier à l'insuffisance des actions de voie interne. Comme cela est expliqué dans la définition de ce genre de subsidiarité, l'action des tribunaux internationaux s'impose à l'Etat et réduit la marge d'appréciation de ce dernier. Callewaert, explique quant à lui la subsidiarité positive de la façon suivante : « *Néanmoins, de même que le juge national est mieux placé pour apprécier une situation de portée nationale, le juge international, par nature, est plus en mesure d'évaluer si une question revêt une portée supranationale et quelles doivent en être les conséquences. C'est là tout le sens des juridictions internationales: leur rôle n'est pas d'abord une question de contrôle, mais de perspective* »⁶⁸⁵.

⁶⁸² Cette idée a été développée par le professeur P-H LAMBERT in « L'apparente simplicité des droits de l'homme: réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits », R.U.D.H, 1989, P. 24, cité M. VERDUSSEN, " Subsidiarité et circularité", dans Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.316.

⁶⁸³ Voir, J O.M. PASQUALUCCI, Jo. M, The practice and procedure of the inter-american court of human rights, op.cit. p. 342.

⁶⁸⁴ F. LEURQUIN DE VISSCHER, "Existe-t-il un principe de subsidiarité? in "Le principe de subsidiarité sous la direction de Francis Delpérée, op.cit., p.22

⁶⁸⁵ J. CALLEWAERT, "Justification du principe de subsidiarité", in "Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, op.cit. p. 351.

Dans le cadre de cette étude la notion de « subsidiarité négative » ne sera pas retenue. En effet à notre avis, la subsidiarité n'a pas sa place quand la violation des droits de l'homme est appréciée dans l'ordre interne ; c'est à l'État de résoudre le différend. Cette action est un corollaire de la marge nationale d'appréciation qui s'imposera dans ce cas uniquement par ses limites intrinsèques. On en déduit que l'idée de « subsidiarité négative » n'a aucun fondement, du fait que l'exercice interne de la souveraineté de l'État n'est pas encadré par deux ordres.

Du point de vue juridique, la doctrine est unanime sur la composition du principe de subsidiarité. Nous retiendrons donc dans cette étude, la division entre subsidiarité procédurale et subsidiarité matérielle. Nous montrerons cependant que l'application qui sera faite dans cette étude, ne correspond pas à la manière développée par la doctrine, comme nous le montrerons.

La subsidiarité procédurale considère l'existence de deux ordres, interne et international. Dans le premier ordre, l'État, doit résoudre toutes les affaires de façon procédurale. Selon Szymczak : « (...) *cette exigence vise à ménager la souveraineté et la susceptibilité des États en leur permettant de remédier, par leurs propres ressources juridiques, aux situations attentatoires aux droits fondamentaux* »⁶⁸⁶. Quant à Sébastien Platon, il indique que cette subsidiarité « *se traduit par l'irrecevabilité des requêtes formées devant les instances de la Convention Européenne des droits de l'homme avant épuisement des voies de recours interne* »⁶⁸⁷. Ces apports doctrinaux permettent de conclure que l'État doit être le réceptacle procédural initial de la plainte. Si cette action ne se montre pas adaptée et effective, il faut faire appel aux instances internationales en faisant intervenir la marge nationale d'appréciation. Dans le cas où il est admis que l'État n'a pas accompli sa fonction, la juridiction internationale prend alors le relai.

⁶⁸⁶ D. SZYMCZAK, "La Convention Européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, op.cit., p. 256

⁶⁸⁷ S. PLATON, "La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français, Paris, L.G.D.J, 2008, p.272

Dans la seconde acception, il faut préciser que les tribunaux régionaux des droits de l'homme n'ont pas le pouvoir de se substituer à la juridiction nationale mais plutôt de la compléter, quand il y a omission du juge interne dans sa fonction de protection. Cette action de complémentarité que Verdussen a appelée « fonction normative de second ordre »⁶⁸⁸, apparaît devant l'absence de volonté de l'État pour protéger les droits de l'homme. A ce sujet, il est nécessaire de rajouter ce qu'indique le professeur Szymczak à propos du système européen quand il dit que la subsidiarité matérielle « ..justifie la reconnaissance, au profit des États, d'une marge d'appréciation dans l'interprétation et l'application de certains droits conventionnels, comme dans l'appréciation des limites apportées à leur exercice »⁶⁸⁹.

La subsidiarité procédurale doit justement être comprise quand la relation procédurale se met en place entre l'Etat et les instances régionales de droits de l'homme, la Com IDH dans le cas américain et la Cour EDH dans le cas européen. C'est dans la façon dont se structure cette subsidiarité procédurale que sont présentées comme conditions extrinsèques de la marge nationale d'appréciation l'épuisement des voies de recours en droit interne et les règles de compétences. En conséquence, l'interprétation et l'application retenues par les juges internationaux s'orientent vers une subsidiarité matérielle.

Faire apparaître dans la subsidiarité procédurale l'action d'interprétation et d'application des tribunaux nationaux dans le droit interne est exagéré. Il n'existe là aucune subsidiarité. On rencontre ici une application du principe de souveraineté et l'exercice de la marge d'appréciation de l'Etat. Certes en droit international, les Etats sont obligés de respecter et de garantir les droits de l'homme protégés par les traités régionaux. L'État acquiert ces obligations quand il ratifie les traités, ce qui conduit les normes internationales à faire alors partie du droit interne où elles deviennent des normes de référence au contentieux. Il est également vrai qu'en plus de ratifier les traités, les Etats

⁶⁸⁸ M. VERDUSSEN, " Subsidiarité et circularité", dans Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, op.cit., p. 321.

⁶⁸⁹ D. SZYMCZAK, "La Convention Européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, op.cit., p.253

reconnaissent en même temps la juridiction des Cours régionales, ce qui implique l'établissement d'une relation entre l'ordre interne et international.

L'obligation est volontairement acceptée, l'État ratifie le traité international de son plein gré et incorpore ses obligations dans son droit interne. C'est pourquoi, comme dans n'importe quel processus interne, l'État agit sans aucune trace de subsidiarité puisqu'aucune relation juridique procédurale ou matérielle ne l'a lié. C'est ultérieurement, en cas de non application du droit interne et de dépôt de plainte par les requérants que la relation juridique procédurale et ensuite matérielle est établie, ce qui par conséquent conduit à l'apparition de la subsidiarité procédurale et plus tard de la subsidiarité matérielle.

Une fois que les tribunaux internationaux rendent leurs décisions qui impliquent, dans la plupart des affaires, la remise en cause des décisions nationales, un autre débat voit le jour entre les Cours régionales des droits de l'homme et les tribunaux constitutionnels. Dans le système européen, le professeur Kastanas⁶⁹⁰ montre que les tribunaux constitutionnels sont souvent réticents ou maintiennent une position de supériorité face au juge représentant l'ordre européen. Cela fait que le rôle de la Cour EDH est dans certaines affaires évincé par certains Etats européens. Szymczak, quant à lui, se demande si le juge interne a un quelconque intérêt à prendre en compte les décisions de la Cour EDH. Pour l'auteur, « *la réponse s'avère souvent positive, même s'il a tendance à maugréer, grommeler et considérer que la norme internationale n'ajoute rien aux règles nationales* ». Comme nous pouvons l'observer, la marge d'appréciation de l'État est considérée comme importante pour ce qui est de l'interprétation des droits de l'homme.

Dans le système interaméricain, les tribunaux constitutionnels sont plus réceptifs aux décisions de la Cour IDH. Nous en voyons un exemple en Colombie où la Cour Constitutionnelle a adopté la représentation de « bloc de

⁶⁹⁰ A ce sujet voir l'ouvrage d'E. KASTANAS, *Unité et diversité- Notions autonomes et marge d'appréciation*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

constitutionnalité⁶⁹¹ » qui permet non seulement d'incorporer dans le droit interne les traités des droits de l'homme signés et ratifiés par la Colombie, mais également les interprétations portant sur les droits de l'homme réalisées par les instances du système interaméricain.

⁶⁹¹ Voir l'arrêt de la Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-225, 1995 in www.corteconstitucional.gov.co

Chapitre I : Le cadre procédural général de protection des droits de l'homme par les traités : l'extension de la marge nationale d'appréciation

Le contrôle du juge international sur la marge d'appréciation nationale s'effectue de façon supplétive. Son action dépend de la façon dont le juge national résout l'affaire. Au cas où l'État ne s'acquitterait pas de façon satisfaisante de sa fonction de protection des droits de l'homme, le plaignant aura la possibilité de faire appel à une institution supranationale pour faire valoir ses droits. Cette structure pyramidale fonctionne afin que l'État bénéficie d'une large marge d'appréciation pour résoudre ses affaires, à condition qu'il le fasse conformément aux obligations générales et spécifiques -selon les limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation-, fixées dans les instruments régionaux des droits de l'homme. Dans le cas contraire, l'État perdra sa marge de manœuvre et les intéressés pourront épuiser les voies de recours interne.

Au vu de ce qui précède, cette section tend à montrer les conditions que doit respecter le juge international afin d'exercer son contrôle sur la méconnaissance des obligations générales et particulières de l'État qui sont du domaine de la marge d'appréciation. Cela permettra de donner une dimension au caractère subsidiaire de sa fonction face au processus de contrôle des droits et permettra de délimiter la notion de marge d'appréciation nationale du point de vue du juge international.

Section I : La Subsidiarité devant ses conditions d'admissibilité : les règles formelles de contrôle du juge international

§ 1 : Épuisement des voies de recours interne : Une limite formelle pour les tribunaux internationaux de droits de l'homme⁶⁹²

L'épuisement des voies de recours en droit interne est une des limites formelles que les plaignants ainsi que les juges internationaux doivent prendre en compte pour connaître une procédure de violation des droits de l'homme commise par un Etat. Dans cet ordre d'idées, il est entendu qu'en premier lieu il est nécessaire d'épuiser les voies de recours existant au sein de l'Etat pour ensuite, en cas de défaut dans la fonction d'administrer la justice, faire appel aux instances internationales. Cette fonction en escalier opère dans le droit international des droits de l'homme, aussi bien dans le système interaméricain qu'europpéen. La Cour EDH a considéré que le juge européen intervient afin de suppléer les déficiences du système national de garantie des droits de l'homme⁶⁹³. Ajoutons que les systèmes de droits de l'homme ont utilisé cette institution élaborée par la CIJ comme un élément du droit coutumier dans la mesure où les procédures internes doivent être respectées avant de faire appel à n'importe quel organisme international⁶⁹⁴.

Avec cette formulation, les documents qui ont fondé les procédures devant les tribunaux régionaux de droits de l'homme ont abordé cette forme d'accès dans la mesure où elle préserve à l'État une marge nationale d'appréciation

⁶⁹² A ce sujet voir les ouvrages, M.A. BEERNAERT, De l'épuisement des voies de recours internes en cas de dépassement du délai raisonnable, RTDH, 2004; M. MELCHIOR, Les Cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours internes à l'égard de la CEDH, Mél, Helmons, Bruylant, 2004, M. VERDUSSEN, La Cour Européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel, Mel, Eissen, Bruylant, 1995, P. COUVREUR, L'épuisement des voies de recours internes et la Cour Européenne de droits de l'homme, Rev droit Belge, 1991, Amerasinghe, C.F, Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius Publications, 1990 et A.A. CANCADO TRINDADE, A.A, The Application of the rule of Exhaustion of local remedies in international law, New Cork, Cambridge University Press, 1983 et l'article de M. PUECHAVY, La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour Européenne des droits de l'homme dans « Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen G. COHEN- JONATHAN, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, p. 1299-1315.

⁶⁹³ Cour EDH, Affaire Scordino c Italie, arrêt du 21 mars, 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=scordino%20|%20ITALIE&sessionid=39775137&skin=hudoc-fr>

⁶⁹⁴ CIJ, Affaire Interhandel (Suisse v. États Unis d'Amérique), arrêt du 21 mars 1959, I.C.J. Reports, 1959, p. 27. 5

qui lui permet de résoudre ses propres affaires. Ainsi, les préambules des conventions européennes et américaines proposent que la protection internationale des droits de l'homme soit coadjuvante⁶⁹⁵ de celle offerte par les normes internes. C'est-à-dire que le système international ne s'impose pas sur celui interne, mais qu'il le laisse fonctionner avant de pouvoir s'enclencher. Devant cette limitation, la Cour IDH a signalé : « (...) *la règle qui exige l'épuisement des voies de recours interne est conçue dans l'intérêt de l'État, car elle cherche à le dispenser de répondre devant une instance internationale pour des actes qui lui sont imputés, avant d'avoir eu l'opportunité d'y remédier par ses propres moyens*⁶⁹⁶ ». Cette formulation assimile cette simple condition, à un droit de l'État à résoudre ses propres affaires, comme faisant partie de sa marge nationale d'appréciation.

Dans ce sens, la Com IDH a indiqué que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours en droit internes s'appuie sur le principe qu'un État en accusation doit être en mesure de donner par lui-même une réparation dans le cadre de son système juridique interne. De la même façon, la Cour EDH indique que cette règle de l'épuisement des voies de recours internes a été établie afin de donner aux instances nationales la possibilité de prévenir ou de résoudre les violations des normes de la Convention⁶⁹⁷. Comme nous pouvons l'observer, la marge d'appréciation joue un rôle essentiel pour l'État dans la première étape de décision d'une affaire portant sur une violation des droits de l'homme. Cependant, il est nécessaire de tenir compte que dans le cas où dans un Etat, des pratiques générales dénotent une impossibilité d'épuiser ces recours, le requérant sera exonéré du respect de la condition imposée par les traités américains et européens.

La question qui se pose à ce stade de la discussion est de savoir si l'épuisement des voies de recours interne a une importance formelle ou si, au

⁶⁹⁵ Com IDH, Rapport No. 15/89, Jorge Blanco c. République Dominicaine, 12 avril 1989 in <http://www.cidh.org/annualrep/88.89span/indice.htm>

⁶⁹⁶ Cour IDH, Affaire Viviana Gallardo et autres c. Costa Rica, arrêt du 13 novembre 1981, §26 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁶⁹⁷ Cour EDH, Affaire Cardot c France, arrêt du 19 mars, 1991 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39776632&skin=hudoc-fr&action=request>

contraire, cette règle s'entend comme une condition matérielle. À ce sujet des auteurs comme Cancado Trindade et I. Brownley⁶⁹⁸ ont signalé que la condition d'épuisement des voies de recours interne répond à des considérations matérielles⁶⁹⁹. Rejoignant en partie ces auteurs, nous admettons que l'épuisement des voies de recours interne constitue un mécanisme matériel et formel qui limite la compétence des tribunaux de droits de l'homme et, incidemment, donne la possibilité à l'Etat de résoudre ses affaires sans aucune ingérence. A ce stade, la demande formulée au-delà de la simple lecture formelle, permet d'envisager l'apparition de la subsidiarité procédurale devant l'inaction ou l'action erronée de l'État pour résoudre ses affaires internes. Cette conception voit son assise renforcée à la lecture des Conventions Européennes et Américaines qui mettent en avant des exceptions à cette règle d'épuisement pour donner au plaignant la possibilité de passer outre les voies de recours interne et de choisir la voie de recours internationale.

A ce stade de la discussion, il faut préciser que l'épuisement des voies de recours interne recouvre deux aspects : le premier de caractère formel apparaît à la lecture des normes de procédure garantissant la protection des droits de l'homme⁷⁰⁰ et l'autre de caractère matériel quand son exigence disparaît, devant l'inexistence de conditions de respect et de garantie des droits de l'homme par l'État, ce qui se matérialise par des exceptions à cette règle d'épuisement des voies interne. Cette dernière idée, mérite d'être approfondie dans la mesure où c'est le juge international qui définit si les recours doivent être ou non épuisés.

Au vu de ce qui précède, l'épuisement des voies de recours interne est consacré dans la CEDH comme dans la CADH comme une condition formelle d'admissibilité des requêtes pour violation des droits de l'homme que les plaignants soumettent à la Com IDH en Amérique et à la Cour EDH en

⁶⁹⁸ I. BROWNLEY, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 497 cité par L. HENNEBEL, *La Convention Américaine des droits de l'homme*, op.cit., p.168

⁶⁹⁹ A.A. CANCADO TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of domestic remedies in international law*, Cambridge, 1983.

⁷⁰⁰ Voir l'article 46 de la CADH et l'article 35 de la CEDH.

Europe. Son existence renvoie à l'existence de deux ordonnancements, interne et international. Dans ce sens, l'établissement d'une condition d'épuisement des recours internes cherche à ce que l'État résolve d'abord les problèmes de violations des droits de l'homme sous sa propre juridiction.

L'observation attentive de cette condition fait naître une question sur le sens de l'expression « voie de recours interne »⁷⁰¹. Sur cette question, la doctrine s'est divisée. Pour une partie⁷⁰², cette notion implique que seuls les recours ordinaires doivent être épuisés par les usagers de la justice, alors que pour les États, cette notion doit inclure les recours extraordinaires puisqu'ils font également partie des recours qui composent un ordonnancement juridique. Par exemple, dans le système juridique français, le recours en cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, qui amènerait à penser qu'il s'agit d'un recours qui doit être épuisé. Cette ligne de pensée est suivie par les professeurs Vincent, Guinchard, Montagnier et Varinard qui considèrent que « l'utilité du recours en cassation par rapport à la violation alléguée de la Convention Européenne n'est pas toujours évidente »⁷⁰³. C'est dans ce sens que se manifeste la position des professeurs Pettiti et Decaux qui signalent que « la règle de l'épuisement des recours internes n'exige en principe que l'exercice des recours ordinaires, mais non des recours extraordinaires »⁷⁰⁴. De la même façon que dans le droit français, il existe en Colombie un recours en cassation devant la Cour Suprême de Justice ou un choix discrétionnaire de *tutelas*⁷⁰⁵ comme des actions de protection des droits fondamentaux devant la Cour Constitutionnelle, qui ne pourraient être considérés comme des recours à épuiser à la lumière des normes internationales de droits de l'homme.

⁷⁰¹ Le débat sur les voies de recours interne est similaire dans le système européen et dans celui interaméricain.

⁷⁰² H. FAUNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, Aspectos institucionales y procesales*, 3^e édition, San José de Costa Rica, 2004, p.303, cité par H. LUDOVIC, *La Convention Américaine des droits de l'homme*, op.cit., p. 173

⁷⁰³ J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER ET A. VARINARD, *Institutions juridictionnelles*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2008.

⁷⁰⁴ L-E, PETTITI, E, DECAUX, P-H, IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'homme* op.cit. P. 591.

⁷⁰⁵ Recours judiciaire extraordinaire de protection de droits fondamentaux en Colombie. Sa source juridique est l'article 86 de la Constitution Politique de 1991.

Du point de vue jurisprudentiel, la Com EDH a fait remarquer qu'un recours ne peut être considéré comme extraordinaire s'il dépend du pouvoir discrétionnaire d'une autorité⁷⁰⁶. Pour la Cour IDH⁷⁰⁷, la notion de recours est en relation avec ce qui est « ordinaire » et non avec ce qui est extraordinaire comme ont voulu le faire valoir les Etats avec la justification de l'exception d'épuisement des recours de voie interne en Amérique comme en Europe. Le juge Vidal Ramirez a signalé que le recours de révision était extraordinaire et qu'il n'avait pas la virtualité ou l'efficacité pour être considéré comme un recours de voie interne⁷⁰⁸.

S'agissant de la nature des recours, la jurisprudence des deux tribunaux et la doctrine précise qu'il est nécessaire d'épuiser les recours de voie interne, quand ils sont adéquats et effectifs⁷⁰⁹. A ce sujet, les Cours EDH et IDH ont défini les recours adéquats comme étant ceux qui sont indiqués pour protéger la situation juridique exposée⁷¹⁰. Par contre, elles ont indiqué que les recours effectifs sont ceux qui sont aptes à protéger ou à veiller au respect des droits violés⁷¹¹. Un exemple présenté par la Cour IDH a ainsi été expliqué dans une de ses premières décisions :

« (...) dans l'affaire d'une personne mise en détention préventive par les autorités de l'État, normalement le recours d'exhibition personnelle ou habeas corpus sera celui qui convient pour la trouver, vérifier si elle a été légalement arrêtée et, éventuellement, obtenir sa libération ; mais si ce recours exigeait d'identifier le lieu de détention et l'autorité qui l'a effectuée, il ne serait pas adapté pour trouver la personne détenue de façon clandestine par les autorités de l'État, puisque dans ce cas, seule une preuve référentielle de la

⁷⁰⁶ Com EDH, Affaire Kustannus Oy Vappa Ajattelija AB et al c Finlande, arrêt du 15 Avril, 1996 et voir L'affaire Kustannus OY Vapaa Ajattelija c, Finlande, arrêt du 15 avril, 1996 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39783531&skin=hudoc-fr&action=request>

⁷⁰⁷ Cour IDH, Affaire Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires du 3 septembre 1998, §33 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁰⁸ Cour IDH, vote dissident du juge Fernando Vidal Ramírez, § 1^o, 2^o, in l'affaire Cantoral Benavides, arrêt du 3 septembre 1998, §33 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁰⁹ Com EDH, Affaire Durrand c France, arrêt du 20 mai 1998 et Affaire El Guarti c France, arrêt du 23 avril, 1998 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39783405&skin=hudoc-fr&action=request>

⁷¹⁰ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juin 1988, §63 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷¹¹ Com IDH, Rapport N.º 30, Gustavo Carranza c. Argentine du 30 septembre 1997 in <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina10.087.htm>

détention existe et que l'on ignore où se trouve la victime »⁷¹². Dans l'affaire Cantoral Benavides, la CIDH a signalé que devant la détention, il n'y avait pas eu de recours indiqué, du fait de l'existence de deux décrets de loi qui coupaient à la racine l'habeas corpus pour les détenus accusés de terrorisme ou de trahison de la patrie⁷¹³.

Dans une autre décision capitale, la Cour IDH a considéré que les voies de recours interne ne doivent pas tous être épuisés pour que soit ouverte l'instance internationale, car ils ne sont pas tous applicables dans toutes les circonstances ; on s'en tient à ceux adéquats, car « (...) *si dans une affaire spécifique le recours n'est pas adapté, il est évident qu'il n'est pas nécessaire de l'épuiser* »⁷¹⁴.

A notre avis, c'est le recours ordinaire qui doit être épuisé et non celui extraordinaire dans la mesure où son exercice témoigne d'une série de conditions qui ne se vérifient pas dans tous les cas et qui produisent pour le plaignant non seulement une charge excessive en raison du degré de spécificité qu'implique l'élaboration de cette série de recours, mais un retard dans la résolution du contentieux qui remet en cause le droit qui est en discussion.

Quant à la possibilité de l'État d'invoquer l'exception de non épuisement des voies de recours interne, elle doit être proposée au cours des premières étapes de la procédure devant la Com IDH dans le cas interaméricain ou devant la Cour EDH dans le cas européen. Il faut rappeler que la Cour IDH considère que « *l'exception de non épuisement des recours internes doit être demandée, pour qu'elle soit opportune, au cours de l'étape d'admissibilité de la procédure devant la Commission, c'est-à-dire, avant toute considération de*

⁷¹² Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez, arrêt du 29 juin 1988, §63 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷¹³ Cour IDH, Affaire Cantoral Benavides, arrêt d'exceptions préliminaires du 30 janvier 1996 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷¹⁴ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juillet 1988 et Com IDH, Rapport N°. 15 de 1995, Feldman et autres contre Colombie, pp. 71-76 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

fond ; si ce n'est pas le cas, il est présumé que l'État renonce tacitement à s'en prévaloir »⁷¹⁵. Si l'État n'y a pas recours, il est entendu qu'il y renonce.

Dans ce sens, la Com IDH a décidé que si les Etats qui ont l'opportunité de répondre à la question de l'épuisement des voies de recours interne ne le font pas, ils renoncent tacitement à leur droit de contester l'admissibilité des demandes sur le principe du non épuisement des voies de recours interne⁷¹⁶.

A) La doctrine de la Quatrième instance : l'épuisement des voies de recours interne

L'interprétation des Cours régionales des droits de l'homme à l'égard de la règle d'épuisement des recours de voie interne a conduit à la construction d'une représentation jurisprudentielle appelée « *la doctrine de la quatrième instance* » qui pose que la juridiction internationale n'est pas une Cour d'appel selon la ligne hiérarchique judiciaire existant en droit interne. Cet aspect est important pour comprendre la place du juge international des droits de l'homme, dans la mesure où cela permet de préciser aux plaignants que la fonction des tribunaux internationaux de droits de l'homme est de prendre connaissance des violations des droits de l'homme dans les Etats membres quand la réponse de l'État est perçue sous deux aspects : i) les recours ont été épuisés, mais dans la procédure ou la décision judiciaire respective, les droits consacrés dans la Convention ont été violés ; ou ii) le plaignant n'a pas eu la possibilité d'épuiser les voies de recours interne en raison de l'absence de droit d'agir en justice, de l'empêchement de leur utilisation, ou d'un retard excessif, ce qui violerait les critères jurisprudentiels de délai raisonnable qui seront expliqués postérieurement. Ainsi, cette formule de la quatrième instance est une limite pour le plaignant et une extension de la marge

⁷¹⁵ Cour IDH, Affaire Acevedo Jaramillo c. Pérou, Arrêt du 7 février 2006, §124 et Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004 §81 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷¹⁶ Com IDH, Rapport N. ° 38/00, Baptiste c. Grenada, du 13 avril, 2000, Rapport N. ° 25/00 Omar Hall c. Bahamas du 7 mars 2000, Rapport No. 25/00 Schroeter et Bowleg contra Bahamas du 27 septembre, 2000 in <http://www.cidh.org/annualrep/99span/indice.htm>

d'appréciation de l'État quant à sa compétence dans la connaissance des violations des droits de l'homme.

Comme nous l'avons signalé, la formule de la quatrième instance⁷¹⁷ est en relation directe avec la condition requise relative aux voies de recours interne qui est congruente avec la pratique du Système Européen de droits de l'homme⁷¹⁸. Selon cette formule, ni la Com IDH, ni la Cour EDH ne peuvent se prononcer sur des affaires déjà jugées par le droit interne et dont les contenus respectent les traités internationaux des droits de l'homme. A ce sujet la Com IDH signale : « ... la prémisse initiale de cette formule est qu'il n'est pas possible de réviser les arrêts dictés par les tribunaux nationaux qui agissent dans la sphère de leurs compétences en appliquant les garanties judiciaires nécessaires »⁷¹⁹.

La fonction de la Com IDH en Amérique comme celle de la Cour EDH en Europe consiste à garantir le respect des obligations assumées par les Etats membres de la Convention, mais ne peut jouer le rôle d'une Cour d'appel pour examiner des erreurs supposées de droit ou de fait, qui peuvent avoir été commises par les tribunaux nationaux qui ont agi dans les limites de leurs compétences. Cette doctrine fait table rase de façon claire des conditions d'admissibilité des requêtes et de la limite de la marge d'appréciation des Etats en ce qui concerne l'interprétation et l'application des droits de l'homme. En effet selon Rodriguez « (...) la doctrine de la quatrième instance est directement liée à l'existence d'un pouvoir judiciaire fonctionnel et confère une marge discrétionnaire aux Cours des Etats pour estimer, par exemple, la valeur des preuves ou le fondement de la loi applicable dans une affaire »⁷²⁰.

⁷¹⁷ Elle devrait à notre avis s'appeler "troisième instance" dans la mesure où dans les ordonnancements juridiques il existe deux instances et la possibilité d'interjeter des recours extraordinaires. C'est un fait qui, comme nous l'avons indiqué dans cette étude, n'est pas susceptible d'être compris comme un recours dans le sens donné par le droit international des droits de l'homme, en raison de son caractère exceptionnel et, dans certains cas comme celui colombien, discrétionnaire.

⁷¹⁸ F. CASTBERG, A. SIJOFF-LEIDEN, *The European Convention on Human Rights*, por W.Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, NY, 1974, pp. 63-64.

⁷¹⁹ Com IDH, Rapport No. 02/05, *Affaire C. Alberto Mohamed c. Argentine* du 22 février 2005, Rapport N.º 15/01, *Affaire Wilma Rosa Posadas c. Argentine* du 10 octobre 2001, Rapport N.º 329 de 2001, *Cristian Scheib Campos c. Chili* du 14 juin 2001, Rapport, N.º 11,226 de 1998, *Affaire Vila Masot c. Venezuela* du 12 octobre 1998, Rapport 39/96 *Marzioni c. Argentine*, du 15 octobre 1996, Rapport No. 8/98; *Saccone c. Argentine*, 2 mars 1998 in <http://www.cidh.org/annual.esp.htm>

⁷²⁰ D. RODRIGUEZ- PINZON " La Comisión Interamericana de derechos humanos" in *Derecho Internacional de los derechos humanos* (C. MARTIN- D. RODRIGUEZ- PINZON et J. A. GUEVARA. Compiladores), México, Editorial Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 201.

Pour cette raison, les requérants devront seulement porter leurs affaires devant les systèmes de protection des droits de l'homme en arguant de la certitude d'une violation des droits de l'homme et non en présupposant que la juridiction internationale donne le dernier mot sur leur procès judiciaire.

B) La preuve des faits: le rééquilibrage de la balance des intérêts pour le plaignant

Dans le système européen comme dans celui interaméricain, il est établi que devant l'impossibilité du requérant de prouver l'épuisement des recours, cette faculté revient à l'État, c'est-à-dire que la preuve des faits s'inverse. Ce principe a été exposé par la Com IDH et la Cour IDH sur le plan interaméricain et par la Cour EDH sur le plan européen de façon réitérée. On en retrouve un exemple dans le rapport 34 de 2001 de la Com IDH⁷²¹ qui indique : « (...) si l'État invoque l'exception de non épuisement des recours de voie interne, il est dans l'obligation de démontrer que les recours qui n'ont pas été épuisés sont adaptés pour résoudre la violation alléguée, de la même façon, la preuve des faits s'inverse du fait que l'État devra dire quels sont les recours qui auraient dû être utilisés »⁷²². Sur le plan européen, le tribunal indique que c'est à l'État qu'il incombe de prouver que le recours : « (...) était effectif et disponible, tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, et était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès »⁷²³.

Cette règle de la preuve a ses écueils, du fait que la Cour IDH a soutenu⁷²⁴ que si l'État prouvait l'existence de certains recours internes qui auraient dû

⁷²¹ Com IDH, Rapport 34/01, massacre de Mapiripán c. Colombie du 22 février 2001 in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

⁷²² Com IDH, Rapport 31/93 Salas et autres c. Etats Unis, du 14 octobre, 1993 in <http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.573.htm>

⁷²³ Cour EDH, Affaire Horvat c Croatie, arrêt du 26 juillet, 2001 in Szymczak, David, "La Convention Européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 258

⁷²⁴ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juin 1988, Affaire Godínez Cruz c. Honduras, arrêt du 20 janvier 1989 et l'affaire Fairén Garbí et Solís Corrales c. Honduras, arrêt du 15 mars 1989 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

être utilisés, la charge de preuve des faits s'inverse et il appartient alors à l'auteur de la requête ou de la demande de démontrer que ces recours ont été épuisés, ou que l'affaire tombe sous le coup d'une des exceptions des articles 46, point 2 de la CADH ou 35 de la CEDH⁷²⁵.

Un exemple a contrario s'est présenté dans la jurisprudence interaméricaine à propos de l'affaire Castillo Petruzzi contre Pérou⁷²⁶ où il fut possible d'observer que l'État n'avait pas expliqué les recours qui auraient dû être épuisés, parmi lesquels se trouvaient l'habeas corpus et l'action de protection. Cette situation explique que l'État n'est pas seulement un acteur passif dans son action interne, mais que placé devant une procédure internationale, il doit expliquer les actions qui auraient dû être épuisées.

Cette façon de comprendre la preuve des faits devant l'épuisement des voies de recours interne s'explique par le déséquilibre substantiel et procédural entre l'État et ses citoyens, en particulier quand ces derniers le dénoncent pour la violation des droits consacrés dans les instruments régionaux de protection des droits de l'homme. A notre avis, l'existence de cette pratique, matérialisée dans les normes internationales, permet de limiter la marge d'appréciation de l'État, non plus seulement dans l'interprétation des droits, mais dans l'appréciation du droit d'obtenir justice et de la façon dont il est respecté. En réalité, la juridiction internationale des droits de l'homme permet un suivi du rendu de la justice de l'État supposé contrevenant.

§ 2 : Les exceptions à la condition d'épuisement des voies de recours interne

Il existe trois exceptions à la condition d'épuisement des voies de recours interne aussi bien dans la CADH - article 46 - que dans la CEDH - article 35 - : i) l'inexistence du droit d'obtenir justice, ii) l'empêchement dans l'épuisement des recours et iii) le retard injustifié dans la décision des recours internes. Ces conditions font peser sur l'État une responsabilité dans la protection des droits

⁷²⁵ H. FAUNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, op.cit., p. 243.

⁷²⁶ Cour IDH, *Affaire Castillo Petruzzi c Pérou*, arrêt du 4 septembre 1998, § 63 et ss in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

de l'homme, qui dans l'éventualité où ils seraient violés tient dans l'obligation de sanction découlant de l'article 1 de la CADH comme de la CEDH.

L'inexistence du droit d'obtenir justice est vérifiée en cas de carence dans les mécanismes nationaux structurant le déroulement du procès. Mais on tient compte aussi du cas où le droit au procès est satisfait, mais son utilisation a été illusoire.

La constatation de cette absence du droit d'obtenir justice conduit à particulariser deux situations. La première de caractère général et l'autre de caractère particulier. Pour la première, il est nécessaire de vérifier s'il n'y a pas d'indépendance de la branche judiciaire, ce qui entraîne une absence du droit d'obtenir justice. C'est un aspect intéressant car comme nous avons pu l'observer dans la première partie de la thèse, un des éléments de l'existence d'une marge d'appréciation conforme au droit international des droits de l'homme part de l'existence d'un appareil judiciaire indépendant. Ne pas tenir compte de cette circonstance reviendrait à tomber dans ce que le professeur O'Donnell appelle la démocratie délégative⁷²⁷ dans laquelle le pouvoir public s'agglutine autour d'un homme charismatique qui une fois à la tête du pays, délégitime les autres branches du pouvoir public en se prévalant d'une légitimité populaire.

Quant à la seconde situation, il faut vérifier concrètement dans l'affaire que, soit les mécanismes internes n'existaient pas, soit ceux qui existaient étaient illusoires⁷²⁸. Dans les deux cas, cette exception serait établie et aboutirait à une mutilation de la marge d'appréciation de l'État en vertu de l'impossibilité de remplir ses obligations de respect et de garantie des droits de l'homme par l'État.

Afin d'illustrer la première exception nous prendrons quatre affaires latino-américaines. La première, Salas contre les États-Unis dans laquelle la Com

⁷²⁷ Voir G. O'DONNELL, "Delegative democracy" *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, 1994, pp. 55 et 56.

⁷²⁸ Cour EDH, Affaire De Jong, Balget et Van den Brink c. Holanda, arrêt du 22 mai 1984 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39784559&skin=hudoc-fr&action=request> cité par J.F. RENUCCI, *Traité de droit Européenne de droits de l'homme*, op.cit., p.863.

IDH dans une affaire contre les États-Unis⁷²⁹ a admis une requête d'un groupe de panaméens qui ont subi des préjudices en raison de l'invasion nord-américaine du Panama en 1989, qui avait pour but de capturer le général et président Manuel Antonio Noriega. Dans cette affaire, il existait des normes au Panama qui empêchaient de présenter une requête contre les États-Unis ; par ailleurs, ils ne pouvaient pas non plus le faire aux États-Unis parce que les faits n'étaient pas survenus sur ce territoire. Dans cette affaire, l'inexistence du droit d'obtenir justice est manifeste.

Envisageons maintenant le cas du Pérou où pendant le gouvernement d'Alberto Fujimori l'inexistence du droit d'obtenir justice était claire. Ainsi au mois d'avril 1992, l'ancien chef de l'État aujourd'hui condamné pour des délits contre l'humanité, a destitué onze membres de la Cour Suprême de Justice, huit magistrats du Tribunal Constitutionnel, des membres des conseils nationaux et des districts de la magistrature, le Procureur Général de l'État, l'Inspectrice Générale des Finances de la République et plus de 134 personnes parmi les membres des cours régionales et les procureurs supérieurs par l'intermédiaire des décrets de loi 25.423, 25.424, 25.425, 25.420 et 25.419 de 1992. Ces faits ont été considérés par la Com IDH dans son rapport général sur la situation des droits de l'homme au Pérou⁷³⁰, comme un effondrement de la branche judiciaire de l'État, ce qui permet à n'importe quelle requête de ne pas tenir compte des conditions établies relatives à l'épuisement des recours internes.

Une troisième affaire concerne la liberté de pensée et d'expression au Venezuela. Le régime installé dans ce pays et conduit par le président Hugo Chavez Frias a poursuivi les médias indépendants à l'aide de censures directes et indirectes. Ainsi, la Cour IDH a condamné l'État vénézuélien dans l'affaire *Perozo et Autres* pour avoir commis une « série d'actes et d'omissions, survenus entre octobre 2001 et août 2005, constitués par des déclarations de fonctionnaires publics et des actes de harcèlement, des

⁷²⁹ Com IDH, Rapport 31/93 Salas et autres c. États-Unis, du 14 octobre, 1993 in <http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.estadosunidos10.573.htm>.

⁷³⁰ Com IDH, Rapport général sur la situation des droits de l'homme au Pérou, 1993, p. 20 et ss in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

agressions physiques et verbales, ainsi que l'empêchement du travail journalistique, commis par des agents de l'État et des particuliers, au préjudice de 44 personnes liées à la chaîne de télévision Globovision, dont des journalistes, du personnel technique associé, des employés, du personnel de direction et des actionnaires, ainsi que de certaines enquêtes et procédures pénales ouvertes ou effectuées au niveau interne en relation avec ces faits »⁷³¹. Dans ce sens, la Cour IDH a de nouveau condamné l'État vénézuélien dans l'affaire Rios et autres⁷³² pour avoir commis des faits similaires à ceux vérifiés dans l'affaire Perozo, contre des journalistes appartenant cette fois, non à la chaîne Globovision, mais à la chaîne de télévision RCTV.

Notons enfin le cas du Honduras, pays qui a souffert un coup d'Etat le 1er juillet 2009 contre le président Manuel Zelaya. L'assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains (OEA) a condamné le coup d'Etat en déclarant qu'elle « *...rejette énergiquement le coup d'État contre le Gouvernement constitutionnel du Honduras ainsi que la détention arbitraire et l'expulsion du pays du Président constitutionnel José Manuel Zelaya Rosales, situation qui a produit l'altération inconstitutionnelle de l'ordre démocratique. 2. De réaffirmer que le Président José Manuel Zelaya Rosales est le Président constitutionnel du Honduras et d'exiger le rétablissement immédiat, sûr et inconditionnel de ce dernier dans ses fonctions constitutionnelles. 3. De déclarer que ne sera reconnu aucun gouvernement qui sera issu de cette rupture inconstitutionnelle et de réaffirmer que les représentants désignés par le Gouvernement constitutionnel et légitime du Président José Manuel Zelaya Rosales sont les représentants de l'État du Honduras près l'Organisation des États Américains* »⁷³³. De façon spécifique, l'Observatoire de la liberté d'expression a signalé au sujet de ce coup d'Etat que le gouvernement de facto « *... a publié le décret de Loi numéro PCM-M-016-2009, publié au*

⁷³¹ Cour IDH, Affaire Perozo et autres c. Venezuela, arrêt du 28 janvier 2009, § 2 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷³² Cour IDH, Affaire Ríos et autres c. Venezuela, arrêt du 28 janvier 2009, § 2 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷³³ Résolution adoptée à la séance plénière tenue le 1er juillet 2009 et devant être soumise à la Commission de style in http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-216/09

Journal Officiel « La Gaceta » le 26 septembre. Ce décret a suspendu, entre autres, le droit constitutionnel à la liberté d'expression, en interdisant toutes les publications qui « offensent la dignité humaine, les fonctionnaires publics, ou portent atteinte à la loi et aux résolutions gouvernementales ». Le décret a autorisé la Commission Nationale des Télécommunications (CONATEL) à interrompre immédiatement, avec l'utilisation de la force publique, la transmission de toute émission de radio, chaîne de télévision ou système câblé qui à son avis porte atteinte aux interdictions mentionnées. En application de ce décret, au matin du 28 septembre, l'autorité perquisitionna et saisit les équipements de transmission du Canal 36 de télévision et de Radio Globo, des médias qui se sont caractérisés pour leur position critique du gouvernement de facto »⁷³⁴. Ce genre de législation permet d'établir sans aucun doute que n'importe quel requérant se trouve exonéré de la nécessité d'épuiser les recours internes en raison de l'absence du droit d'obtenir justice et du démembrement manifeste de l'appareil judiciaire ou de l'atteinte à son indépendance.

Une autre branche se réfère au fait que le requérant n'a pas eu la possibilité d'accéder aux recours ou qu'on ne lui a pas permis de les épuiser. Comme nous pouvons l'observer cette restriction se décompose en deux hypothèses. La première, est une négation absolue d'accès aux recours de voie interne, imposée aux victimes, et qui entraîne l'impossibilité de mettre en marche la machine judiciaire pour faire valoir leurs droits. La seconde se définit comme une négation relative du droit d'accès aux recours internes, imposée aux victimes, et qui consiste en un empêchement d'épuiser les recours, tout en reconnaissant qu'ils ont mis en marche l'appareil judiciaire.

Un exemple de la première de ces hypothèses apparaît dans la pratique interaméricaine avec l'opinion consultative 11/90⁷³⁵, dans laquelle la Cour IDH

⁷³⁴ Observatoire Spécial sur la Liberté d'Expression de la CIDH, communiqué de presse N. 71/09 qui condamne le décret de suspension des garanties au Honduras et les violations de la liberté d'expression du 29 septembre 2009 in <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=764&IID=2>

⁷³⁵ Cour IDH, "Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos", articles 46.1, 46, 2a. y 46.2b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinion consultiva OC-11/90 du 10 août 1990, Serie A N.º 11, § 17-19 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

répond à deux questions : la première, de savoir si un indigent peut directement faire appel à la Com IDH pour obtenir la protection d'un droit garanti sans avoir épuisé les recours de voie interne ; et la seconde, de trouver une solution si l'on fait directement appel à la Com IDH sans épuiser les recours devant la peur généralisée des avocats de représenter les victimes.

La réponse de l'instance juridictionnelle internationale du système fut, dans la première affaire, que si un indigent demande effectivement une assistance légale afin de protéger un droit garanti par la Convention et que sa condition l'en empêche, il est dispensé d'épuiser les recours internes.

La Com IDH dans l'affaire Alan Garcia contre Pérou⁷³⁶ a considéré que le président péruvien n'a pas eu la possibilité d'accéder aux recours étant soumis à une contrainte d'État sous le gouvernement de l'ex-président Fujimori, sa maison a été perquisitionnée de façon illégale par les troupes de l'armée, ses proches se sont retrouvés avec des armes pointées sur eux, ce qui a produit chez M. Garcia, le besoin d'échapper au harcèlement. Sa femme tenta de déposer un recours d'habeas corpus, mais sa réalisation fut impossible, car elle a à chaque fois été refoulé à renfort de gaz lacrymogènes par les troupes qui cantonnaient devant le Palais de justice.

Pour ce qui est de la seconde hypothèse, la Cour IDH a signalé que quand cette situation se présente, la victime pourrait être exonérée de la règle d'épuisement des recours. Dans le système européen, la Cour EDH a indiqué que les personnes malades du sida qui sont soumises à des transfusions sanguines peuvent passer outre à l'épuisement des recours juridictionnels internes⁷³⁷. Dans le système interaméricain, la Cour IDH s'est prononcée dans l'affaire Hilaire, Constantine, Benjamín et autres contre Trinidad et Tobago en indiquant que concrètement dans l'affaire et malgré les recours

⁷³⁶ Com IDH, Rapport No. 1/95, Affaire Alan García c Pérou, du 7 février 1995 in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

⁷³⁷ Cour EDH, Affaire X c Francia, arrêt du 31 mars 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39785091&skin=hudoc-fr&action=request>

existants, et en particulier, l'action constitutionnelle pour éviter l'exécution de la peine capitale, les condamnés n'ont pas eu la possibilité de les utiliser, ce qui implique que les recours à leur disposition étaient illusoires⁷³⁸.

Une troisième exception prend en compte le retard injustifié dans la décision statuant sur les recours. Cette disposition conventionnelle existant dans un système comme dans l'autre, amène à se prononcer sur le temps que doit durer un procès, en incluant la notion de retard, ou le type de procédure mise en œuvre dans l'affaire, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un procès civil, pénal, administratif ou d'autre nature. Le retard injustifié dans les procès internes au sein de l'État, conduit à constater l'inefficacité des recours existants dans la législation.

A ce sujet, la Cour IDH a considéré que les critères élaborés par la Cour EDH sur ce point devaient être utilisés. Ainsi, le tribunal a établi trois critères pour déterminer le délai raisonnable dans les affaires pour que les victimes ou les membres de la famille puissent, soit alléguer l'exception stipulée dans l'article 46 de la CADH ou l'article 35 de la CEDH, soit invoquer la non reconnaissance de la notion de délai raisonnable pour un droit établi par les instruments régionaux de droits de l'homme.

Un exemple de cette situation est observable dans l'affaire Juan Humberto Sanchez contre Guatemala dans laquelle la Cour IDH a indiqué : « *que dans l'affaire litigieuse un retard injustifié s'est présenté dans la décision sur les recours internes dont il est fait mention, car si les enquêtes ont bien débuté au siège de la prison en octobre 1992, les responsables matériels et intellectuels de l'exécution extrajudiciaire de M. Juan Humberto Sanchez n'ont à ce jour pas été sanctionnés. Le retard injustifié est une exception reconnue de l'épuisement préalable des recours internes. Comme la Cour l'a indiqué, dans la juridiction internationale, l'essentiel est de préserver les conditions nécessaires pour que les droits procéduraux des parties ne soient pas*

⁷³⁸ Cour IDH, Affaire, Hilaire, Constantine, Benjamín et autres c Trinidad y Tobago, arrêt du 21 juin 2002, p.150 et sv. in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

*diminués ou déséquilibrés, afin d'atteindre les objectifs pour lesquelles les différentes procédures ont été conçues*⁷³⁹.

C'est ainsi que la Cour EDH a considéré que l'appréciation du délai raisonnable devait intégrer trois critères : (i) la complexité de l'affaire ; (ii) l'activité procédurale de l'intéressé, et (iii) le travail des autorités judiciaires⁷⁴⁰. En tenant compte de ces critères, la Cour IDH a réaffirmé les normes dans ses décisions à partir de l'affaire Vélasquez Rodriguez contre Honduras. Dans la décision Valle Jaramillo⁷⁴¹, le tribunal interaméricain a ajouté un nouveau critère tenant à « *la situation juridique de l'individu* » qui se fonde sur le besoin du système de protéger la personne des problèmes qui dérivent de l'existence d'un système judiciaire complexe. Dans l'affaire traitée, la Cour IDH a considéré que les victimes et les membres de la famille avaient été soumis à des procès internes en tous genres et que l'argument de la complexité de l'affaire ne pouvait porter atteinte à leur droit substantiel. Plus tard, dans l'affaire Kawas contre Nicaragua⁷⁴², la Cour IDH a rebaptisé son critère en l'appelant « préjudice produit par la situation juridique de la personne impliquée dans l'affaire » qui a le même fondement que celui établi dans l'affaire Valle Jaramillo.

En résumé, l'épuisement des recours internes constitue un des mécanismes de l'État pour retenir sa compétence afin de résoudre les contentieux qui apparaissent sur son territoire et qui touchent aux droits de l'homme.

Ce mécanisme devient un corollaire des éléments de la marge nationale d'appréciation et, par conséquent, constitue une limite pour le juge international. De façon exceptionnelle, la marge d'appréciation de l'État

⁷³⁹ Cour IDH, Affaire Juan Humberto Sanchez c Honduras, arrêt du 7 juin 2003 §97, Affaire Baena Ricardo et autres c. Panamá, arrêt d'exceptions préliminaires du 18 novembre 1999, §41; Affaire de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales et autres), arrêt d'excepciones preliminares du 25 janvier 1996 §42; et Affaire Gangaram Panday arrêt d' excepciones preliminares du 4 decembre 1991 §18 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁴⁰ Cour E.D.H., Affaire Motta c Espagne, arrêt du 19 février 1991, §30 et Affaire Ruiz Mateos c Espagne, arrêt du 23 juin, 1993, §30 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁷⁴¹ Cour IDH, Affaire Valle Jaramillo c. Colombie, arrêt du 27 Novembre 2008, Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Arrêt du 29 janvier 1997, §77, et Affaire Heliodoro Portugal c. Panamá, arrêt du 12 août 2008 § 149 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁴² Cour IDH, Affaire Kawas c Nicaragua, arrêt du 3 avril 2009, §112 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

disparaît, quand il n'accomplit pas sa fonction d'administrer la justice ou qu'il le fait de façon inadéquate, ce qui donne lieu à des exceptions à la règle d'épuisement des recours. On n'est pas dans une simple affaire de caractère procédural dans cette relation bifrontale entre la juridiction interne et internationale, l'épuisement des recours internes est comme l'a signalé la Cour IDH « *une question portant sur l'interprétation et l'application de la Convention* »⁷⁴³ et, par conséquent, sa nature est autant substantielle que formelle.

⁷⁴³ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez C. Honduras, arrêt du 26 juin 1987, §84 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Section II : La Subsidiarité à travers les règles de compétence encadrant le contrôle du juge international

Comme l'épuisement des recours internes, les règles de limitations de compétences sont celles imposées aux juges internationaux dans les systèmes régionaux de droits de l'homme.

En tenant compte des conditions formelles de subsidiarité, une classification binaire sera établie (i) se rapportant à la personne et à la matière et (ii) se rapportant au temps et au lieu. Ceci répond en premier lieu à une logique qui relie les sujets de la relation procédurale au type de droits violés et, en second lieu, à l'établissement des éléments circonstanciels comme le lieu où a été constatée la violation et le moment où elle a été occasionnée qui doivent être observées dans ces affaires.

Dans les développements qui suivent ces différents domaines seront distingués, quand cela est nécessaire, en comprenant qu'il existe une procédure à suivre dans le système interaméricain devant la CIDH et la Cour IDH et une autre dans le système européen devant la Cour EDH. Nous chercherons à vérifier la relation entre la subsidiarité et les règles de compétence, en même temps que les règles formelles s'imposant au juge international⁷⁴⁴.

§ 1 : Les limitations de compétences des tribunaux régionaux de droits de l'homme en ce qui concerne la personne et le sujet de protection

A) Compétence ratione personae

⁷⁴⁴ Dans le Système interaméricain cette liaison apparaît dans le préambule de la Convention Américaine sur les droits de l'homme qui dispose: « les droits essentiels de l'homme n'existent pas en raison de l'appartenance nationale à un certain Etat, mais ont pour fondement les attributs de la personne humaine, raison pour laquelle ils justifient une protection internationale, de nature conventionnelle coadjuvante ou complémentaire de celle offerte par le droit interne des Etats Américains »

La compétence *ratione personae* est celle imposée au juge international qui est dans l'obligation de constater que la dénonciation soumise à son examen a été présentée par des requérants spécifiques, appelés « victimes » et par une personne mise en cause appelée « État ». Quant au requérant précisons que les systèmes de protection des droits de l'homme ne se réfèrent pas *strictu sensu* à une contrepartie en litige ou au fait qu'il se trouve à égalité de conditions dans la procédure. Une différence structurelle se manifeste dans les procédures d'un système à l'autre. Dans le système interaméricain, la Com IDH présente l'affaire devant la Cour IDH en représentation des victimes auxquelles est reconnu un « *locus standi in judicio* » qui leur permet de réaffirmer leurs prétentions et de participer à la procédure de réparation. Dans le système européen, les victimes de la violation supposée des droits de l'homme - *personnes physiques ou morales* -, présentent leur affaire contre l'État, ce qui implique la disparition des corps institutionnels intermédiaires qui fractionnent la construction d'une relation juridique procédurale devant la chambre plénière de la Cour EDH.

Comme le soutient le juge de la Cour Internationale de Justice et ancien juge de la Cour IDH, Antonio Cancado Trindade⁷⁴⁵, sans le *locus standi in judicio* des deux parties, n'importe quel système de protection se trouve irrémédiablement diminué car il n'est pas raisonnable de concevoir des droits sans la capacité procédurale de les mettre directement en relation. Avec la participation de la victime ou du requérant à la procédure, leur indépendance est clarifiée par rapport aux Cours Régionales, en même temps qu'est stimulé l'exercice direct d'un droit propre qui lui revient de façon catégorique.

Afin de concrétiser ce droit, deux notions seront en conséquence abordées (i) la qualité pour agir en justice en tant que requérant (actif) et (ii) la qualité pour agir en justice en tant que défendeur (passif).

1) La qualité pour agir en justice en tant que requérant

⁷⁴⁵ A.A. CANCADO TRINDADE, *Evolution du droit international au droit des gens: L'accès des individus à la justice internationale. Le regard d'un juge*, Paris, Ed. Pedone, 2008, p. 29

Les articles 44 et 62 de la CADH dans le cas interaméricain tout comme l'article 34 de la CEDH indiquent que toute personne ou groupe de personnes peut constituer un requérant –*sans qu'elle ou qu'elles doivent nécessairement être la ou les victime(s) de la violation alléguée et sans que le requérant doive être le représentant de la victime de la violation ou une personne directement en rapport avec elle*⁷⁴⁶–, ou une Organisation Non Gouvernementale, ONG⁷⁴⁷, reconnue dans un Etat Membre de l'OEA.

Sur la participation des O.N.G. dans l'un ou l'autre système il est nécessaire d'apporter une précision. Dans le système américain, les organisations qui plaident ne peuvent avoir un caractère officiel, alors qu'en Europe les organisations publiques ont la possibilité de plaider leurs affaires à Strasbourg. Selon les professeurs Burgorgue-Larson et Úbeda de Torres, peuvent plaider leurs affaires : « (...) *dans le cadre conventionnel européen, les personnes morales autres que celles qui participent à l'exercice de la puissance publique, comme les collectivités locales ou même celles exerçant des missions du service public* »⁷⁴⁸. Renucci, quant à lui ajoute que : “ « (...) *certaines personnes morales de droit public peuvent être considérées comme des organisations non gouvernementales mais à condition qu'elles n'exercent aucune prérogative de puissance publique et qu'elles soient indépendantes vis-à-vis de l'État* ». ”⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ H. FAUNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, op.cit., p. 176 et ss.

⁷⁴⁷ J.M. VIVANCO, “Las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos”, in *Revista Estudios Básicos de Derechos Humanos- REBDH-*, tomo I, editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, novembre de 1994, pp. 275-294. Dans cette étude, l'auteur définit les O.N.G. comme des associations privées, qui s'organisent de façon formelle et informelle et assument volontairement la mission de contrôler publiquement le respect des droits de l'homme dans un Etat. L'activité que ces organisations développent est très diverse et comprend des actions de défense, d'enquête et de dénonciation, et même d'éducation et de promotion en matière de droits de l'homme. Dans ce même article, l'auteur définit les caractéristiques suivantes des O.N.G. :

1. Elles doivent être indépendantes et autonomes.
2. Elles doivent enquêter sur les violations des droits de l'homme qui sont imputables à l'État.
3. Elles doivent s'adresser à l'opinion publique nationale et internationale.
4. Elles doivent avoir de la rigueur et de l'objectivité dans les enquêtes et dans la documentation des affaires.

⁷⁴⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, ET A.UBEDA DE TORRES, “Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme”, op.cit. p.128

⁷⁴⁹ J-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op.cit, p. 847.

Les Conventions ont voulu permettre que la société civile accomplisse une fonction de dénonciation dans le système. Pour cette raison, même une O.N.G. d'un pays autre que celui de la nationalité de la victime peut dénoncer les violations des droits de l'homme. Malgré l'ample faculté des ONG, cette disposition suppose dans le cas américain que les organisations soient reconnues dans un ou plusieurs des Etats membres de l'OEA, ce qui limite à la sphère régionale leur légitimité d'action. Ainsi, une O.N.G. nord-américaine ne pourrait présenter une requête en sa qualité de représentant d'une ou de plusieurs victimes ; elle pourrait cependant s'appuyer sur une O.N.G. reconnue par l'Organisation des Etats Américains.

Dans ce sens, les articles 45 de la CADH et 34 de la CEDH donnent la possibilité à un État membre d'engager une procédure à l'encontre d'un autre Etat membre pour des violations de la Convention⁷⁵⁰. Comme nous pouvons le voir, la relation procédurale qui se constitue, se manifeste entre deux Etats membres. Pour que ce soit le cas⁷⁵¹, il est nécessaire que les deux Etats membres aient reconnu dans une déclaration séparée, la compétence des instances régionales pour connaître de telles actions. Cependant, un État membre de la Convention pourra engager une procédure contre un autre État membre qui n'aurait pas effectué la déclaration de compétence de la CIDH⁷⁵² ou devant la Cour EDH. Dans ce cas, la procédure sera transmise afin que cet Etat puisse exercer son option qui consiste à effectuer la déclaration de reconnaissance de compétence de la CIDH ou de la Cour EDH.

Si l'État ne reconnaît pas la compétence de l'instance régionale, mais répond à la procédure, il sera entendu qu'il l'accepte⁷⁵³. La reconnaissance de

⁷⁵⁰ Cette forme de requête n'a en pratique eu lieu dans aucune affaire en raison des implications de caractère politique et diplomatique qu'elle produirait.

⁷⁵¹ Com IDH, Rapport 01/07, Nicaragua c Costa Rica du 8 mars 2007 in <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Casointerestatalsp.htm>.

⁷⁵² Article 48 du Règlement de la CIDH in <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic18.RulesOfProcedureIACHR.viejo.htm>

⁷⁵³ Ce principe s'appelle *forum prorogatum*; il consiste dans le fait que l'État qui a été mis en cause, qui n'a pas reconnu la compétence de l'instance qui cherche à définir le contentieux, effectue des actes séparés et successifs, ou même, se retire d'actes d'accords des parties, particulièrement de la partie mise en cause. C'est le cas de l'affaire "Haya de la Torre" c. Pérou en 1951, R. A. BROTONS, R. RIQUELME, J. DIEZ, E. ORIHUELA, ET P. PEREZ, L. DURBAN, *Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, p. 870 et suivantes, 1997.

compétence peut être faite sans échéance, pour une période déterminée ou pour des cas spécifiques.

Comme nous avons pu le voir, il est possible qu'une multitude de sujets puissent agir contre l'État sur le plan international en limitant sa marge d'appréciation.

a. Les limites de la notion de victime dans les systèmes régionaux de droits de l'homme

Dans le système interaméricain, la qualité de victime n'est pas obligatoirement nécessaire pour formuler la requête, ce qui est une condition *sine qua non* d'autres mécanismes régionaux ou universels⁷⁵⁴, comme ceux qui se trouvent dans la Convention Européenne des droits de l'homme et le Protocole Facultatif du Pacte International de Droits Civils et Politiques de l'ONU⁷⁵⁵.

La notion de « victime » devant la Cour IDH doit être comprise dans une perspective étendue et non restrictive. La perspective étendue, est celle qui protège non seulement la victime directe de la violation, mais également celle indirecte ou potentielle ; c'est-à-dire, celle qui bien que ses droits n'aient pas été violés directement, souffre, *prima facie*, de la violation. C'est la position qui s'est imposée devant la Cour IDH et devant la Cour EDH.

Dans plusieurs affaires, la Cour IDH a signalé que les membres de la famille des victimes de violations des droits de l'homme peuvent être à leur tour victimes⁷⁵⁶. Une de ces affaires est celle de Bamaca Velasquez, que les Forces Armées guatémaltèques ont fait disparaître. Son épouse a souffert un grand calvaire dans sa lutte pour essayer de le retrouver vivant ou mort, et

⁷⁵⁴ F.O. SALVIOLI, "Derechos, Acceso y Rol de las Víctimas", in *El futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 295-342.

⁷⁵⁵ Article 1^o du Protocole Facultatif du Pacte International de Droits Civils et Politiques- PFPIDCP-.

⁷⁵⁶ Cour IDH, Affaire de Villagrán Morales et autres c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 19 novembre 1999 §175; affaire Castillo Páez c. Pérou, arrêt de fond et réparations du 27 novembre 1998 §52; affaire Blake, Cour IDH, Affaire Blake c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 22 janvier 1999 §115; et l'affaire Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 25 novembre 2000 párrafos 158-161 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

c'est pour cette raison que sa qualité de victime a également été reconnue dans l'arrêt.

Le juge Garcia Ramirez, dans son vote séparé sur cette décision⁷⁵⁷, signale :

« (...) l'évolution du concept de victime, est partie de ce que l'on a appelé la notion de noyau, concentrée sur ce que l'on pourrait appeler la victime directe, pour parvenir dans cette affaire aux notions élargies qui sont exprimées dans les concepts de victimes indirectes et de victimes potentielles (...). Cette notion a été abordée de la même façon devant la Cour IDH dans les affaires Villagrán Morales⁷⁵⁸ et Blake⁷⁵⁹, où le tribunal a correctement et juridiquement fondé l'extension de la notion de victime⁷⁶⁰.

« Il est probable que la Cour IDH examine de nouveau cet aspect dans des arrêts futures. Pour cette raison, il pourrait considérer comme une victime directe la personne qui souffre un préjudice de ses droits fondamentaux comme un effet immédiat de la violation elle-même : il existe entre les deux une relation de cause à effet -dans le sens juridique du lien-, sans intermédiaire ni solution de continuité. Par contre, la victime indirecte souffrira un préjudice de ses droits, comme conséquence immédiate et nécessaire conformément aux circonstances du dommage souffert par la victime directe. La distinction technique entre les deux catégories n'implique en aucune façon que l'une d'elles revêt un rang hiérarchique supérieur à des fins de protection juridique. Elles sont également protégées dans la Convention et peuvent figurer dans la décision, que ce soit pour les considérer, substantiellement, comme des sujets qui peuvent agir en justice en tant que requérants dans une affaire de violation, créanciers de réparations, pour pouvoir obtenir un fondement pour engager une procédure de façon générale et indistincte⁷⁶¹ ».

⁷⁵⁷ Cour IDH, Affaire de Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt du 25 novembre 2000, vote concurrent du juge Sergio Ramírez García, §3 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁵⁸ Cour IDH, Affaire de Villagrán Morales c. Guatemala et autres, arrêt du 19 novembre 1999, §173-177 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁵⁹ Cour IDH, Affaire Blake c. Guatemala, arrêt du 24 janvier 1998, § 97 et 116 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁶⁰ Cour IDH, Affaire de Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt du 25 novembre 2000, vote concurrent du juge Antonio Cancado Trindade, §39 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁶¹ Cour IDH, Affaire de Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt du 25 novembre 2000, vote concurrent du juge Sergio Ramírez García, §5, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Dans le système Européen, la Cour EDH a également accepté que lorsque les droits fondamentaux d'une personne sont violés, comme le droit à la vie ou le droit à l'intégrité physique, les personnes les plus proches de la victime peuvent également être considérées comme des victimes⁷⁶². C'est pourquoi le Tribunal Européen a développé le concept de victime, en estimant en outre que pour être considéré comme une victime, les caractéristiques suivantes doivent être réunies :

« a. Un lien familial proche. b. Les circonstances particulières de la relation avec la victime. c. Dans quelle mesure le membre de la famille a été témoin des événements en relation avec la violation des droits de l'homme. Et d. La façon dont le membre de la famille est lié à l'affaire »⁷⁶³.

Une autre particularité du système européen consiste dans la possibilité de recevoir des requêtes présentées par des « victimes potentielles », c'est-à-dire, des personnes dont les droits peuvent être violés de façon imminente. Selon Renucci : « (...) *c'est ainsi que la Cour Européenne n'a pas hésité à considérer comme victime d'une violation du droit de recevoir des informations en matière d'avortement, des femmes non enceintes mais en âge de procréer* »⁷⁶⁴. Cet exemple de la part de la Cour EDH a marqué le début d'une conception étendue de la victime qui peut être perçue comme une dénaturation du droit d'agir en justice dans le système et par conséquent, d'une perte de la qualité d'action en justice de la souveraineté des Etats et de leurs marges nationales d'appréciation en raison de l'ambiguïté sur les parties requérantes de l'action.

Cette classification qui émane de la Cour EDH considère que les victimes doivent être comprises dans un sens étendu. L'existence de systèmes supranationaux n'est pas un hasard. Leur existence est due à la fonction qu'ils accomplissent quand l'État méprise les mécanismes internes de justice.

⁷⁶² Cour EDH, Affaire Kurt c. Turkey, arrêt du 25 mai, 1998 §130-134 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39785208&skin=hudoc-fr&action=request>

⁷⁶³ Cour EDH, Affaire Timurtas c Turkey, arrêt du 13 juin 2000, §95 et Cakici versus Turkey, arrêt du 8 juillet 1999, §98 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁷⁶⁴ J-F. RENUCCI, Traité de droit européen des droits de l'homme, op.cit., p. 849.

Dans cet ordre d'idées, l'existence de la notion de « victime » en Amérique comme en Europe, est une conséquence logique de la fonction des tribunaux supranationaux des droits de l'homme. Le concevoir autrement, reviendrait à tomber dans la conception restreinte de la victime et dans la coexistence de deux ordres divergents qui ne coïncident jamais, et ne se rencontrent pas entre eux.

b. Les actions de personnes morales: la pluralité interprétative dans le système interaméricain des droits de l'homme face à l'unité dans le système européen des droits de l'homme

Interposer des requêtes devant des instances internationales de droits de l'homme propose, per se, une restriction de la marge nationale d'appréciation de l'État.

Cette restriction se vérifie quand le plaignant doit respecter les conditions requises d'admissibilité, que nous avons expliquées dans la première section, tout comme les facteurs de compétence. Une des conditions qui présente le plus de problème pour les plaignants est celle de la capacité collective d'agir en justice. Dans le système interaméricain, il existe une pluralité interprétative qui va de la prohibition d'action de la part de personnes morales en passant par la possibilité d'action que nous expliquerons plus avant. Dans le système européen, il n'existe aucune difficulté particulière, car la Cour EDH a interprété de façon étendue l'article 34 de la Convention⁷⁶⁵, et permet pour cette raison à des personnes morales d'interjeter des requêtes. Ainsi, nous aborderons ici le problème qui est apparu dans le système interaméricain, et qui témoigne sans aucun doute que la moindre capacité d'accès au système interaméricain confère une plus importante marge d'appréciation à l'État sur les droits de l'homme.

L'article 44 stipule que « toute personne » peut interjeter des requêtes. Cette expression est trop ambiguë et ne fait pas la lumière sur le concept. Plusieurs

⁷⁶⁵ M. OETHEIMER, "L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe: Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume Uni, op.cit., p. 68.

débats sont apparus sur ses particularités. Un des premiers, est la question de savoir si une personne naturelle étrangère peut interjeter des requêtes pour la violation de droits de l'homme dans le Système. Cette réponse a été apportée par la Convention dans le paragraphe que nous avons précédemment cité quand elle précise « toute personne ». Cette notion ne soulève pas de discussion concernant les personnes physiques qui peuvent présenter des requêtes, mais ce n'est pas le cas pour les personnes morales.

La Com IDH a alors adopté une position erronée sur la participation des personnes morales à la présentation de requêtes devant cette instance. Cette voie herméneutique a débuté avec une affaire de 1987 contre le Paraguay⁷⁶⁶ où il a été établi que la Convention avait été violée pour avoir « (...) *maintenu l'entreprise dans un véritable état d'incapacité de défense juridique, ce qui l'a placé dans une situation économique de banqueroute évidente et l'a forcé à une fermeture temporaire* ». Le troisième point de la décision établit l'obligation d'indemniser l'entreprise et les employés de la Radio Ñandutí. Malgré cette décision, l'instance s'est plusieurs fois prononcée, ce qui a permis d'élucider et de préciser l'impossibilité de reconnaissance de la qualité pour agir en justice en tant que requérant des personnes juridiques dans le Système.

Dans une affaire sur l'expropriation de la Banque de Lima, en 1991, la Com IDH a considéré que le Système de Protection se limite à la protection des personnes physiques mais n'inclut pas les personnes morales. Dans ce sens, elle a déclaré que bien qu'il possédait des compétences pour protéger les droits d'un individu dont la propriété est confisquée, il n'a aucune juridiction sur les droits de personne morale, comme les compagnies, ou comme dans cette affaire, les institutions bancaires⁷⁶⁷. Les requêtes présentées par des entreprises, des personnes morales, en condition de victime directe ou quand ce sont ces dernières qui effectuent l'épuisement du recours de voie interne

⁷⁶⁶ Com IDH Rapport No. 14/87, Radio Ñandutí c. Paraguay du 17 mai 1984 <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

⁷⁶⁷ Com IDH, Rapport No. 10/91 in Rapport annuel de la CIDH 1990-91, p. 454 et suivantes in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

et non des personnes physiques qui se présentent comme requérants, ne sont pas recevables selon l'analyse de la Com IDH.

La CIJ dans une affaire sur la légitimité des personnes morales, a déclaré que la protection des droits des actionnaires peut présenter des problèmes de déni de justice, question qui a été abordée dans le système de la Convention européenne sur les droits de l'homme⁷⁶⁸. Dans ce sens, la Com IDH a rapporté dans l'affaire Tabacalera Boquerón S.A. contre Paraguay⁷⁶⁹ : « (...) *en ce qui concerne la qualité pour agir en justice du requérant pour présenter une affaire devant la Com IDH, il est nécessaire de comprendre que le préambule de la Convention Américaine sur les droits de l'homme, tout comme son article premier, définissent la personne comme « tout être humain », et par conséquent, le système de protection des droits de l'homme se limite dans cette hémisphère à la protection des personnes physiques mais n'inclut pas les personnes juridiques ».*

Le 11 mars 1999, la Com IDH s'est de nouveau prononcée à ce sujet dans l'affaire Mevopal contre Argentine⁷⁷⁰, et a rejeté l'affaire parce que les requérants présentaient leur requête en tant que personne morale. La Com IDH a réaffirmé son critère dans les affaires Banque de Lima contre Pérou et Tabacalera Boquerón S.A. contre Paraguay. Dans une autre affaire, Bernard Merens et famille contre Argentine⁷⁷¹ la Com IDH a réaffirmé sa décision précédente et a indiqué que « (...) *elle rejetait les recours de voie interne parce qu'ils avaient été interjetés et épuisés par l'entreprise GINO S.A. qui constitue une partie juridique différente des requérants* », ce qui a conduit la Com IDH à établir une véritable impossibilité d'identité dans la légitimation de l'affaire présentée.

⁷⁶⁸ H. FAUNDEZ LEDESMA, en *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, op.cit., p. 180.

⁷⁶⁹ Com IDH, Rapport N.º 47/97, Tabacalera Boquerón c. Paraguay du 16 octobre 1997 in <http://www.cidh.org/annualrep/97span/ParaguayTabacalera.htm>

⁷⁷⁰ Com IDH Rapport N.º 39/99, Mevopal c. Argentine 11 mars 1999 in <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Inadmisibilidad/Argentina.Mevopal.htm>

⁷⁷¹ Com IDH, Rapport N.º 103/ 99, Bernard Merens et Famille c. Argentine, 27 septembre 1999 in <http://www.cidh.org/annualrep/99span/indice.htm>

Avec ces décisions, la Com IDH a clairement montré qu'il existe une impossibilité réelle de présenter des actions individuelles dont la légitimation revient à des personnes juridiques : si les personnes morales épuisent les voies de recours interne, il y a alors défaut de qualité pour agir devant la Com IDH pour défaut de recevabilité, et dans ce sens, si la personne morale épuise les voies de recours de voie interne mais que les personnes physiques qui la composent présentent une requête, il y aurait également défaut de qualité pour agir car il n'y aurait pas d'identité de celui qui a épuisé et fait la requête.

Cependant, cette position a commencé à se dénaturer dans l'affaire Carvallo Quintana contre l'Argentine, du 14 juin 2001, où la Com IDH a admis une requête de M. Carvallo Quintana en sa qualité d'actionnaire majoritaire de la Banque Régionale du Nord de l'Argentine, (Barna). Le requérant a allégué la violation du droit de propriété de la part de la Banque Centrale de la République d'Argentine, qui a dicté des résolutions arbitraires et illégitimes, en révoquant l'autorisation de fonctionnement du Barna, et décidé de sa liquidation en ordonnant aux autorités concernées de promouvoir la déclaration judiciaire de banqueroute. En conséquence de ces actions, les recours juridictionnels de voie interne ont été épuisés par Carvallo et par le Barna.

La Com IDH a déclaré que bien que les personnes morales ne fassent pas l'objet de protection dans le Système, les droits des personnes et de leur propriété privée, en tant qu'actionnaires d'une entreprise ne sont pas exclus de la protection de la Convention. Ce même rapport a également indiqué que : *« (...) l'investissement d'un actionnaire dans les actifs du capital d'une entreprise intègre la propriété de cette personne physique, et en principe, est susceptible d'être estimé et protégé dans le cadre de la Convention Américaine. Dans les déclarations, l'Argentine a invoqué l'affaire Barcelona Traction où la Cour Internationale de Justice, a établi une distinction utile entre les droits d'un actionnaire et ceux d'une entreprise. Tel que l'a rappelé la Cour IDH dans l'affaire Ivcher, la distinction effectuée par la CIJ signale que le droit interne concède aux actionnaires certains droits directs, par exemple,*

ceux de recevoir des dividendes qui sont distribués, d'être présents aux réunions du comité directeur et de participer aux votes qui y sont effectués, et recevoir une partie des actifs qui subsistent en cas de liquidation. De l'analyse précédente, au sujet de la demande, il résulte que, s'il est clair qu'elle met en évidence une certaine superposition entre les droits du requérant et ceux du Barna, M. Carvallo Quintana s'efforçait d'obtenir la protection judiciaire de certains droits individuels ».

Cette décision a été réaffirmée dans l'affaire López Urquíá contre Honduras dans laquelle la Com IDH a accepté la compétence *ratione personae* à condition que dans le droit interne du Honduras, l'entreprise ne bénéficiait d'aucune personnalité juridique distincte de celle du propriétaire⁷⁷². Comme nous pouvons le voir, la Com IDH permet l'interjection de requêtes des actionnaires qui ont des intérêts dans leurs entreprises.

Dans l'arrêt d'exceptions préliminaires du 7 septembre 2001, la Cour IDH en opposition évidente avec la Com IDH, a déclaré dans l'affaire Cantos contre Argentine que bien que ce pays affirme que les personnes morales ne sont pas incluses dans la Convention Américaine, et par conséquent, les dispositions de la Convention ne s'appliquent pas à ces personnes, cela n'est pas complètement vrai, car il est nécessaire de tenir compte que :

« (...) les droits et les obligations attribuées au nom des personnes morales se résument à des droits et des obligations des personnes physiques qui les constituent ou qui agissent en leur nom et en leur représentation. Nous pouvons en sus rappeler ici la Convention de Vienne sur les droits des traités, tel que cette Cour l'a fait à plusieurs reprises, et affirmer que l'interprétation prétendue par l'État conduit à des résultats irrationnels car il implique d'enlever la protection de la Convention à un ensemble important de droits de l'homme. Cette cour considère que bien que la représentation des personnes juridiques n'a pas été expressément reconnue dans la Convention Américaine, comme le fait le protocole No. 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme, cela ne restreint pas la possibilité, que sous certaines

⁷⁷² Cour IDH, Affaire Carlos Alberto López Urquíá c Honduras, arrêt du 24 Octobre, 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

conditions, un particulier puisse faire appel au système interaméricain des droits de l'homme pour faire valoir ses droits fondamentaux, même quand ces derniers sont protégés par une représentation de fiction juridique créée par le système même de droit »⁷⁷³. Cette décision a été réaffirmée par la décision Perozo et autres contre le Venezuela⁷⁷⁴.

Comme le laisse entendre l'arrêt de la Cour IDH, il existe un conflit d'interprétations entre les deux organismes de protection du Système. D'un côté, la Com IDH retire la possibilité d'admettre l'accès de la personne morale au Système, comme il en résulte de la lecture des rapports commentés, et de l'autre, la Cour IDH permet la protection de la personne juridique dans certaines circonstances. Elle ne précise malheureusement pas lesquelles.

A notre avis, la position de la Com IDH continue à s'imposer dans cette discussion puisque c'est l'instance qui permet la recevabilité ou non d'une requête devant le Système. Pour cette raison, la seule voie serait que la partie qui invoque l'affaire soit une personne physique et devant la réponse négative dans le pays, de présenter une requête en invoquant le déni de justice. Ceci permettrait probablement de dépasser la barrière dressée par la Com IDH déclarant son incompetence manifeste en utilisant le raisonnement de la Cour IDH pour appuyer la requête.

Au vu de ce qui précède, on constate que sur ce point le système européen est plus perméable aux réclamations présentées par les personnes morales, ce qui est totalement contraire à ce qui existe dans le système interaméricain. Ces mécanismes d'ouverture proposent devant l'action, une résistance plus importante dans le système américain face à la possibilité de dénonciation des citoyens, ce qui fait que le juge interaméricain se trouve beaucoup plus encadré par le facteur de compétence ce qui joue en faveur de la marge nationale d'appréciation.

⁷⁷³ Cour IDH, Affaire Cantos c. Argentine, arrêt d'exceptions préliminaires du 7 septembre 2001 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁷⁴ Cour IDH, Affaire Perozo et autres c. Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 29 janvier 2009, §, 399-400, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

c. *Autres groupes devant les systèmes régionaux de droits de l'homme*

L'article 44 stipule « qu'un groupe de personnes » possède également la qualité pour agir en tant que requérant, dans le but de ne pas rendre répétitif le travail de la CIDH dans l'analyse des affaires. Il serait maladroit d'empêcher l'accès à un groupe de personnes quand une affaire les concerne tous. Pour cette raison et en vertu de l'économie procédurale, les requêtes d'un groupe de personnes dûment identifiées sont admises. Les requêtes collectives sont autant possibles dans le système interaméricain qu'europpéen. Dans ce cas, qu'il s'agisse de communautés indigènes, de partis politiques, de syndicats ou de communautés religieuses, ils possèdent la qualité pour agir en justice en tant que requérant dans le système, c'est-à-dire la capacité de porter plainte.

Dans le Système Interaméricain, la Com IDH tout comme la Cour IDH ont accepté des affaires contre des groupes multiples. Parmi celles-ci on remarquera les actions engagées par les peuples indigènes. Cette façon d'agir a été mise en valeur et acceptée par la Cour IDH dans de nombreuses affaires, ce que résumant Burgorgue et Úbeda de Torres : « *La Cour de San José ici est très souple, y compris à l'égard de leurs représentants. Elle considère que le fait de ne pas fournir les pouvoirs dûment signés par les victimes au début du procès ne peut pas en soi entraîner les refus de la requête* »⁷⁷⁵.

Cette interprétation large de la Cour IDH met l'État dans une position difficile car il doit prendre des mesures pour protéger les groupes minoritaires dans le cadre de sa marge d'action face aux droits de l'homme. La Cour IDH l'a ainsi corroboré dans les affaires Yatama contre Nicaragua⁷⁷⁶, Moiwana contre Suriname⁷⁷⁷, Yakye Axa contre Paraguay⁷⁷⁸, la Communauté Mayagna, Sumo

⁷⁷⁵ L. BOURGORGUE-LARSEN, LAURENCE ET A. UBEDA DE TORRES, "Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, op.cit., p.141.

⁷⁷⁶ Cour IDH, Affaire Yatama c Nicaragua, arrêt du 23 juin, 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁷⁷ Cour IDH, Affaire Moiwana c Suriname, arrêt du 15 juin, 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁷⁸ Cour IDH, Affaire Yakye Axa c Paraguay, arrêt du 17 juin, 2005 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Awas Tingni contre Nicaragua⁷⁷⁹ et la Communauté Sawhoyamaxa contre Paraguay⁷⁸⁰.

De la même façon, les partis politiques peuvent présenter la requête au nom des personnes touchées par la violation des droits consacrés dans les instruments que connaissent les instances du Système. Cela fut le cas des parents des membres assassinés du parti politique colombien appelé Union Patriótica⁷⁸¹ et des sénateurs de la province du Chaco en Argentine⁷⁸². Les travailleurs ont également bénéficié d'une garantie étendue par la CIDH dans l'affaire Baena Ricardo et autres contre Panama⁷⁸³ où 270 d'entre eux revendiquaient leur droit au travail.

Dans le système européen de protection des droits de l'homme, la situation n'est pas vraiment différente car la Com EDH a, à l'occasion, permis la formulation de requêtes d'organisations religieuses (*Church of scientologie contre la Suède*)⁷⁸⁴. Ainsi, à de nombreuses reprises, la Cour EDH a reçu des requêtes de partis politiques, comme par exemple dans l'affaire Refah Partisi contre Turquie⁷⁸⁵.

Cette amplitude procédurale, permet aux requérants de faire appel à la juridiction internationale par le biais d'une « *actio popularis* » qui oblige l'État à satisfaire les droits fondamentaux dans sa juridiction, non seulement envers des personnes physiques, mais également envers des groupes de toutes sortes -des minorités ou non-, y compris les personnes morales.

⁷⁷⁹ Cour IDH, Affaire Comunidad Mayagna c Nicaragua, arrêt du 1 février, 2000 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁸⁰ Cour IDH, Affaire Sawhoyamaxa c Paraguay, arrêt du 29 mars, 2006 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁸¹ Com IDH, Rapport N.º 5/97, Reniciar et autres c. Colombie du 12 mars 1997, in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

⁷⁸² Com IDH, Rapport No.130/99, Victor Oropeza c. le Mexique, 19 Novembre 1999 in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>

⁷⁸³ Cour IDH, Affaire Baena Ricardo c. Panamá, arrêt du 18 novembre, 1999 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁸⁴ Com EDH, Affaire Church of scientologie c. Suède, arrêt du 5 mai 1979 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=54496528&skin=hudoc-fr>

⁷⁸⁵ Cour EDH, Affaire Refah Partisi, arrêt du 13 février, 2003 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39785433&skin=hudoc-fr&action=request>

2) La qualité pour agir en justice en tant que défendeur

a. Devant la Commission Interaméricaine des droits de l'homme

L'article 27 du règlement de la Com IDH indique que les Etats membres des traités peuvent être dénoncés pour définir leur responsabilité sur les violations de droits de l'homme. Cela veut dire que l'État est le seul acteur qui peut être mis en accusation dans les systèmes de protection des droits de l'homme.

L'instance du Système peut uniquement examiner l'attitude des Etats. Ce qui précède conduit à conclure que la responsabilité individuelle pour la violation des droits de l'homme ne peut sous aucun motif être déterminée devant la Cour IDH. Cette explication de la responsabilité est transcendantale car si l'on recherche la responsabilité individuelle pour des violations des droits de l'homme ou des infractions au droit international humanitaire, ce sont d'autres instances, et d'autres formes de sanctions qui s'imposent⁷⁸⁶.

Devant la Com IDH, la qualité pour agir en justice en tant que défendeur est déterminée par trois conditions :

(i) Être un Etat Membre de l'OEA, car comme nous l'avons indiqué la CIDH peut recevoir des requêtes contre un État membre de l'OEA, qui pourra être accusé de violations de la Déclaration Américaine de droits et devoirs de l'homme de 1948, en tant qu'instrument fondateur du Système et antécédent de la Convention Américaine sur les droits de l'homme. Un État membre ne pourra être présenté devant la Cour IDH, sauf dans le cas où deux exceptions sont prévues : des Etats membres qui reconnaissent la compétence de la

⁷⁸⁶ Ces formes seraient :

1. La législation punitive interne.
2. La Juridiction universelle par un juge.
3. Le Tribunal Pénal International.
4. Les Tribunaux ad-hoc si le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies les met en place. Dans le monde, seuls deux tribunaux ont été créés ad-hoc: Il concernent le Ruanda et l'Ex-Yugoslavie.

Cour IDH pour une affaire spécifique ou sous une condition de réciprocité, où des Etats membres qui ratifient d'autres traités. Ces exceptions seront abordées au cours de l'étude du concept de mise en examen devant la Cour IDH.

(ii) Être un Etat membre de la CADH, mais qui n'a pas reconnu la compétence contentieuse des tribunaux. C'est le cas où la Com IDH connaîtra l'affaire et selon les articles 50 et 51, elle pourra signaler les violations de la Convention Américaine sur les droits de l'homme. Elle ne pourra par contre pas remettre l'affaire à la Cour IDH car l'État n'a pas accordé de compétence à la Cour IDH. Dans le même sens que ce qui précède, il existe une exception : des Etats membres qui n'ont pas reconnu la compétence de la Cour IDH, mais qui ont ratifié d'autres instruments. Cela sera abordé lors de l'analyse procédurale de la Cour IDH.

(iii) Être un État membre de la Convention Américaine sur les droits de l'homme, avec une reconnaissance de compétence contentieuse de la Cour IDH. Ce dernier cas implique que la CIDH connaît l'affaire et peut en toute liberté la remettre à la Cour IDH selon les articles 50 et 51 de la Convention Américaine sur les droits de l'homme.

b. Devant la Cour Interaméricaine des droits de l'homme et devant la Cour Européenne des droits de l'homme

Dans le système interaméricain, le juge prend en compte des conditions spécifiques pour admettre la compétence de la Cour IDH. Dans le système européen ces circonstances n'ont pas lieu d'être, car en ratifiant la CEDH et conformément à l'article 32, l'Etat accepte de plein droit la compétence de la Cour EDH dans des affaires qui engagent sa responsabilité supposée dans le domaine des droits de l'homme⁷⁸⁷. Cette notion est renforcée par l'existence

⁷⁸⁷ En Europe le principe de la clause automatique de compétences est entré en vigueur avec l'amendement du protocole 11 qui a supprimé la clause facultative de compétence de l'ancien article 46 de la CEDH.

de l'article 34 qui établit que la requête est déposée contre les États et, par conséquent, ceux-ci s'engagent à n'entraver d'aucune façon la procédure.

Dans cet ordre d'idées, ce point de vue sera abordé de façon conjointe à chaque fois que la doctrine est pacifique dans le système européen.

Ainsi, l'article 62 de la CADH pose que tout État membre « (...) *peut, au moment de déposer son instrument de ratification ou d'adhésion, ou à n'importe quel moment ensuite, déclarer qu'il reconnaît comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour (...)* ». Cette disposition propose que, ce soit au cours de l'acte de matérialisation de la ratification du traité, c'est-à-dire, quand l'instrument est déposé au secrétariat de l'OEA, ou à tout autre moment ensuite, l'État ou les États peuvent reconnaître la compétence de la Cour IDH. Cette déclaration peut être réalisée de quatre façons : (i) inconditionnellement, (ii) sous condition de réciprocité, (iii) pour un délai déterminé, et (iv) pour des cas spécifiques.

La première est celle où l'État reconnaît la compétence du tribunal régional de façon étendue et, comme son nom l'indique, sans aucune sorte de condition. Dans ces cas-là, une fois la reconnaissance présentée, l'État ne peut limiter sa compétence, c'est-à-dire qu'il ne peut retirer des facultés à la Cour IDH quant à la connaissance des affaires qui lui parviennent. La deuxième est en relation avec la reconnaissance de la compétence des Cours par les États, à condition que d'autres États aient reconnu de la même façon cette compétence. Cette condition fait que l'instance effectue des démarches auprès de tous les pays des Systèmes américains ou européens afin que la compétence des Cours soit reconnue.

La troisième est donnée pour intervenir dans des délais déterminés, ce qui signifie que les États pourraient demander que la compétence de la Cour IDH intervienne à partir d'un moment défini. La dernière intervient dans des cas spécifiques, c'est-à-dire, quand la compétence est reconnue seulement pour des aspects ponctuels qui sont décidés au préalable, et dans aucun autre cas. A ce moment-là, par l'intermédiaire de la reconnaissance de la compétence, une limitation *ratione materiae* est donnée, comme c'est le cas

de la Convention spéciale dans laquelle un État membre qui n'a pas accepté la compétence de la Cour IDH le fait sur invitation spéciale de la CIDH ou de *motu proprio* après l'apparition d'un conflit⁷⁸⁸.

A ce sujet, le juge Cancado Trindade a déclaré avec raison que l'article 62 de la Convention constitue une clause solide, et par conséquent, n'admet aucune sorte d'extension⁷⁸⁹. Cela signifie que l'État ne peut invoquer des limitations de compétence distinctes de celles définies dans cet article.

Cette première limite de la compétence des juges, permet de déterminer les sujets susceptibles de protection internationale quand l'Etat n'a pas accompli sa fonction de protéger les droits de l'homme des individus. Sur ce point, la qualification stricte permet de confirmer que la marge nationale d'appréciation de l'État ne disparaît pas, même dans les cas où il ne rend pas effectivement la justice. Dans tous les cas il est nécessaire de vérifier les types de sujets requérants et défenseurs de l'action présentée pour comprendre le passage de la subsidiarité procédurale à la subsidiarité matérielle.

B) Compétence *ratione materiae*

La compétence *ratione materiae* se définit comme le pouvoir spécifique que possède le juge interaméricain ou européen pour connaître une certaine affaire qui porte exclusivement sur un domaine que l'Etat a au préalable reconnu par le biais de la ratification d'un traité spécifique. Dans cet ordre d'idées, la compétence *ratione materiae* est une des limites des tribunaux régionaux des droits de l'homme du fait que leur marge d'action ne peut aborder des domaines que l'État n'a pas au préalable autorisé. Ce processus d'autorisation se matérialise par le biais de la signature et de la ratification des traités régionaux des droits de l'homme et avec la reconnaissance de la compétence de l'État envers les Cours.

⁷⁸⁸ La Com IDH a recommandé cette situation dans ses rapports et dans les affaires suivantes : rapport 25/87, affaire 9,726 du 23 de septembre; rapport 1/91, affaire 9,999 du 13 février; rapport 2/91, affaire 10,000 du 13 février; rapport 3/91, affaire 10,001 du 13 février; rapport 29/86, affaire 9,102, du 16 avril in <http://www.cidh.org/default.htm>

⁷⁸⁹ Cour IDH, Affaire Benjamine et autres c. Trinidad et Tobago, arrêt du vote séparé du juge Cancado Trindade du 21 juin 2002 in <http://www.corteidh.or.cr/>

Afin d'étudier ces limites nous ferons une distinction entre l'interprétation et l'application d'une part et d'autre part la limitation de compétence. Il est nécessaire de faire cette distinction parce que la Cour IDH est compétente pour appliquer la CADH, alors que la Cour EDH l'est pour appliquer la CEDH.

1) L'interprétation et l'application des instruments régionaux des droits de l'homme

Au sujet de l'interprétation il faut tenir compte du fait que la Convention Américaine aussi bien que celle Européenne a pour but la protection internationale des droits essentiels de l'homme, et organise en outre pour atteindre cet objectif un Système, qui représente les limites et les conditions dans lesquelles un État membre a accepté de prendre ses responsabilités internationales devant les violations dont il peut être accusé⁷⁹⁰. C'est dans ce cadre que l'on retrouve les normes d'interprétation des deux instruments internationaux, l'article 29 de la CADH⁷⁹¹ et l'article 53 de la CEDH⁷⁹². Ces dispositions doivent être intégrées aux règles générales d'interprétation contenues dans la Convention de Vienne de 1969. Il est par conséquent évident que les traités doivent être interprétés « (...) *de bonne foi et conformément au sens courant qui doit être attribué aux termes du Traité dans leur contexte tout en tenant compte de leur objectif et de leur but* »⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Cour IDH, Affaire Viviana Gallardo et autres c. Costa Rica, arrêt du 15 juillet 1981, 13 novembre, §16 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

⁷⁹¹ L'article 29 de la Convention signale : "Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée dans le sens de:

a. Permettre à un des Etats membres, un groupe ou une personne, de supprimer le bénéfice et l'exercice des droits et des libertés reconnus dans la Convention ou de les limiter dans une plus importante mesure que celle qu'elle a prévu.

b. Limiter le bénéfice et l'exercice de n'importe quel droit ou liberté qui puisse être reconnue par les lois de n'importe quel État membre ou en accord avec une autre Convention dont serait signataire l'un de ces Etats.

c. Exclure d'autres droits et garantis qui sont inhérents à l'être humain ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de Gouvernement.

d. Exclure ou limiter l'objectif de la Déclaration Américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme ou d'autres actes internationaux de la même nature.

⁷⁹² Article 53. Sauvegarde des droits de l'homme reconnus Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.

⁷⁹³ Article 31.1 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités.

Tout moyen d'interprétation qui ne soit pas conforme à ce qui précède et qui ne possède pas un critère raisonnable, produit un déséquilibre entre les parties, tout en portant atteinte à la CADH⁷⁹⁴ et à la CEDH. Pour cette raison, on ne peut concevoir les traités régionaux des droits de l'homme comme des traités multilatéraux conventionnels, conclus en fonction d'un échange réciproque de droits, pour le bénéfice mutuel des Etats signataires⁷⁹⁵. L'interprétation des normes de droits de l'homme ne peut s'éloigner de l'application du principe de *jus cogens*, qui est la clé de voûte dans l'interprétation de n'importe quel instrument de droits de l'homme ou de Droit International Humanitaire.

Maintenant, quant à l'application des articles 62.3 de la CADH⁷⁹⁶ il est nécessaire de préciser qu'une reconnaissance expresse des Etats membres doit exister pour que la Cour IDH puisse analyser les faits d'une affaire précise, et pas seulement par rapport à la Convention. L'application fait référence de façon ponctuelle à la CADH et aux normes de n'importe quel autre instrument, à condition qu'ils aient été ratifiés par l'Etat, et qu'ils contiennent à leur tour une clause de compétence qui habilite la Cour IDH à se prononcer sur une supposée violation d'un droit qui y serait consacré. Comme nous allons l'exposer, il existe de multiples instruments internationaux du Système qui contiennent des normes qui accordent une compétence à la Cour IDH pour la violation de celles-ci.

La Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée de Personnes contient dans son article 13⁷⁹⁷, la clause de compétence qui donne à la Cour

⁷⁹⁴ Cour IDH, Affaire Paniagua Morales et autres c. Guatemala, arrêt d' exceptions préliminaires, du 25 janvier 1996, §40 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁹⁵ Cour IDH, Avis Consultatif 2/82, du 24 septembre 1982, "Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", articles 74 et 75, §29-33 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁷⁹⁶ "La Cour est compétente pour prendre connaissance de n'importe quel affaire relative à l'interprétation et à l'application des dispositions de toute Convention qui lui sera soumise, à condition que les états membres dans l'affaire aient reconnu ou reconnissent cette compétence, soit par une déclaration spéciale (...), soit par une convention spéciale".

⁷⁹⁷ L'article de la Convention Interaméricaine sur la Disparition Forcée de Personnes signale : "dans le cadre de cette Convention, la démarche des requêtes ou des demandes présentées devant la Commission Interaméricaine des droits de l'homme pour des affaires de disparition forcée de personnes sera soumise aux procédures établies dans la Convention Américaine sur les droits de

IDH la possibilité de condamner un État membre pour la violation des dispositions incluses dans cet instrument. Cet instrument est un autre élément pour construire le corpus juris⁷⁹⁸ des droits de l'homme du système. Afin de prévenir et de sanctionner la torture, la Convention Interaméricaine contient dans son article 8⁷⁹⁹, la clause de compétence pour soumettre une affaire individuelle devant la Cour IDH mais également devant n'importe quelle autre instance internationale, constituant alors une clause de compétence ouverte sans restriction d'aucune sorte. Afin de Prévenir, de Sanctionner et de Supprimer la Violence contre la Femme, la Convention Interaméricaine - Convention de Belem do Para- contient dans son article 12⁸⁰⁰, la clause de compétence pour que la CIDH puisse connaître, uniquement, les violations de l'article 7 de cette Convention. Cependant, la Cour IDH peut également connaître dans ce cas des violations de l'article 7⁸⁰¹ car si des requêtes sont admises à l'usage de la CIDH, en vertu de son règlement cet organisme a le devoir de considérer l'affaire pour la remettre à la Cour IDH. Pour résumer, aucune convention spéciale n'est nécessaire pour un État membre qui se retrouve impliqué dans ce genre de méconnaissance de la norme.

Le Protocole Supplémentaire des Droits Economiques, Sociaux et Culturels - Protocole de San Salvador-, inclut une clause de compétence dans l'article 19⁸⁰², qui permet à la Cour IDH de connaître les violations de l'alinéa a. de

l'homme, et aux statuts et règlements de la CIDH et de la COUR IDH, y compris les normes relatives aux mesures de protection”.

⁷⁹⁸ S. GARCIA RAMIREZ, “Actualidad y perspectiva de la Cour Interamericana de derechos humanos” en “La Cour Interamericana de derechos humanos, Manuel Becerra Ramírez (Compilador), México, UNAM, 2007, p. 23,

⁷⁹⁹ L'article 8 de la Convention Interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture signale : “(...) une fois épuisé l'ordonnancement juridique interne de l'État respectif ainsi que les recours qu'il prévoit, l'affaire pourrait être soumise à des instances internationales dont la compétence ait été acceptée par cet État”.

⁸⁰⁰ L'article 12 de la Convention Interaméricaine pour prévenir, sanctionner et supprimer la violence contre la femme signale : “n'importe quelle personne ou groupe de personnes, ou organisme non-gouvernemental légalement reconnu dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation, peut présenter devant la CIDH des requêtes qui contiennent des dénonciations ou des plaintes de violation de l'article 7^o de cette Convention par un État membre, la CIDH les prendra en compte selon les normes et les critères de procédure pour la présentation et la prise en compte des requêtes stipulées dans la Convention Américaine sur les droits de l'homme et dans le statut et le règlement de la CIDH”.

⁸⁰¹ Cet article fait exclusivement référence aux devoirs que les Etats doivent respecter pour éviter toutes les formes de violence contre la femme.

⁸⁰² L'article 19 alinéa 6^o stipule : “dans le cas où les droits établis dans le paragraphe a) de l'article 8^o et dans l'article 13 aurait été violés par une action directement imputable à un État membre de ce protocole, cette situation pourrait donner lieu, avec la participation de la CIDH, et quand cela

l'article 8⁸⁰³ -le droit des travailleurs- et de l'article 13⁸⁰⁴ -le droit à l'éducation-. Il est important de noter que lorsque les Etats ratifient ces instruments, ils reconnaissent la compétence de la Cour IDH pour qu'elle prenne connaissance des violations des articles mentionnés. Il peut arriver que des Etats membres qui ont ratifié les Conventions mentionnées, aient formulé une réserve⁸⁰⁵ qui empêche, *prima facie*, l'accès à la compétence de la Cour IDH. Dans les cas où la Cour IDH ne peut appliquer un autre traité, elle pourra l'interpréter en vertu de sa compétence élargie qui dérive du préambule de la Convention et des articles 29 et 62 de celle-ci.

La Cour IDH a eu l'opportunité d'appliquer dans de nombreuses affaires⁸⁰⁶ la Convention Interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture, et déclarer la responsabilité des Etats membres pour les violations de ses dispositions.

On citera le Juge Cancado Trindade⁸⁰⁷, qui résume ainsi l'interprétation et l'application de la Convention et d'autres traités : « *Il y a cependant une distance entre l'exercice d'interprétation de référence -y compris ici l'interaction interprétative-, et l'application de la réglementation internationale de protection des droits de la personne humaine, la Cour IDH étant habilitée à interpréter et à appliquer la convention américaine sur les droits de l'homme* ».

procède de la Cour IDH, à l'application du système de requêtes individuelles réglementée par les articles 44 à 51 et 61 à 69 de la Convention Américaine sur les droits de l'homme.

⁸⁰³ Le point a) de l'article 8^o stipule : "Le droit des travailleurs à organiser des syndicats et à s'affilier à celui de leur choix, pour la protection et la promotion de leurs intérêts. En acceptation de ce droit, les Etats membres permettront aux syndicats de former des fédérations et des confédérations nationales et à s'associer avec celles existantes, ainsi qu'à former des organisations syndicales internationales et à s'associer à celle de leur choix. Les Etats membres permettront que les syndicats, les fédérations et les confédérations fonctionnent librement".

⁸⁰⁴ L'article 13 se réfère au droit à l'éducation et signale : "toute personne a droit à l'éducation (...)".

⁸⁰⁵ La "réserve" est comprise comme la déclaration unilatérale qui permet à un État au moment de signer, d'accepter, d'adhérer ou de ratifier un Traité, d'exclure les effets juridiques qu'il considère nécessaires. Cette représentation sera développée plus en avant. Cependant, il est nécessaire d'indiquer qu'elle apparaît également dans la Convention de Vienne.

⁸⁰⁶ Voir Cour IDH, Affaire Tibi c. Equateur, arrêt du 7 septembre, 2004, l'affaire Frères Paquiyaouri c Pérou, Arrêt du 8 juillet, 2004, l'affaire Marizta c Guatemala, arrêt du 27 Novembre, 2003, l'affaire Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt du 25 novembre de 2000, §221; l'affaire Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt du 18 aout de 2000, §185; l'affaire Villagrán Morales et autres, arrêt du 19 novembre 1999 §249, et l'affaire Morales et autres c. Guatemala, arrêt du 8 mars 1998, §136 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸⁰⁷ Cour IDH, Affaire Las Palmeras c. Colombie, arrêt du 4 de février 2000, vote séparé, §5, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Soulignons que dans la décision de Las Palmeras contre Colombie, la Cour IDH n'a pas appliqué le Droit International Humanitaire pour constituer un ensemble de normes étrangères au Système Interaméricain, et parce que les traités de DIH ne possèdent pas de clause de compétence qui permet au Tribunal Interaméricain de les appliquer.

Ce raisonnement de la décision de Las Palmeras est réaffirmé dans la décision de fond de l'affaire Bamaca Velasquez, le 25 novembre 2000, qui a indiqué que les dispositions relevant des Conventions de Genève peuvent être prises en compte comme des éléments de l'interprétation de la Convention Américaine elle-même. Cependant, dans la décision de réparation de Bámaca Velásquez, du 22 février 2002, le quatrième paragraphe résolutif requiert du Guatemala l'adoption des « (...) *mesures nationales d'application du Droit International Humanitaire...* », ce qui ouvre de nouveau la discussion sur l'application du DIH dans la jurisprudence de la Cour IDH, en vertu du principe de *ius cogens* et sans considération des clauses de compétence des instruments internationaux.

On en conclut alors que la Cour IDH peut interpréter les normes dont elle a besoin pour donner du sens à la réglementation. L'application est possible quand une compétence formelle est donnée par les Etats membres à la Cour IDH pour appliquer un traité différent de la Convention Américaine sur les droits de l'homme, pour ainsi étendre la base de la responsabilité internationale de l'État.

Dans le cas Européen, l'article 32 considère que la Cour EDH est compétente pour connaître toutes sortes d'affaires qui impliquent l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles, ce qui pourra être appliqué conformément aux articles 33 et 47 de la CEDH. Cette disposition est précise en signalant que seule la Cour EDH est compétente pour appliquer les instruments conventionnels européens, ce qui rend l'application d'autres traités irrecevable.

Cependant comme dans le cas interaméricain, la Cour peut interpréter d'autres traités afin de faire la lumière sur un droit consacré dans ses propres instruments régionaux. Cette extension interprétative de la Cour EDH repose sur l'article 17 de la CEDH qui indique qu'aucune disposition de cet instrument ne peut être interprétée pour estomper les droits qui y sont inscrits ou qui figurent dans un autre instrument international qui protégerait mieux le droit en question.

Au vu de ce qui précède, les tribunaux régionaux des droits de l'homme doivent appliquer les traités que les Etats ont signés, ratifiés par les Etats membres en Europe comme en Amérique qui ont en outre reconnu la compétence contentieuse du tribunal. En tenant compte de ce qui précède, ces instruments permettent à l'État de contrôler sa marge nationale d'appréciation en raison de l'obligation imposée par les requérants d'épuiser les recours de juridiction de voie interne et de la limitation qui peut être exercée sur la compétence des Cours régionales de droits de l'homme.

2) La limitation de la compétence contentieuse des Cours IDH et EDH

Avant d'aborder les règles en vigueur dans les systèmes interaméricain et européen, il est pertinent de faire un retour historique sur la portée de la clause de compétence dans le droit international. La Cour Permanente Internationale de Justice est à l'origine de la clause de compétence⁸⁰⁸.

Au cours des travaux préparatoires ayant précédé l'adoption du Statut Original, un débat est apparu sur la reconnaissance des décisions de la Cour. Il fut envisagé de favoriser l'adoption de l'acceptation automatique de la

⁸⁰⁸ La première clause de compétence d'une Haute Cour Internationale est apparue en 1921. Ainsi, l'actuel article 36 –similaire à celui de la Cour Permanente Internationale de Justice- CPIJ– du Statut de la Cour Internationale de Justice- SCIJ-, l'annoncée ainsi: "Les Etats membres dans le Statut actuel pourront déclarer à tout moment qu'ils reconnaissent comme obligatoire ipso facto et sans convention spéciale, par rapport à n'importe quel autre État qui accepte la même obligation, la juridiction de la Cour dans tous les contentieux d'ordre juridique qui portent sur : a. L'interprétation d'un traité ; b. N'importe quelle question de droit international ; c. L'existence de tout fait qui s'il était établi, constituerait une violation des obligations internationales ; d. La nature ou l'étendue de la réparation qu'il est nécessaire d'effectuer en raison du non-respect d'une obligation internationale".

juridiction obligatoire du Tribunal. Cela fut impossible⁸⁰⁹. Pour cette raison, la thèse de la clause facultative de la juridiction obligatoire de la Cour s'imposa.

Cette solution se maintint jusqu'à la Seconde Guerre Mondiale et avec elle, les préparatifs de la circulation des Nations Unies.

A San Francisco aux États-Unis, dans le cadre de la discussion sur la Charte de l'ONU, qui venait remplacer la Société des Nations, le débat réapparut. La solution de la clause facultative de la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice (qui venait remplacer la Cour Permanente Internationale de Justice) fut maintenue.

La thèse de l'acceptation automatique tant espérée tomba dans l'oubli. Si elle avait été accordée, elle signifierait que lorsque l'Etat ratifie la Charte de l'Organisation des Nations Unies, il accepte *prima facie* la compétence de la CIJ -instance de l'ONU-. Malheureusement, cela n'eut pas lieu. De nos jours, la clause facultative⁸¹⁰ est présente et s'applique à plusieurs juridictions comme la Cour Internationale de Justice, la Cour Européenne des droits de l'homme et la Cour IDH.

Cancado Trindade déclare que: « (...) il est intéressant de signaler qu'en vertu du principe *ut res magis valeat quam peteat*, qui correspond à ce que l'on appelle l'effet utile, largement soutenu par la jurisprudence, dans les traités de droits de l'homme, les Etats membres doivent assurer aux dispositions conventionnelles les effets correspondants au niveau de leur droit interne respectif.

Ce principe s'applique non seulement aux normes substantielles des traités de droits de l'homme, mais également aux normes procédurales, en particulier celles relatives au droit de requête individuelle et à l'acceptation de

⁸⁰⁹ Cela fut impossible en raison de l'opposition des puissances mondiales de ce moment, en particulier les États-Unis d'Amérique.

⁸¹⁰ Malheureusement cette clause a fait l'objet d'excès de la part des Etats qui la limitent de toutes les formes possibles.

la compétence contentieuse de l'instance judiciaire internationale de protection »⁸¹¹.

Dans le cas interaméricain, la limitation de la compétence contentieuse peut seulement se présenter quand les Etats membres en ont fait une reconnaissance formelle, que ce soit dans le cas de la Convention ou pour d'autres instruments dotés d'une clause de compétence⁸¹². En reprenant les déclarations du Tribunal américain : « ... *la compétence de la Cour IDH ne peut être conditionnée par des faits distincts de ses propres procédures* »⁸¹³. Les deux tribunaux transnationaux ont le pouvoir inhérent de déterminer la portée de leurs propres compétences –*compétence de la compétence /Kompetenz-Kompetenz*–⁸¹⁴.

En Amérique, la Cour IDH s'est vue dans l'obligation de répondre fermement aux contestations relatives à sa compétence. Ainsi, à deux reprises, la République du Pérou a retiré la déclaration de compétence de la Cour IDH, quand elle a reçu la notification des décisions d'admissibilité de deux requêtes, invoquant l'argument que puisqu'il avait accepté par le biais d'un acte juridique unilatéral la compétence contentieuse de la Cour IDH, il était *a fortiori* possible de « retirer » cette acceptation par le biais d'un autre acte unilatéral.

La Cour IDH a déclaré qu'il n'existait aucune norme qui donnait formellement la faculté aux Etats membres de retirer leur déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour, et en se référant concrètement à l'affaire, le Tribunal a indiqué que l'instrument d'acceptation de l'État péruvien ne

⁸¹¹ Cour IDH, Affaires Hilaire, Benjamín et autres, et Constantine c. Trinidad et Tobago, arrêt d'exceptions préliminaires du 1^{er} septembre 2001, vote séparé d'Antonio Cancado Trindade, §15, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸¹² Cette compétence qui est reconnue vient de la Convention Américaine sur les droits de l'homme ou d'autres traités du système qui incluent les clauses facultatives de reconnaissance de la juridiction contentieuse obligatoire de la CORIDH.

⁸¹³ Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c. Pérou, décision de compétence du 24 septembre 1999, Affaire Tribunal Constitutionnel c. Pérou, décision de compétence du 24 septembre 1999, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸¹⁴ Cour IDH, Affaire Benjamín et autres c. Trinidad et Tobago, arrêt d'exceptions préliminaires du 1 septembre 2001 §69, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

prévoyait pas la possibilité de limiter sa compétence⁸¹⁵. Dans une autre affaire, l'Etat de Trinidad et Tobago a prétendu limiter avec une réserve la compétence de la Cour IDH. Le Tribunal lui a répondu qu'il ne pouvait se prévaloir des limitations formulées dans son instrument d'acceptation de la clause facultative de la juridiction obligatoire de la Cour IDH⁸¹⁶.

Nous relèverons dans le système européen l'affaire *Loizidou contre Turquie*⁸¹⁷, où il est apparu qu'il n'existait aucune possibilité de restreindre la clause facultative relative à la reconnaissance de la compétence contentieuse de la Cour Européenne par analogie avec la pratique autorisée fondée sur l'État et l'article 36 du statut de la CIJ, où une pratique des Etats membres s'était constituée. Les critiques présentées par la Cour EDH, ont conduit à modifier la clause facultative de la juridiction obligatoire de la Cour EDH, pour la remplacer par la clause automatique prévue par le protocole 11, qui a abrogé l'ancien article 46.1 de la CEDH.

Il apparaît que la limitation de la clause facultative de compétence sert à l'État pour préserver sa marge nationale d'appréciation. Cependant, une fois que l'État a reconnu cette clause de compétence il lui est ensuite impossible de la supprimer ou de la fractionner. Il n'y a pas à ce stade de retour en arrière possible. Une fois la porte des tribunaux régionaux des droits de l'homme ouverte, il est impossible de la fermer, sauf dans le cas de dénonciation de l'intégralité des instruments, événement qui n'a jamais été vérifié au moment où ces lignes sont écrites, que ce soit dans le système interaméricain ou dans le système européen. Dans le dernier, l'existence même de la clause automatique limite la marge d'appréciation de l'État, du fait qu'il ne peut moduler son entrée par le biais de l'exclusion de clauses de compétence, comme c'est le cas dans le système interaméricain.

⁸¹⁵ Cour IDH, *Affaire Tribunal Constitucional c. Pérou*, arrêt du 24 septembre 1999, §38 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸¹⁶ Cour IDH, *Affaire Benjamín et autres c. Trinidad et Tobago*, arrêt d'exceptions préliminaires du 1 septembre 2001, § 89 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸¹⁷ Cour EDH, *Affaire of Loizidou c. Turkey*, arrêt du 23 mars 1995, p. 25, § 82 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

§ 2 : Les limitations circonstancielles eu égard au délai et au lieu où le droit a été lésé

Les limitations de délai et de lieu dans les requêtes présentées devant les systèmes régionaux de droits de l'homme permettent à l'État de conserver une marge d'appréciation fondée sur l'existence du principe de subsidiarité. Les particuliers qui n'ont pu obtenir la résolution de leurs contentieux sur le plan interne et après avoir épuisé les voies de recours interne, peuvent introduire une plainte devant l'instance internationale en invoquant une supposée violation des droits contenus dans les instruments régionaux. Dans cet ordre d'idées et en suivant le raisonnement développé précédemment effectué jusqu'à maintenant, les juges internationaux sont soumis à deux limites strictes avant de rompre le voile de compétence interne ou le principe de subsidiarité procédurale.

A) La limite relative au délai

Elle sera envisagée sous deux angles. Le premier rendra compte du délai qui doit être respecté par les tribunaux régionaux de droits de l'homme quant aux faits qui occupent l'analyse des Cours, qui doivent avoir eu lieu après leur entrée en vigueur. Le deuxième tiendra compte du délai dont bénéficient les victimes pour présenter leur requête, après le dernier verdict rendu sur le territoire de l'État.

1) L'entrée en vigueur des instruments internationaux

Dans le système interaméricain comme dans celui européen, le principe de non rétroactivité des obligations internationales est un repère important au moment d'établir le contrôle des Cours sur la marge d'appréciation de l'État dans une affaire individuelle. Dans ce sens et en suivant l'opinion du professeur Hennebel, cette condition possède deux variantes, la première en relation avec le fait que les tribunaux peuvent prendre en considération « *uniquement le fait à l'origine de la violation* » et la seconde, « *prendre en compte également les faits qui découlent d'une violation principale*. Si les

Cours retiennent la première méthode, elle ne sera compétente qu'à la condition que le fait principal ait été commis après l'entrée en vigueur à l'égard de l'Etat en cause. Par contre, lorsqu'elle applique la seconde méthode, la Cour accepte de statuer sur les faits commis après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat en cause même si la violation principale (dont les faits, sur lesquels la Cour accepte de statuer, découlent) a eu lieu avant l'entrée en vigueur du Pacte de San Jose) »⁸¹⁸.

Dans le système interaméricain et européen, les tribunaux régionaux ont affirmé qu'ils ne sont pas matériellement compétents pour apprécier des faits qui supposent des violations des droits de l'homme, lesquels auraient eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'instrument interaméricain. Cette règle générale a engendré un grand débat en Amérique latine sur le plan jurisprudentiel en ce qui concerne la disparition forcée de personnes. La thèse a été avancée selon laquelle bien que les faits aient eu lieu avant l'entrée en vigueur du traité, la violation est constatable ensuite et par conséquent entre dans le cadre de la protection. Dans le système européen une discussion similaire a eu lieu à propos du droit de propriété.

Nous aborderons la façon dont s'étend la connaissance de la Cour IDH par rapport à ces représentations « d'exécution successive ». Comme nous l'avons vu, dans le système interaméricain comme dans celui européen, les délits d'exécution continue ont posé des problèmes, d'accès ou juge international, en raison du délai qui lui est imposé. Sur ce point les Cours régionales des droits de l'homme ne peuvent approfondir leur pouvoir d'investigation sur les faits de l'espèce, et par conséquent, doivent mesurer leur marge d'appréciation.

Dans le système interaméricain, le délit d'exécution continue a produit des bouleversements dans l'établissement de la compétence *ratione temporis* de la Cour IDH ce qui a abouti étendre la marge nationale d'appréciation de l'État dans ce domaine. Cette situation se présente en raison de l'application

⁸¹⁸ L. HENNEBEL, La Convention Américaine des droits de l'homme, op.cit.,p. 147.

illimitée par le Tribunal du principe de non rétroactivité dans l'application des normes juridiques, et dans ce cas de la Convention Américaine sur les droits de l'homme. Ainsi, la Cour IDH a dans plusieurs cas tenu compte du phénomène de la nature continue de plusieurs délits. Dans l'affaire Genie Lacayo contre Nicaragua⁸¹⁹, la Cour IDH a considéré qu'elle était compétente pour prendre connaissance de la cause de l'assassinat de Jean-Paul Genie Lacayo par des militaires de ce pays, fait qui a eu lieu avant la reconnaissance de compétence de la Cour IDH par l'État. A ce sujet, il est pertinent de mettre l'accent sur le fait que bien que la réclamation devant la CIDH portait sur la violation du droit à la protection juridique, la Cour IDH est allée au-delà et a abordé la question du déni de justice en établissant sa nature continue.

Par ailleurs, la Cour IDH a établi d'autres conclusions qui contrarient à notre avis l'objectif et le but de la Convention Américaine, qui porte sur la protection des droits de l'homme. Ainsi dans l'affaire Blake contre Guatemala⁸²⁰, dans laquelle la Cour IDH a été restrictive en abordant sa compétence *ratione temporis*. Les faits de l'affaire sont exemplaires car ils représentent la reproduction de violations des droits de l'homme commis sur tout le continent. M. Nicholas Blake a été enlevé, assassiné et caché en 1985 par un groupe de sécurité privée qui dépendait des Forces Armées. Le 9 mars 1987, le Guatemala a reconnu la compétence de la Cour IDH pour prendre connaissance de requêtes individuelles. Ce n'est qu'en 1989 que la famille du journaliste Blake a eu connaissance de sa mort. La Com IDH a accepté de présenter l'affaire devant la Cour IDH pour violation du droit à la vie, à l'intégrité personnelle et à la protection juridique. Pour la Com IDH, il était de bon droit d'invoquer non seulement le déni de justice en mentionnant l'affaire Genie Lacayo, mais encore la nature continue du délit de disparition forcée qui n'est pas consommé avec l'arrestation de la personne, mais qui se prolonge dans le temps jusqu'à l'apparition du cadavre, comme l'a à ce

⁸¹⁹ Cour IDH, Affaire Genie Lacayo c. Nicaragua, arrêt d'exceptions préliminaires du 27 janvier 1995 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸²⁰ Cour IDH, Affaire Blake c. Guatemala, arrêt du 2 juillet 1996 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

moment signalé le tribunal⁸²¹. Devant le plaidoyer de la Com IDH, la Cour IDH⁸²² a maladroitement considéré qu'elle ne pouvait pas reconnaître les faits qui avaient eu lieu avant la reconnaissance de sa juridiction contentieuse, s'empêchant d'apprécier la violation des droits à la vie et à l'intégrité personnelle. Elle s'est refusée à connaître l'affaire, en suivant le précédent Genie Lacayo invoquant le déni de justice.

La jurisprudence interaméricaine a été renversée dans l'affaire Trujillo Oroza contre Bolivie⁸²³ où la Cour IDH a considéré que la disparition forcée était un délit continu, en se fondant sur son appréciation du principe *boni iudicis est ampliare jurisdictionem* du fait que la Bolivie avait reconnu sa responsabilité internationale même pour des faits qui avaient eu lieu avant la reconnaissance de la compétence contentieuse de la Cour IDH.

Trois ans plus tard, la Cour IDH a modifié sa position en déclarant prouvée l'exception préliminaire proposée par la République du Salvador dans l'affaire Sœurs Serrano Cruz. La procédure a validé la limitation de la compétence contentieuse de la Cour IDH face des actes dont le principe d'exécution serait antérieur à la date de reconnaissance par l'État de la compétence de la Cour en matière contentieuse mais qui se prolongerait après cette date jusqu'à nos jours. Cette validation entraîne des discussions sur le plan de la procédure qui ont été exposées au moment d'aborder la compétence *ratione temporis* -la non inclusion parmi les éléments de limitation prévus dans l'article 62-.

En résumé, la Cour IDH en validant cette exception a effectué une volte-face en admettant l'impossibilité de traduire en justice des actes antérieurs à la date de reconnaissance de la compétence contentieuse de la Cour IDH. Le principe d'*ius cogens* des articles 53 et 64 de la convention de Vienne de 1969 a été

⁸²¹ Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juillet 1988, §155; Affaire Godínez Cruz c. Honduras, arrêt de 20 janvier 1989, Affaire Blake c. Guatemala, arrêt du 24 janvier 1998, §65. Dans ces arrêts la Cour a défini la disparition forcée comme une violation continue de multiples droits garantis dans la Convention.

⁸²² Cour IDH, Affaire Blake c Guatemala, arrêt du 2 juillet 1996 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸²³ Cour IDH, Affaire Trujillo Oroza c. Bolivie, arrêt du 27 février 2002, in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

soumis par un volontarisme international qui a mis en situation difficile la traduction en justice des délits contre l'humanité.

Le juge de la Cour IDH Cancado Trindade dans son vote séparé sur l'affaire des Sœurs Serrano Cruz a déclaré : « A l'inverse et par rapport à la décision actuelle de la Cour dans l'affaire des Sœurs Serrano Cruz contre le Salvador, en raison de son considérant No. 2, ironiquement, ce qui s'est transformé en « situation continue », sur la décision de la majorité de la Cour, n'est pas la situation supposée violer les droits de l'homme soumis à leur examen et décision, mais plutôt la situation de privation continue imposée par l'État à la Cour d'exercer leur juridiction, c'est-à-dire, d'examiner la matière et de se prononcer à ce sujet, ce qui à mon avis nous rapproche d'une absurdité. Nous savons déjà qu'il n'y a pas de progression linéaire dans l'histoire de la pensée juridique, et même de la pensée humaine en général, mais j'espère sincèrement que dans un certain délai, cet arrêt de la Cour, en ce qui concerne considérant No. 2, ne représente autre chose qu'un écueil à franchir, comme un accident sur le long chemin à parcourir »⁸²⁴. Il continue en déclarant que : « Le concept de notion de situation continue est apparu dans le droit international des droits de l'homme pour des effets de protection, dans un délit complexe et d'une extrême gravité comme la disparition forcée de personnes- et non pour priver un tribunal international des droits de l'homme de sa juridiction, comme cela est le cas dans cette affaire. La notion de situation continue qui a constitué une avancée normative du droit international des droits de l'homme en ce qui concerne la protection contre les violations graves des droits de l'homme, a ici été utilisée non pour étendre la juridiction protectrice jusqu'à l'origine de ces violences, mais au contraire, pour soustraire l'État accusé jusqu'à maintenant par cette juridiction, en privant ainsi la Cour, -celle-ci accédant à une interprétation plutôt formelle-, de l'exercice et du devoir conventionnel de protection »⁸²⁵.

⁸²⁴ Vote séparé du juge A.A CANCADO TRINDADE, Affaire Hermanas Serrano Cruz, arrêt d'exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, §22 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸²⁵ Vote séparé du juge A.A CANCADO TRINDADE, Affaire Hermanas Serrano Cruz, arrêt de fond et réparation du 1 mars 2005, §55 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Ultérieurement, dans l'affaire Heliodoro Portugal contre le Panama⁸²⁶, la Cour IDH a tranché sur cette alternative en confirmant qu'elle ne peut prendre connaissance des faits qu'à partir du moment où l'Etat reconnaît la compétence contentieuse de la Cour IDH, et non à partir du moment où l'Etat ratifie le traité. Cela signifiait donc que la Cour IDH ne pouvait apprécier une grande partie des violations des droits de l'homme dont la victime avait fait l'objet puisque les faits étaient survenus avant la reconnaissance de la compétence contentieuse bien que postérieurement à la ratification du traité, ce qui a produit des opinions opposées au sein de la Cour IDH⁸²⁷.

Dans le système Européen, la Com EDH dans l'affaire Becker contre Belgique (1960), a reconnu l'existence d'une situation continue. La continuité de chaque situation a été entendue comme -la commission européenne l'a formellement reconnu dans l'affaire de Chypre contre Turquie (1983)- comme une circonstance aggravante de la violation des droits de l'homme. Mais la Cour EDH, considère qu'elle peut seulement connaître des requêtes sur les violations de droits qui se seraient produites après l'entrée en vigueur de l'instrument pour l'Etat. Cependant, comme c'est le cas dans le système interaméricain, la Cour EDH peut connaître des faits qui ont eu lieu antérieurement à l'entrée en vigueur du traité, quand ils appartiennent à la catégorie de « violation continue de la Convention et de ses protocoles ». Comme le signale le professeur Renucci : « (...) *ce tempérament est logique, la Convention de Vienne visant expressément les situations ayant cessé d'exister au moment de l'entrée en vigueur du traité en ce qui concerne la non-rétroactivité : a contrario, cela signifie que le traité s'applique, même à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, dès lors que la situation existe toujours puisqu'alors il y a bien une violation continue*⁸²⁸ ». Ces conditions de continuité des faits se sont focalisées dans le système européen autour du

⁸²⁶ Cour IDH, Affaire Heliodoro Portugal c. Panamá, arrêt du 12 août 2008 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁸²⁷ A ce sujet, on signalera l'article de l'avocat de la Cour IDH, F. RIVERA JUARISTI « La competencia ratione temporis de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs Panamá » dans Revista CEJIL, año IV, N.5 Décembre 2009, p. 20-37.

⁸²⁸ J-F, RENUCCI, Traité de droits Européen des droits de l'homme, op.cit., P.871

droit à la propriété⁸²⁹. Dans plusieurs affaires, la Cour EDH s'est déclarée compétente en raison du délai au motif que bien que le droit de propriété a été violé avant l'entrée en vigueur du traité, l'Etat concerné continue la violation du droit en retardant le paiement de l'indemnisation⁸³⁰ ou en votant des lois contraires à ce que prévoit le protocole 1er de la CEDH sur la propriété.⁸³¹

Comme nous pouvons l'observer, le délai est une des autres prescriptions techniques que le juge international doit respecter pour s'introduire dans le domaine de l'action de l'État quand des droits de l'homme sont violés et que l'État n'accomplit pas sa fonction d'administrer la justice. Ce délai préservant la compétence de l'État lui permet de conserver, comme pour les autres limitations, une marge nationale d'appréciation qui freine l'impétuosité de la juridiction transnationale pour résoudre un contentieux. Nous déduisons de ce qui précède que dans le système interaméricain, la disparition forcée a été au cœur de la controverse sur cette fonction de délai, alors qu'en Europe, la violation du droit de propriété a rempli cette fonction dans plusieurs décisions de la Cour EDH qui concernent des pays comme le Portugal et la Pologne qui ont connu les passés des régimes politiques dictatoriaux ayant pratiqué la confiscation de biens.

2) Les délais de la requête

En ce qui concerne le délai qui doit être respecté par les requérants, il est nécessaire de préciser qu'il dépend de la subsidiarité procédurale qui permet à l'Etat de résoudre les affaires sur le plan interne en vertu de sa marge nationale d'appréciation.

⁸²⁹ Voir entre autres, Cour EDH, Affaire Novoseletskiy c Ukraine, arrêt du 11 mars, 2003 et Rotaru c Roumanie, arrêt du 4 mai, 2000 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁸³⁰ Cour EDH, Affaire Almeida Garrêtt et autre c Portugal, arrêt du 11 janvier, 2000, §43 ss et l'affaire Caldeheiros Lopes et autres c Portugal, arrêt du 3 juin, 2004 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁸³¹ Voir, Cour EDH, Affaire Broniowski c Pologne, arrêt du 19 décembre, 2002 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Il s'impose qu'une fois épuisée les voies de recours interne, il existe un délai de six mois pour présenter la requête aux instances pertinentes respectives, soit dans le cas américain auprès de la Com IDH, ou dans le cas européen auprès de la Cour EDH⁸³². Ainsi selon l'article 46 de la CADH et l'article 35.1 de la CEDH, il est indispensable que la requête soit présentée dans les six mois⁸³³ comptés à partir de la date à laquelle la supposée victime a reçu la notification de la décision attestant de l'épuisement des voies de recours interne.

Ce délai ne doit pas être confondu avec le délai des Cours pour prendre connaissance de l'affaire pour des faits qui seraient arrivés avant la date d'entrée en vigueur du traité. Il s'agit ici du délai pour présenter la requête. Les deux dispositions conventionnelles prévoient que l'ultime décision doit être de caractère judiciaire et non de caractère administratif. Précisons que ce délai de six mois est respecté par les Cours, à condition que l'État ait permis aux requérants d'épuiser les voies de recours interne, que la possibilité d'agir en justice existe, tout comme un délai raisonnable dans les instances contentieuses internes.

Selon Rennuci « *les instances européennes ont toujours fait preuve de pragmatisme, tenant compte particulièrement des circonstances de l'affaire. C'est ainsi que le délai de six mois court du moment où le requérant a pris connaissance de la décision interne définitive, à condition que le contenu de celle-ci soit suffisamment explicite. Par conséquent, le délai peut courir au jour du prononcé de la décision si celle-ci a été rendue publiquement, en présence du requérant ou de son conseil, et à condition que celui-ci soit alors à même de bien se rendre compte de la situation eu égard à la violation alléguée* »⁸³⁴.

⁸³² M, KAISER et P. LAMBERT, "Le délai de six mois" in "La procédure devant la nouvelle Cour Européenne des droits de l'homme après le Protocole N.11, p.61 ss ver.

⁸³³ On a voulu appeler ce délai de six mois avec le nom de "prescription" ou "forclusion". A mon avis, forclusion est plus juste car c'est la CIDH qui le constatera, alors que la prescription doit être alléguée directement par l'État.

⁸³⁴ J-F, RENUCCI, Traité de droits Européen des droits de l'homme, op.cit., P.866.

Dans le système interaméricain, l'article 46 alinéa 2 de la CADH précise que le délai n'est pas applicable si les conditions internes ne sont pas réunies pour que les recours soient épuisés dans le pays. Parmi ceux-ci les plus importants sont l'absence du droit d'obtenir justice et le non-respect d'un délai raisonnable conformément aux critères établis par la jurisprudence de la Cour IDH et de la Cour EDH⁸³⁵. Le professeur Hennebel observe que dans l'application de la règle de délai : « *La Commission interaméricaine fait preuve de flexibilité lorsqu'elle doit évaluer une exception de recevabilité fondée sur le dépassement du délai des six mois et accepte d'ignorer un dépassement de quelques jours, considéré comme insignifiant, lorsque les circonstances de l'espèce démontrent que ce retard ne pouvait être imputé au pétitionnaire* »⁸³⁶.

B) Compétence ratione loci

Les Cours internationales ont la compétence par l'intermédiaire de leurs juges pour prendre connaissance des faits qui ont eu lieu à n'importe quel endroit de l'espace interaméricain ou européen. La seule condition est que les endroits où ont eu lieu les violations des droits de l'homme se situent sur les territoires des Etats qui ont reconnu leur juridiction contentieuse. L'origine de la représentation sur le plan conventionnel se matérialise dans l'article 29 de la Convention de Vienne qui prévoit que « ... à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Dans ce sens, les normes de limitation de compétence des instances régionales de droits de l'homme en raison du territoire n'admettent aucune autre interprétation que retenant que la violation dans un territoire de son ressort engage la responsabilité de l'État dans son ensemble. Cette thèse incorpore dans le territoire les enceintes des ambassades, des délégations, des consulats ou des territoires sous contrôle situés en territoire étranger. Ainsi la Com IDH

⁸³⁵ Ces exceptions ont été expliquées dans la première section de cette seconde partie de la thèse.

⁸³⁶ L. HENNEBEL, La Convention Américaine des droits de l'homme "Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, op.cit., p.180-181.

dans l'affaire Guantanamo Bay contre les États-Unis⁸³⁷ a considéré que les violations des droits de l'homme missent en évidence dans la requête avaient eu lieu en territoire nord-américain et non en territoire cubain, puisque ce territoire était sous la juridiction américaine.

Cette délimitation de compétence a un impact évident sur la marge nationale d'appréciation, quand la discussion renvoie au type d'organisation de l'État. C'est pourquoi les systèmes interaméricain et européen ont prévu que les États en signant et en ratifiant la CADH s'engageaient à la respecter dans son intégralité.

Au cas où des réserves seraient émises, elles devront être conformes à ce que prévoit l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire que l'objection doit être conforme à l'objectif et au but du Traité. Une des discussions qui sont abordées dans le système interaméricain, mais pas dans celui européen, porte sur l'existence de la clause fédérale consacrée dans l'article 28 de la CADH⁸³⁸ qui stipule que la responsabilité de l'État disparaît devant celle des États fédéraux.

Cette disposition a été abordée de deux façons : (i) en fractionnant la responsabilité de l'État et par conséquent en octroyant une plus importante marge nationale d'appréciation ou (ii) en ne la fractionnant pas en réduisant sa marge d'appréciation nationale. Selon la première acceptation, l'État fédéral n'assume pas la responsabilité de l'État mais la transfère à l'État fédéré où le droit a été violé. Cette façon de comprendre la clause résulte de la position des États-Unis qui au moment de la rédaction de la CADH, qu'ils n'ont pas ratifiée, ont mis en avant leur propre organisation de l'État. Comme

⁸³⁷ J-M PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Interamerican Court of Human Rights*, op.cit, p.118-119.

⁸³⁸ L'article 28 de la CADH stipule : 1. Le gouvernement central de tout Etat partie constitué en Etat fédéral se conformera à toutes les dispositions de la présente Convention concernant les matières qui relèvent de sa compétence dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire.

2. En ce qui concerne les prescriptions relatives aux matières qui sont du ressort des unités constitutives de la fédération, le gouvernement central prendra immédiatement les mesures pertinentes, conformément à sa Constitution et à ses lois, pour assurer que les autorités compétentes des dites unités adoptent les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente Convention.

3. Lorsque deux ou plus de deux Etats parties conviennent à l'avenir de former une fédération ou toute autre espèce d'association, ils veilleront à ce que la charte fondamentale du nouvel Etat ainsi constitué comporte les dispositions nécessaires pour assurer, sans discontinuité, l'observation des normes prévues dans la présente Convention.

le relève à ce sujet le professeur Hennebel « ... pour les États- Unis, une telle disposition était nécessaire, car la Convention ne pouvait obliger-en cas de ratification- le gouvernement des États-Unis à exercer sa juridiction dans les matières qui à défaut d'un accord, échappaient à son autorité »⁸³⁹.

La deuxième acception a été retenue par la Cour IDH dans l'affaire Garrido Baigorria contre Argentine le juge retenant que celle-ci ne pouvait se prévaloir de sa condition fédérale pour attribuer la responsabilité à la province de Mendoza. Dans cette affaire le Tribunal a signalé que la : « *Commission a demandé à la cour de se prononcer sur la clause fédérale (article 28 de la Convention Américaine) et sur la portée des obligations de l'État argentin dans l'étape de réparations, en relation avec cette clause (aparté 33). L'Argentine a invoqué la clause fédérale ou a fait référence à la structure fédérale de l'État par trois occasions dans ce contentieux. En premier lieu, au cours des discussions sur le fond de l'affaire, l'État a défendu que sa responsabilité ne pouvait être engagée, mais qu'elle incombait à la province de Mendoza, en vertu de la clause fédérale. L'Argentine s'est ensuite désisté de cette position et a reconnu formellement sa responsabilité internationale au cours de l'audience du 1er février 1996 (considérant 16). L'État a prétendu faire valoir pour la deuxième fois la clause fédérale au moment de la concertation préalable à l'accord sur les réparations du 31 mai 1996. À cette occasion, la province de Mendoza est apparue en tant que partie prenante de l'accord et non la République d'Argentine, bien que cette dernière ait reconnu sa responsabilité internationale. La Cour a alors décidé que cet accord n'était pas un accord entre parties prenantes puisqu'il n'avait pas été souscrit par la République d'Argentine, qui est la partie prenante dans ce contentieux (considérant 18 et 24). Enfin, au cours de l'audience du 20 janvier 1998, l'Argentine a déclaré avoir eu des difficultés pour adopter certaines mesures en raison de la structure fédérale de l'État »*.⁸⁴⁰

Ce point de vue opposé par la Cour visant à empêcher le fractionnement de la responsabilité permet de comprendre que l'ascendance de l'État dans la

⁸³⁹ L. HENNEBEL, La Convention Américaine des droits de l'homme, op.cit.,p. 103.

⁸⁴⁰ Cour IDH, Affaire Garrido Baigorria c. Argentine, arrêt de réparations du 27 août 1998, § 45 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

violation des droits de l'homme est totale. Cette façon de concevoir la responsabilité de l'État, conduit à comprendre que la marge nationale d'appréciation ne s'étend pas en fonction de la construction étatique, telle que la forme d'État fédéral. La solution inverse mettrait en danger le principe de subsidiarité dans le domaine du droit international des droits de l'homme et conférerait un rôle illimité à l'État dans l'interprétation et dans l'application des droits.

Dans ce chapitre nous avons montré qu'en ce qui concerne les règles générales de procédures issues des traités régionaux, la fonction du juge international cédait devant la marge nationale d'appréciation. Les règles d'épuisement des voies de recours interne et de compétence des tribunaux constituent des mécanismes de l'État pour conserver sa compétence afin de résoudre les litiges qui apparaissent sur son territoire concernant les droits de l'homme. La formulation de la requête par les victimes présumées de cette violation établit une relation juridique procédurale entre l'État et les organismes régionaux des droits de l'homme. Cette relation fait apparaître le principe de subsidiarité procédurale qui sous-tend le schéma formel exposé en impliquant une extension de la marge d'appréciation que conserve l'État. Dans le cas où ces conditions seraient dépassées, une relation juridique matérielle sera établie entre l'État et les tribunaux des droits de l'homme sur les mécanismes d'interprétation et d'application du droit. Dans cette dernière relation, les tribunaux imposent à l'État leur critère d'interprétation respectif, dans le sens d'une mutation ou une adaptation de la marge nationale d'appréciation.

Ces conditions rencontrées dans la première partie de la procédure devant l'instance internationale, s'imposent comme des limites extrinsèques pesant sur la marge nationale d'appréciation. Encore faut-il qu'elles ne se situent pas dans le domaine interne de l'État, mais au contraire qu'une action juridique des intéressés soit nécessaire dans la procédure internationale. Il est intéressant de relever que les personnes physiques et morales peuvent par le biais de leur action établir la subsidiarité, et par ce biais commencer à miner

dans la première partie de la procédure internationale la marge d'appréciation de l'État. Néanmoins, l'État détient des ressources procédurales dans cette procédure initiale les mécanismes *-comme nous l'avons démontré-* pour conserver une marge d'appréciation qui est réduite sur le plan international, après avoir bénéficié d'une liberté absolue dans l'ordonnement interne.

Dans le chapitre suivant nous présenterons les conditions matérielles spécifiques par application du principe de proportionnalité selon lesquelles le juge régional des droits de l'homme constate, au contraire, une importante diminution de la marge nationale d'appréciation devant les droits interprétés et appliqués par le juge international américain et européen. Nous envisagerons dans le cadre de cette thèse, le domaine concernant la liberté de pensée et d'expression.

Chapitre II : L'encadrement matériel spécifique des rapports entre l'État et le juge régional des droits de l'homme : la diminution de la marge nationale d'appréciation dans le domaine de la liberté de pensée et d'expression

L'encadrement et conditionnement matériel spécifique imposé à l'Etat par la Cour EDH et la Cour IDH apparaît par le biais de l'application du principe de proportionnalité en tant que mécanisme d'interprétation du champ d'application des règles de protection des droits de l'homme. Pour que le tribunal interaméricain ou européen puisse utiliser ce mécanisme d'interprétation, la relation procédurale doit avoir été intégrée entre l'Etat et les parties en contentieux, c'est-à-dire que la procédure s'inscrive dans l'étape de subsidiarité procédurale et non dans celle de la subsidiarité matérielle.

Élément vital pour délimiter les intérêts juridiques en cause, le principe de proportionnalité doit être compris. Dans ce sens, Muzny le définit comme « *un moyen mis en œuvre pour accomplir la fin recherchée par son usager. Il est donc, avant tout, et c'est ainsi que nous avons souhaité le qualifier, une technique ; une technique au service d'un mode de pensée démocratique qui le colore et auquel il emprunte ses traits caractéristiques*⁸⁴¹ ». Cette définition met en avant deux aspects. En premier lieu cet outil herméneutique sert à définir les droits fondamentaux, en permettant que leur contenu soit complété de façon rationnelle face à des situations concrètes. En second lieu, il permet au juge d'utiliser un mécanisme rationnel et approprié d'interprétation juridique.

Dans la pratique prévaut le test de proportionnalité qui devient « *le leitmotiv du contrôle régional des droits de l'homme constituant un correctif et une limite à la doctrine de la marge d'appréciation* »⁸⁴². Le professeur Fromont complète cette affirmation en le définissant comme « *la concrétisation de*

⁸⁴¹ P. MUZNY, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme: Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Presses Universitaires D'Aix- Marseille, Tome II 2005, p. 659.

⁸⁴² F. MATSCHER, « Quarante ans d'activité de la Cour Européenne des droits de l'homme, Paris, Academie de droit international, 1997, p. 298.

cette aspiration qui imprègne notre droit (...), celle de limiter autant que faire se peut les interventions de l'État : celles-ci doivent se limiter au strict nécessaire et donc être proportionnées aux objectifs d'intérêt général »⁸⁴³.

Cette action jurisprudentielle a été utilisée dans les systèmes régionaux de droits de l'homme, particulièrement dans des décisions rendues par la maintenant disparue Com EDH et par la Cour EDH. Cette façon d'aborder les affaires a répondu aux besoins des tribunaux d'adapter une forme d'interprétation juridique compatible avec la démocratie -élément essentiel de l'analyse jurisprudentielle sur les sujets titulaires de droits de l'homme-. La proportionnalité permet aussi de traduire en justice par le biais d'un système rationnel les supposées violations commises par les Etats dans les systèmes de protection des droits de l'homme.

Dans ce chapitre, nous aborderons dans la première partie la construction théorique du principe de proportionnalité utilisé par les tribunaux des droits de l'homme, puis en seconde partie, nous montrerons comment les tribunaux ont fait usage de ce mécanisme pour la protection de la liberté d'expression, élément central de l'analyse du présent travail scientifique. Au vu de ces deux aspects, nous constaterons comment le contrôle des tribunaux internationaux de droits de l'homme diminue, en s'appuyant sur leur pouvoir d'interprétation, la marge d'appréciation de l'État quant à l'interprétation et à l'application des droits consacrés dans la CEDH aussi bien que dans la CADH.

⁸⁴³ M. FROMONT, Le principe de proportionnalité, Paris, AJDA, 1998, p. 156.

Section I : La théorie jurisprudentielle du principe de proportionnalité

Les éléments constitutifs de cette théorie seront recherchés en remontant à l'histoire du principe de proportionnalité dans le droit public allemand et plus tard par le biais des systèmes régionaux de droits de l'homme. En conséquence, les éléments du jugement de proportionnalité seront abordés de façon abstraite. Ce développement permettra de constater l'existence de mécanismes de contrôle de la marge nationale d'appréciation qui constituent un contrepoids à l'État quant à l'interprétation et l'application des droits.

§ 1 : L'origine du principe de proportionnalité

L'utilisation de la proportionnalité en tant que principe de correction fonctionnelle de la jurisprudence internationale des droits de l'homme s'est structurée pour faire face aux vides interprétatifs laissés par d'autres méthodes herméneutiques comme celle littérale, systématique ou objective qui ne rendent pas compte de la complexité interprétative résultant de l'étude des droits de l'homme. Ce genre d'interprétations joue un rôle prépondérant dans l'interprétation des règles, mais ne fonctionne pas quand il s'agit d'interpréter les intérêts juridiquement protégés qui sont sous-jacents aux droits. Bernal considère que « *l'application de ce principe de proportionnalité part du présupposé que la liberté ainsi que les autres droits fondamentaux doivent être interprétés de façon étendue, comme des principes qui ordonnent que leur objet se réalise dans la plus grande mesure possible, en accord avec les possibilités physiques et juridiques qui influent dans le sens contraire* »⁸⁴⁴.

⁸⁴⁴ C. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p.133.

Quant à l'origine de ce principe, il est nécessaire d'indiquer qu'il provient du droit constitutionnel allemand⁸⁴⁵. Il est le produit de la méfiance envers le Parlement créateur de la loi comme résultat de la volonté générale. Cet Etat a favorisé la constitution d'un tribunal constitutionnel ainsi qu'une pratique du droit administratif pendant la république de Weimar au cours de laquelle les juges se sont chargés de définir les droits fondamentaux et de résoudre les contentieux des tensions qui en découlaient. Les mécanismes utilisés par le juge constitutionnel et administratif ont été adoptés par les juridictions internationales de droits de l'homme. Il est ainsi possible d'observer que le professeur Otto Mayer a en 1922 soutenu à propos de l'application du principe que : « (...) *en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de force qui doit être considérée comme admissible. (...) Là où le maintien de l'ordre semble devoir être assuré par un moyen plus doux, l'autorité commet un excès de pouvoir si elle emploie un moyen plus brutal*⁸⁴⁶ ». Plus tard en 1933, la même année de la mise en place de l'État absolu et exceptionnel de Carl Schmitt⁸⁴⁷, le juriste Fleiner fait miroiter les dernières lumières de la république de Weimar, avant la prise du pouvoir par le nazisme en indiquant : « *Il rentre dans la fonction de la police de prendre les mesures nécessaires pour le maintien de la sécurité publique. La restriction de la liberté individuelle ne doit jamais excéder la mesure absolument nécessaire. La police ne doit pas employer des canons pour tirer sur les moineaux. Si, par exemple, un aubergiste vend de l'alcool contrairement aux clauses de l'autorisation d'exploiter un débit qui lui a été donnée, la police n'a pas le droit de fermer purement et simplement le débit ; elle dispose alors de moyens plus doux (peine d'exécution, peine de police).*

⁸⁴⁵ G. BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, in "Le juge et le droit public" Mélanges à M. Waline, Paris, LGDJ, 1974, p. 298 ss.

⁸⁴⁶ O. MAYER, *Dutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1925, p. 440, tomado del artículo del profesor Michel Fromont, "Le principe de proportionnalité", Paris, AJDA, p. 156.

⁸⁴⁷ Pour rendre compte de débat entre l'action proportionnelle et nécessaire de l'État proposée par certains professeurs exclus en raison de leurs conditions de juifs et d'autres professeurs comme Carl Schmitt, Otto Koellreuter, Karl August Eckhardt et Reihard Hohn, entre autres, voir le livre de B. RUTHERS, "Carl Schmitt en el Tercer Reich", Bogotá, Universidad Externado, , 2004.

L'intervention de la police doit être adéquate aux circonstances, elle doit être proportionnée⁸⁴⁸ ».

Selon les règles d'interprétation classiques, une norme prise postérieurement, prime sur la précédente, et une norme spéciale prime sur celle générale. Ce mode de résolution du contentieux n'est pas suffisant pour dénouer les conflits entre droits fondamentaux car ils ne peuvent être interprétés selon une interprétation législative qui s'applique à un système de règles. Il est sur ce point nécessaire de suivre Morand qui affirme que : « *les règles générales et abstraites dont on peut déduire la solution de cas concrets illimités en nombre, grâce à l'utilisation du syllogisme juridique, ne sont plus* »⁸⁴⁹.

Cette « fin des règles fixes » a permis aux juristes de distinguer entre les règles et les principes pour ouvrir la voie à une interprétation de principes adéquats aux droits fondamentaux. Martín Borowski explique la distinction entre règles et principes comme la « *clé pour la solution des problèmes de la dogmatique des droits fondamentaux. Actuellement, de nombreux auteurs interprètent les droits fondamentaux comme la résultante de principes. Selon la thèse de la séparation stricte, il existe une différence logique entre les règles et les principes, quand une règle est appliquée, il y a toujours imputation d'une conséquence juridique. A la différence des principes, les règles ne peuvent pas simplement céder devant d'autres règles dans les affaires individuelles* »⁸⁵⁰.

Dans le droit américain et anglais, les professeurs Hart et Dworking présentent un contentieux entre l'interprétation linéaire du droit -*qualification juridique*- et une application des intérêts juridiques protégés par le biais du principe de proportionnalité. Hart établit ainsi que la société se trouve régulée

⁸⁴⁸ F. FLEINER, , Les principes généraux du droit administratif allemand, traduction Eisenmann, 1933, p. 246 repris de l'article du professeur Michel Fromont, "Le principe de proportionnalité, AJDA, p. 156.

⁸⁴⁹ (Ch-A), MORAN "La fin des règles fixes", Revue européenne des sciences sociales, Cahiers de Wilfredo Pareto, 1996/2, No. 104, pp. 195-205 cité par M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention Européenne de droits de l'homme", Thèse non publiée, 2006, p. 75.

⁸⁵⁰ M. BOROWSKI, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.48-49.

par deux types de règles, d'ordre primaire et secondaire. Les primaires imposent des devoirs positifs -des actions- ou négatif -des omissions- aux individus, alors que les règles secondaires donnent des prérogatives aux particuliers ou aux autorités publiques pour créer, modifier, éteindre ou déterminer les effets des règles primaires⁸⁵¹.

Dans l'exercice de ces règles secondaires, les législateurs et les juges établissent des règles primaires contenues dans les lois et les décisions judiciaires. Hart divise ces expressions en trois. La première est constituée par les règles de changement qui sont les règles secondaires qui donnent des facultés aux particuliers et aux législateurs pour créer des règles primaires.

Cette vision linéaire de raisonnement juridictionnel a en couru des critiques du professeur Ronald Dworking⁸⁵² qui soutient que les règles n'étaient pas utiles pour résoudre des contentieux car pour résoudre les litiges difficiles, le juge pourrait choisir n'importe quelle option. Pour Dworking, il n'y avait aucun vide dans les interprétations retenues en justice car devant le doute dans la solution d'une affaire, le juge devait choisir le principe sous-jacent à la règle, et si des contradictions existaient entre deux règles, il préférerait un des principes sous-jacents à la règle après analyse de la pondération et de la proportionnalité des principes.

Ce courant doctrinal s'est également appuyé sur la théorie relativisant le contenu essentiel des droits fondamentaux⁸⁵³ qui retient que ce contenu est déterminé par le biais du principe de proportionnalité au sens large, tout en tenant compte que son application doit éviter l'action excessive de l'État quand il s'agit des droits civils et politiques, alors que d'autre part, elle tente de déterminer la prohibition de protection déficiente de l'État quant aux droits-prestation ou aux droits économiques, sociaux et culturels. Le conflit pourrait être évité si comme le préconise Sébastien Platon, « *le droit fondamental A incluait une faculté de limitation, ce qui signifie qu'il contienne en réalité le*

⁸⁵¹ H.L. HART, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, P.s. 99-113, 1963, p 101.

⁸⁵² R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Madrid, Editorial Ariel, p. 146-208, 1984.

⁸⁵³ M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, op.cit., p.48-49.

comportement X, et une norme secondaire qui, sous certaines conditions, rends ce comportement possible »⁸⁵⁴. Cela signifie que si deux intérêts qui sont juridiquement protégés et sont sous-jacents aux règles entrent en tension, il est nécessaire de vérifier les limitations afin de comprendre si le conflit persiste ou pas.

Ceci s'observe avec la liberté d'expression qui entre souvent en conflit avec d'autres intérêts juridiquement protégés qui sont sous-jacents à d'autres droits. Cependant, sa définition dans l'article 10 de la CEDH et 13 de la CADH inclut l'existence des limites primaires invoquées par le juriste Platon. Quant à la liberté d'expression, cette position s'exprime de deux façons. La première est en relation avec la constatation faite par la Cour IDH et la Cour EDH des conditions de limitation en droit. Dans le cas de la liberté d'expression, la limitation s'opère aussi par rapport à des valeurs d'ordre public, de bien commun et de santé publique. Nous observons alors dans que le droit se limite par sa propre structure.

On observe en deuxième lieu le cas des intérêts juridiquement protégés sous-jacents à la liberté d'expression qui entrent en conflit avec d'autres qui sont sous-jacents à d'autres droits. Cette situation dichotomique met le juge européen et interaméricain dans l'obligation de résoudre les contentieux qui surgissent confrontant à ses propres limites et aux limites formulées par d'autres droits, ce que nous mettrons en évidence dans la deuxième partie de cette thèse.

Au delà de ce débat doctrinal, le principe de proportionnalité s'insère dans le droit international des droits de l'homme. Ainsi, les « *interprétations fondatrices* »⁸⁵⁵ font appel à la proportionnalité ce qui permet aux Cours de déterminer la marge nationale d'appréciation par rapport aux droits de l'homme. Mais cette forme d'interprétation renvoie à la rationalité de l'être

⁸⁵⁴ S.PLATON, La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français, Paris, Clermont- Ferrand, L.D.D.J, 2008, p. 611.

⁸⁵⁵ Terme utilisé par M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint-Louis, p.409 cité par S. VAN DROOGHENBROECK, « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, p.45

humain et à sa capacité d'analyser de façon comparative un possible de conflit entre des intérêts juridiquement protégés et l'application de la proportionnalité d'un droit. Afin d'expliquer comment la décision se construit rationnellement en se fondant sur la proportionnalité, nous nous appuyerons sur l'explication du professeur allemand Robert Alexy qui indique qu'avant d'établir un discours il est nécessaire de présenter la validité de l'argument transcendantal⁸⁵⁶. Cette validité vient du fait que les destinataires peuvent se sentir dans leur ensemble comme les auteurs rationnels de ces normes, c'est-à-dire, quand la procédure de création des normes reproduit la procédure d'argumentation et de consensus de la raison communicative⁸⁵⁷.

L'idée principale de cette théorie repose sur un essai de la rationalisation des problèmes en prétendant à la vérité ou à la rectitude. Alexy considère que les règles du discours se divisent en deux. Le premier volet fait référence à la structure des arguments alors que le second se réfère aux règles orientant le processus du discours. Le premier volet met en valeur des exigences de non-contradiction, d'universalité dans le sens d'un usage courant des prédicats employés, de clarté linguistique conceptuelle, de vérité dans les prémisses empiriques utilisées, d'exhaustivité logique de l'argument, de considération des conséquences, de pondération⁸⁵⁸ et d'analyse de la formation des convictions morales⁸⁵⁹. Alexy transcrit aussi le deuxième volet⁸⁶⁰ : « *tout individu pouvant parler peut prendre part au discours, remettre en cause les affirmations dans le discours, rendre compte de ses critères, de ses besoins et de ses désirs ; aucun intervenant ne peut être entravé dans le but d'éviter sa participation au discours* ».

⁸⁵⁶ L'argument transcendantal est une des parties de la validité universelle des règles du discours, in R. ALEXY, *La teoría del discurso y de los derechos humanos*, p. 70-88, 1995.

⁸⁵⁷ J.A GARCIA, AMADO, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 19, 1997.

⁸⁵⁸ Pour creuser ce concept ainsi que celui de proportionnalité consulter les ouvrages du professeur C. BERNAL PULIDO, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales" Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005 et "El derecho de los derechos" de la Universidad Externado de Colombia. Dans ce dernier texte, consulter le deuxième, troisième et quatrième chapitre p. 59-147. Nous recommandons également le texte du professeur M. BOROWSKI "La estructura de los derechos fundamentales", op.cit.

⁸⁵⁹ R. ALEXY *La teoría del discurso y de los derechos humanos*, op.cit. p. 51,

⁸⁶⁰ Ibidem

Ces règles ne proposent pas des points de départ de l'argumentation, ou des suites séquentielles. Pour cette raison, elle est plus illustrative qu'exégète. Ces formes doivent être comprises de façon systématique avec certains postulats comme celui qui accepte que chaque partie qui participe au discours recherche une maximisation de ses intérêts.

Cette recherche ne signifie pas qu'il faille ignorer l'interlocuteur dans la discussion. Pour Alexy, les trois règles de validité universelle du discours sont l'existence d'un argument transcendantal, la maximisation de l'utilité individuelle et l'intérêt de correction ou de vérité⁸⁶¹.

Alexy estime que les juges doivent prendre en compte cinq prémisses⁸⁶² de vérification dans le discours qui permettent de constater si ses contenus et son essence est respecté. Ces prémisses sont les suivantes : Celui qui affirme quelque chose élève une prétention de vérité ou de correction, la prétention de vérité ou de correction implique une prétention de fondement⁸⁶³, cette prétention implique un devoir *prima facie* de fonder ce qui est affirmé quand cela est exigé et l'égalité dans la formulation des prétentions. L'imposition par le biais de la violence et de l'universalité ne peut intervenir dans le discours.

Après avoir expliqué le mode de formulation des sentences, il est pertinent que les interprètes -dans le cas présent les juges internationaux- appliquent le principe de proportionnalité. Cette forme d'interprétation juridique a tout d'abord été prise en compte par la Cour EDH, qui à son tour, comme nous l'avons signalé précédemment, s'est alimentée des apports de la doctrine juridique constitutionnelle⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ R. ALEXY, La teoría del discurso y de los derechos humanos, op.cit. p. 74,

⁸⁶² Ibid, p. 77-83.

⁸⁶³ Voir R. ALEXY y E. BULYGIN, La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá, Universidad Externado, 2001.

⁸⁶⁴ L'application du test de proportionnalité a également été utilisée par la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE). À ce sujet voir l'article de S. BERRADA, Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire, Revue des affaires européennes, Paris, 1998. p.48-61.

C'est ainsi que la Com EDH maintenant disparue a abordé pour la première fois dans l'affaire De Becker contre Belgique⁸⁶⁵ la notion de proportionnalité en déterminant son caractère de stricte proportionnalité. C'est ensuite la Cour EDH qui sera chargée d'appliquer la notion de proportionnalité en tant qu'instrument d'interprétation rationnelle dans l'affaire « *linguistique belge* »⁸⁶⁶ Analysant les mesures prises par le gouvernement belge concernant l'éducation des minorités linguistiques dans un établissement scolaire, elle a vérifié si elles étaient discriminatoires ou, au contraire, constituaient des traitements admissibles.

La Cour EDH a ensuite poursuivi l'analyse de proportionnalité avec un examen tripartite qui permet de déterminer si la mesure prise par l'État existe dans l'ordonnement juridique, si son objectif est conforme à la CEDH et si la mesure est nécessaire dans une société démocratique. Cette dernière condition a été consolidée avec l'affaire Becker, car les analyses de proportionnalité, jusqu'à cette date, ne s'appuyaient pas sur une vérification de la nécessité dans un État démocratique.

Cette étape franchie par les organismes européens de protection des droits de l'homme s'est consolidée dans l'affaire Handyside contre Royaume-Uni qui a non seulement permis de développer le test de proportionnalité en faisant valoir les trois variables indiquées précédemment, mais a en outre déterminé que la condition de nécessité dans un État démocratique apparaissait au travers de trois éléments : un besoin social impérieux, la proportionnalité dans le sens concret des restrictions ou des mesures, et, la pertinence et la suffisance des mesures. Ces éléments seront expliqués et développés dans le paragraphe sur l'analyse spécifique des mesures.

Pour ce qui est du système interaméricain, la Cour IDH l'a utilisé à plusieurs reprises mais nous observons que dans l'affaire Kimel contre Argentine et l'affaire Uson Ramirez contre Venezuela, le tribunal a non seulement tenu

⁸⁶⁵ Com EDH, Affaire De Becker c. Belgique, décision du 8 janvier, 1960, série B, §137.

⁸⁶⁶ Cour EDH, Affaire relative à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique, arrêt du 23 juillet 1968, Série A n.6.

compte du test de proportionnalité effectué par la Cour EDH mais a en outre complété son analyse avec les outils herméneutiques développés par le juge constitutionnel allemand. La première affaire avait trait à une censure dont a été victime un journaliste en Argentine car sa publication lésait les droits à la réputation et à l'intimité d'un juge qui avait, selon le texte, agi de façon illégale pendant la dictature argentine de la fin des années soixante-dix. La Cour IDH utilisa le test de proportionnalité pour résoudre l'affaire en tenant compte des aspects suivants : « *i) vérifier si la qualification des délits d'injures et de calomnie a porté atteinte à la stricte légalité qu'il est nécessaire d'observer en restreignant la liberté d'expression par la voie pénale ; ii) déterminer si la protection de la réputation des juges sert une fin légitime selon la Convention ce qui permettra de déterminer dans ce cas l'adéquation de la sanction pénale pour obtenir le résultat poursuivi ; iii) évaluer la nécessité de cette mesure, et iv) analyser la stricte proportionnalité de la mesure, à condition que la sanction imposée à M. Kimel ait garanti de façon étendue le droit à la réputation du fonctionnaire public mentionné par l'auteur du livre, sans outrepasser son droit de manifester son opinion* »⁸⁶⁷.

Dans sa jurisprudence, la cour constitutionnelle colombienne met en valeur l'application de ce principe. Ainsi, selon l'arrêt C-022 de 1996 : « *Le concept de proportionnalité comprend trois concepts partiels : l'adaptation des moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi, la nécessité de l'utilisation des moyens pour atteindre ce but (c'est-à-dire, s'il n'existe pas un autre moyen qui puisse y conduire et qui sacrifierait dans une moindre mesure les principes constitutionnels atteints par leur utilisation), et, la proportionnalité au sens strict entre les moyens et le but, soit, que le principe satisfait en atteignant cet objectif ne sacrifie pas des principes constitutionnels plus importants* »⁸⁶⁸.

La façon d'appliquer le test de proportionnalité dans les systèmes, tout comme ses composantes, seront abordées dans la seconde partie de cette analyse.

⁸⁶⁷ Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentine, arrêt du 2 mai, 2008, § 58 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>.

⁸⁶⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne, arrêt C-022 de 1996, M.p Carlos Gaviria Díaz in <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

§ 2 : *Les composantes du principe de proportionnalité*

Le professeur Robert Alexy⁸⁶⁹, tout comme Carlos Bernal⁸⁷⁰, considèrent que l'application du principe de proportionnalité doit être effectuée de façon sélective, c'est-à-dire, qu'il est nécessaire d'appliquer une caractérisation de ce principe pour en interdire l'excès quand on se retrouve devant les droits civils qui impliquent une action de l'État, et par ailleurs, examiner le principe face à l'interdiction de protection déficiente de l'État qui tend à déterminer la proportionnalité des droits économiques, sociaux et culturels impliquant une action de l'État.

Cette distinction ne sera pas retenue dans le cas de la liberté d'expression en tenant compte justement que ce droit existe non seulement face au silence ou à l'inaction de l'État, mais de la même façon, devant l'intervention de l'État pour le limiter conformément à sa marge d'appréciation et aux limites intrinsèques comprises dans les conventions régionales des droits de l'homme et qui se trouvent dans son ordonnancement. Ceci étant, l'analyse des éléments du test de proportionnalité dans sa dimension d'interdiction d'excès sera conjointement intégrée à l'interdiction de protection déficiente afin de comprendre sa structure. Ces éléments représentent de façon concrète l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité. Le juge international devra épuiser un à un les éléments du contrôle de proportionnalité de la mesure indiquée en tenant compte du fait que tout élément qui ne coïncide pas, permet de conclure que la mesure se trouve en opposition aux normes internationales des droits de l'homme protégées par les conventions régionales. Il est nécessaire de comprendre que le test de proportionnalité s'applique seulement dans des sociétés démocratiques qui peuvent se constituer dans des États qui respectent les principes d'égalité et de liberté. Son application, comme le rappelle le professeur Muzny, est « *incompatible*

⁸⁶⁹ R. ALEXY, "Teoría de los derechos fundamentales", Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997.

⁸⁷⁰ C. BERNAL PULIDO, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003 et "El derecho de los derechos", op.cit.,p.135 et ss.

avec le dogmatisme qui caractérise le mode de pensée totalitaire, elle est, malgré la souplesse qui la caractérise, pourvue d'un usage propre »⁸⁷¹.

A) L'adéquation de la mesure de contrôle

La règle de proportionnalité comporte incontestablement une exigence substantielle d'appropriation, par rapport au but fixé, de la mesure limitative des droits et des libertés⁸⁷². L'adéquation de la mesure de contrôle de l'État peut être déterminée par l'obtention d'un but légitime ou d'un intérêt protégé par les conventions régionales des droits de l'homme. C'est ainsi que les tribunaux conçoivent clairement la légitimité des mesures –mais pas leur légalité- quand ils déterminent que la mesure de contrôle d'un droit recouvre un intérêt juridiquement protégé qui même s'il s'oppose à un autre, protège l'ordonnement juridique. Un exemple de ce qui précède résulte de l'établissement de normes qui empêchent la commercialisation de boissons alcoolisées ou la vente de cigarettes pendant les plages horaires d'audience familiale. La mesure est restrictive de la liberté d'expression mais est adéquate car elle protège le droit à la santé.

Rappelons suivant le professeur Bernal, que pour que « *la mesure ne manque pas d'adéquation, une certaine relation de fait est nécessaire avec le but à atteindre, c'est-à-dire qu'il doit d'une certaine façon contribuer à protéger un autre droit ou un autre bien juridique important* »⁸⁷³. Il est également nécessaire de prendre en compte que face aux droits civils -*parmi lesquels se trouve la liberté d'expression*- il est possible de déterminer que l'adéquation n'existe pas en tant que mesure de contrôle, si elle ne protège pas la liberté des diverses attaques qu'elle reçoit. Ainsi, en ce qui concerne cette liberté, l'État ne doit pas en principe contrôler son exercice. Néanmoins, l'État doit de façon positive sanctionner son excès ou son manque de

⁸⁷¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme: Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires D'Aix- Marseille, Tome II 2005, p. 661.

⁸⁷² S. VAN DROOGHENBROECK, "La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op.cit., p. 174

⁸⁷³ C. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*", op.cit p.135 et ss.

protection, ce qui permet de rappeler « l'adéquation de la mesure » dans l'analyse préalable réalisée par le juge.

B) La nécessité de la mesure de contrôle

Une des caractéristiques rencontrées dans la définition de cet élément est que sa formulation utilise une définition négative. Pour Borowski, « *une mesure d'État n'est pas nécessaire s'il est également possible d'arriver à cette finalité par un autre moyen ayant au moins la même efficacité, et qui en outre ne restreint pas le droit fondamental auquel on a porté atteinte ou le restreint dans une moindre mesure* »⁸⁷⁴.

A son tour, Carlos Bernal considère que « *pour qu'un contrôle des droits fondamentaux soit nécessaire, il ne doit y avoir aucun autre moyen alternatif qui possède au moins la même finalité pour atteindre l'objectif proposé et qui soit plus bénin envers le droit auquel on a porté atteinte* ». L'auteur poursuit en signalant : « *il s'agit d'une comparaison entre la mesure adoptée et les moyens alternatifs disponibles, comparaison qui analyse : 1. L'adéquation équivalente ou plus importante du moyen alternatif, et 2. Le moindre degré de son intervention sur le droit fondamental. (...).En effet, pour qu'une mesure pénale ne soit pas nécessaire, il doit exister une mesure alternative qui possède au moins la même finalité et qui restreigne moins la liberté ou les autres droits fondamentaux qui résulteraient atteints* »⁸⁷⁵.

Pour Van Drooghenbroeck « *l'exigence de nécessité consiste en l'application de l'optimum de Pareto imposant l'obligation de choisir la mesure la moins liberticide pour parvenir à l'objectif souhaité* »⁸⁷⁶.

A notre avis, cette exigence de nécessité en tant qu'élément du jugement de proportionnalité repose sur la limitation de la marge nationale d'appréciation

⁸⁷⁴ M. BOROWSKI, "La estructura de los derechos fundamentales", op.cit., p. 130.

⁸⁷⁵ C. BERNAL PULIDO, "El derecho de los derechos", op.cit., p.136.

⁸⁷⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, "La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux", op.cit., p. 190.

de l'État par le juge international des droits de l'homme où sont évaluées les alternatives les moins onéreuses que l'État doit prendre face à un ou plusieurs intérêts juridiquement restreints.

Ces descriptions de la nécessité comme une caractéristique essentielle de l'analyse de proportionnalité ont une importance capitale dans la mesure où cela permet de contrôler objectivement l'excès de pouvoir de l'État devant ses actions injustifiées et disproportionnées. La nécessité des mesures internes prises par l'État, rationalise et objective encore plus la décision de l'État qui contrôle les droits. Et ce, tout en tenant compte que pour évaluer la mesure de contrôle, le juge formule en parallèle une application comparative entre les mesures les moins restrictives du droit dans l'affaire en cours. Cette détermination judiciaire des mesures les moins restrictives doit s'appuyer sur le droit comparé et ses décisions analogues ou similaires qui auraient été prises par les tribunaux internationaux des droits de l'homme. Cette application permet de construire un corps cohérent de jurisprudence qui dérive de l'action de la Cour EDH et de la Cour IDH ce qui permet d'établir des limites fixes sur une action étatique de restriction déterminée. Cette forme de construction jurisprudentielle n'empêche pas les tribunaux régionaux des droits de l'homme de passer outre une ligne de jurisprudence prise en application de la « nécessité », à condition de doter la décision d'une charge d'argumentation supérieure.

En résumé, le juge international évalue la capacité de l'État en prenant la portée de ses décisions, et lui impose une logique d'analyse conforme aux critères admis de respect et de garantie qui émanent aussi bien de la CEDH que de la CADH.

C) La proportionnalité au sens strict

Avec l'application stricte des principes d'adéquation et de nécessité il est possible de réguler un conflit entre les droits fondamentaux en utilisant le critère de la qualification juridique des règles. Cependant, dans la plupart des

cas les conflits persistent, et il est pour cette raison nécessaire de faire appel à la proportionnalité dans un sens concret. La pondération⁸⁷⁷ est utilisée pour matérialiser la proportionnalité dans un sens concret, et son application conduit à un système de précédents où le juge doit les respecter. S'il ne le fait pas, il se trouve dans l'obligation de soutenir sa position juridique de façon raisonnée. La Cour IDH et la Cour EDH ont toutes deux utilisé la pondération dans plusieurs arrêts qui présentent la pondération d'intérêts juridiquement protégés de caractère public face à ceux de caractère privé. Le terrain dans lequel on rencontre « *l'opposition binaire privé/public constitue le seul terrain possible d'intervention de l'authentique proportionnalité* »⁸⁷⁸. Cette thèse de la confrontation entre intérêts publics et privés doit s'élargir dans la liberté d'expression à des événements où il est possible de démontrer que dans certaines tensions qui surgissent sur cette liberté et sur d'autres intérêts qui sont sous-jacents à d'autres droits, des oppositions apparaissent entre des intérêts publics protégés entre eux, comme par exemple, quand un intérêt public protégé d'informer la société est contraint par un autre intérêt public qui repose sur la sécurité nationale, l'ordre public ou l'honneur des institutions.

Pour résoudre ces tensions, la proportionnalité au sens strict est utilisée et se traduit par une pondération qui prétend déterminer la relation existant entre le degré d'atteinte de l'intérêt juridiquement protégé sous-jacent au droit fondamental et le degré de protection de l'intérêt contraire auquel la mesure a porté atteinte. Cette mesure rationnelle de décision peut être critiquée du fait qu'elle est empreinte d'un subjectivisme judiciaire qui ne conduirait pas à un résultat parfait. Cependant, cette critique n'est pas valable car l'analyse effectuée par le juge implique une construction logique et cohérente de son raisonnement.

⁸⁷⁷ L'expression pondération a été utilisée doctrinairement dans des travaux sur le droit international en Europe par des professeurs comme Van Compernele, Jacques dans son article " Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts, In Nouveau itinéraires en droit, Hommage A F. RIGAUX, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495-506.

⁸⁷⁸ M, FROMONT, Le principe de proportionnalité, Paris, AJDA, Numéro spécial, 1995.

C'est le professeur Robert Alexy qui a développé ce modèle, qui comme nous le verrons a été adapté pour la Cour IDH⁸⁷⁹. Alexy considère que le mécanisme de pondération est mis en évidence à partir de la prémisse suivante : « *Plus le degré de non satisfaction ou d'atteinte d'un principe est grand, et plus devra être grande l'importance de satisfaction de l'autre* »⁸⁸⁰. Cette formulation a été développée par le même auteur qui indique : « *Au cours de la première étape il est important de définir le degré de non satisfaction d'un des principes. Ensuite, dans une deuxième étape, l'importance de la satisfaction du principe qui joue en sens contraire est définie. Enfin, dans une troisième étape, il est nécessaire de définir si l'importance de la satisfaction du principe contraire justifie de porter atteinte ou de ne pas satisfaire l'autre* »⁸⁸¹. Dans cette présentation, le professeur allemand présente la nécessité de déterminer les intérêts protégés et non protégés par la mesure de contrôle du droit afin de définir les intensités de protection du droit. Un exemple pour lequel il est possible d'utiliser cet instrument interprétatif est le conflit qui existe entre la liberté d'expression ou d'information et le droit à l'intimité ou respect de la vie privée. Dans ce cas, la pondération détermine si une mesure d'État s'ajuste ou non aux conventions régionales des droits de l'homme, en tenant compte du degré d'atteinte et de protection des principes du point de vue concret, leur poids abstrait, et la sécurité des prémisses empiriques relatives à l'atteinte portée.

Si par exemple l'État, par le biais de sa fonction judiciaire, sanctionne un média par une censure en raison d'une information qui porterait atteinte à la vie privée d'un mineur ou une information qui de façon générale porte atteinte à l'enfance et à l'adolescence, la mesure doit être analysée à la lumière des prémisses développées par le professeur Alexy. Dans ce cas, le degré d'intervention de cette mesure est pris en compte face à la liberté d'expression -*la publication est arrêtée, car le contrôle est important*-, le degré de protection des droits des mineurs est ensuite analysé -*et dans cette affaire*

⁸⁷⁹ Voir Cour IDH, Affaire Kimel c Argentina, arrêt du 2 mai 2008 in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁸⁸⁰ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 161.

⁸⁸¹ R. ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales en la "Revista Española de derecho constitucional"*, No. 66. 2002, p. 32, repris de C. BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, op.cit.,p. 99.

il est important-. En conséquence, leurs poids abstraits seront déterminés par le juge selon les intérêts juridiques qui sont sous-jacents aux droits. Bernal fait ainsi référence au poids abstrait : « *la variable du poids abstrait est fondée sur la reconnaissance du fait que même si les principes qui entrent en conflit possèdent la même hiérarchie réglementaire, l'un d'entre eux peut parfois avoir une importance abstraite plus grande, selon la conception des valeurs prédominant dans la société* »⁸⁸². Dans le cas d'espèce, dans le domaine du droit international des droits de l'homme, il est reconnu que les mineurs représentent des sujets de protection spéciale ce qui fait que dans la définition des droits en discussion cet élément soit déterminant au moment de préciser le sens d'une décision. Enfin, il est nécessaire d'observer la sécurité des appréciations empiriques, ce qui permettra de tenir compte de la portée de la mesure de restriction sur l'affaire, c'est-à-dire, que le juge constate de fait la confirmation de son appréciation, le cas échéant, en validant aussi bien l'atteinte portée que la protection des intérêts juridiques sous-jacents aux droits fondamentaux. Cette dernière faculté est évaluée par le biais des moyens de preuve que met en œuvre le juge international des droits de l'homme pour résoudre le contentieux. En résumé « (...) *plus l'ingérence sur le droit fondamental sera grande et plus les principales prémisses seront sûres, et plus important ou strict devra être le contrôle de proportionnalité* »⁸⁸³.

En tenant compte de ces éléments, une décision est prise sur le sujet. Si les doutes persistent, deux principes devront être évalués de façon spécifique. Le premier est l'égalité, et le second, la démocratie. Quant au principe d'égalité, il faut tenir compte du fait que l'analyse du juge international déterminera si la restriction effectuée par le biais de la mesure d'État qui manifeste l'inégalité supposée du traitement, a un objectif et une validité conforme aux conventions régionales des droits de l'homme. Afin de matérialiser cette analyse, il est nécessaire de mettre en avant que le juge interaméricain et européen est enclin à protéger des groupes historiquement discriminés ou

⁸⁸² C. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*", op.cit, p.100.

⁸⁸³ Ibid., p.266.

des sujets de protection spéciale tels que les mineurs, les femmes chefs de famille et toute autre minorité ethnique, raciale, sexuelle et religieuse.

Quant au principe démocratique, il est important d'observer que la CADH tout comme la CEDH permet l'adhésion des Etats qui ont un caractère démocratique. Pour cette raison, le principe permet que la Cour EDH tout comme la Cour IDH doivent déterminer le sens de n'importe quel droit consacré dans la Convention, sur le fondement de l'existence du principe démocratique qu'il est possible dans le cadre de cette analyse de matérialiser par le fait que le contrôle du droit ait été effectué dans l'observation du principe des majorités et le respect des minorités, qui se traduit dans la forme la plus digne du pluralisme et de la tolérance des idées.

Section II : La systématisation du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la liberté d'expression

Cette systématisation dans le système européen et américain de protection des droits de l'homme vise essentiellement à définir le droit face aux autres droits. Elle montre en outre le pouvoir d'interprétation des juges internationaux ainsi que les limites extrinsèques de la marge nationale d'appréciation. Cette vision sera mise en évidence dans le second titre de cette deuxième partie en nous appuyant sur une analyse comparative des jurisprudences de la Cour EDH et de la Cour IDH.

Avant de procéder à l'analyse, il est nécessaire d'expliquer que les Cours régionales des droits de l'homme ont utilisé comme référence la façon dont les tribunaux constitutionnels d'Allemagne et d'Autriche appliquent le principe de proportionnalité, c'est-à-dire, la détermination du degré d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict de la mesure qui restreint le droit fondamental. Comme nous pourrons l'observer, la Cour IDH a été plus réceptive à l'usage de ce principe en rapport avec les développements théoriques avancés par la doctrine constitutionnelle allemande conduite par Robert Alexy.

Nous aborderons donc dans cette section les conditions d'application de l'analyse de proportionnalité telle que la jurisprudence des deux Cours l'ont retenue. Remarquons que la Cour EDH a utilisé une classification tripartite pour effectuer l'analyse de proportionnalité au sens strict. De son côté la Cour IDH a utilisé les mêmes conditions par le biais de formulation empruntées au droit constitutionnel allemand et autrichien qu'elle a appliqué de façon plus stricte.

§ 1 : Les conditions de l'existence formelle du principe de proportionnalité

A) L'existence d'une loi qui prévoit l'ingérence

L'État a la possibilité d'établir des mesures permettant d'avoir une ingérence dans le développement d'un droit. Ce droit n'étant pas illimité, l'objectif doit donc être compatible avec les Conventions qui obligent les Etats à adapter leur législation interne aux critères internationaux des droits de l'homme.

L'expression des lois est appréciée en fonction de l'origine et du contenu du principe. Quant à son origine, elle doit avoir été adoptée par un parlement ou le congrès selon le système politique en place. Cette adoption doit avoir respecté les procédures établies pour ce genre d'actes. Quant au contenu, deux principes doivent être respectés. En premier, le principe démocratique est garanti par un mode d'élaboration de ces normes avec l'entière participation des citoyens que ce soit de façon directe ou indirecte. En seconde, le principe de réserve de loi qu'implique que l'action du parlement ou du congrès respecte les limites intrinsèques du droit fondamental.

La Cour IDH a précisé dans son opinion consultative No. 6 de 1986 cette notion de loi de la façon suivante :

« la protection des droits de l'homme requiert que les actes d'État qui leur portent atteinte de manière fondamentale ne restent pas sous l'arbitrage du pouvoir public, mais qu'ils soient entourés d'un ensemble de garanties qui visent à assurer que les attributs inviolables de la personne ne subissent pas de préjudices, et parmi eux, sans doute le plus important doit être que les limitations soient établies par une loi adoptée par le pouvoir législatif, en accord avec ce qui est établi dans la Constitution. Cette procédure permet de conférer à de tels actes la légitimité démocratique et permet en outre aux minorités d'exprimer leur désaccord, de proposer des initiatives différentes, de participer à la formation de la volonté politique ou d'influer sur l'opinion publique afin d'éviter que la majorité agisse de façon arbitraire. En réalité,

cette procédure n'empêche en aucun cas qu'une loi votée par le Parlement puisse en arriver à violer les droits de l'homme, possibilité qui exige la nécessité d'un certain régime de contrôle postérieur, mais elle est sans aucun doute un obstacle important à l'exercice arbitraire du pouvoir »⁸⁸⁴. La Cour IDH conclut en indiquant que la loi se définit comme cet : « acte normatif destiné au bien commun, qui émane du pouvoir législatif démocratiquement élu et est adopté par le pouvoir exécutif ». Enfin, elle ajoute que la définition précédente : « correspond pleinement au contexte général de la Convention dans la philosophie du système interaméricain. Seule la loi formelle, comprise dans le sens de la Cour, est apte à restreindre la jouissance ou l'exercice des droits reconnus par la Convention »⁸⁸⁵. Quant à la Cour EDH, elle a considéré dans l'affaire Sunday Times contre Royaume Uni⁸⁸⁶ que le concept de « lois » doit être interprété selon le contexte juridique existant. Il est ainsi possible avec Cohen- Jonathan de conclure que pour la CEDH « la loi doit correspondre à une norme générale accessible et prévisible, c'est-à-dire suffisamment précise et complète pour permettre au citoyen de régler sa conduite en connaissance de cause »⁸⁸⁷. L'absence de définition a permis au tribunal européen d'être flexible au moment d'analyser cette condition dans le jugement de proportionnalité, en octroyant à l'État une marge d'appréciation plus importante.

Face à la liberté d'expression, aussi bien dans le système interaméricain qu'europpéen, les tribunaux ont établi que l'ingérence dans le droit doit être décrite par la loi. Dans les deux systèmes, les tribunaux ont accordé une présomption de légalité à l'État dans la mesure où il est seulement constaté que les mesures constitutives de la restriction ont été formellement adoptées par le Congrès ou par le Parlement. Leur contenu est déterminé par le biais des éléments d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité dans le sens

⁸⁸⁴ Cour IDH, Avis Consultative No. 6 " Expresión leyes del art.30 de la Convención Americana sobre derechos humanos du 9 mai 1986, § 22 in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁸⁸⁵ Ibid §35

⁸⁸⁶ Cour EDH, Affaire Sunday Times c Reino Unido, arrêt du 29 avril 1979, §. 47 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁸⁸⁷ G. COHEN, JONATHAN, Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme in Protection des droits de l'homme : La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000 p. 258.

concret. La Cour IDH a par exemple proposé s'agissant de la légalité des normes pénales dans l'affaire Usón Ramírez contre Venezuela⁸⁸⁸ et Kimel contre Argentine⁸⁸⁹, que la détermination du principe de légalité ne se réduisait pas seulement à constater si la norme avait été adoptée par une instance compétente, mais qu'il était nécessaire « *d'observer les exigences requêtes caractéristiques de la qualification pénale afin de satisfaire le principe de légalité dans ce domaine. Elles doivent ainsi être formulées de façon formelle, précise, stricte et préalable. Le cadre légal doit permettre une sécurité juridique du citoyen* ». Sur ce sujet, la Cour IDH a déterminé que « *dans l'élaboration des catégories pénales, il est important d'utiliser des termes stricts et univoques qui bornent de façon claire les conduites punissables, en donnant tout son sens au principe de légalité pénale. Ceci implique une définition claire de la conduite incriminée, pour en fixer les éléments et permettre de la séparer de comportements non punissables ou de conduites illicites sanctionnables par des mesures extra-pénales. L'ambiguïté dans la formulation des caractéristiques pénales génère des doutes et ouvre la voie au domaine de l'arbitraire de l'autorité, particulièrement indésirable quand il s'agit d'établir la responsabilité pénale des individus et de la sanctionner avec des peines qui portent sévèrement atteinte aux biens fondamentaux comme la vie ou la liberté. Des normes comme celles appliquées dans l'affaire qui nous occupe, qui ne délimitent pas strictement les conduites délictueuses, violent le principe de légalité établi dans l'article 9 de la Convention américaine*⁸⁹⁰.

En résumé, la notion de loi doit posséder un contenu formel et matériel. L'aspect formel renvoie à la nature démocratique de l'Etat, ce qui implique que la loi soit adoptée selon des procédures plurielles par le Congrès ou le Parlement. Du point de vue matériel, l'exigence tient en ce que la loi soit adoptée pour satisfaire la volonté générale et respecter les droits

⁸⁸⁸ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c Venezuela, arrêt du 20 novembre 2009, §. 54 et ss, in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁸⁸⁹ Cour IDH, Affaire Kimel c Argentina, arrêt du 2 mai 2008, §.63, Cour IDH, Affaire Claude Reyes y otros, arrêt du 19 septembre 2006 §. 89 et O.C. No 5/85 La Colegiación Obligatoria de Periodistas, §. 40. in <http://www.corteidh.or.cr/>

⁸⁹⁰ Cour IDH, Affaire Castillo Petruzzi et autres, arrêt du 4 septembre 2008, §.121. Ainsi, le tribunal a mis en avant que les lois qui prévoient des restrictions "doivent utiliser des critères précis et ne pas conférer un pouvoir discrétionnaire sans obstacles à ceux qui son chargés de son application".

fondamentaux consacrés dans la Constitution et dans les instruments internationaux. Cette conception de la loi a connu une interprétation plus rigoureuse dans le système interaméricain en raison de la fragilité démocratique de la région, alors que sur le continent européen, la Cour EDH a été plus flexible, sauf dans le cas de certains pays de l'Europe de l'Est et de la Turquie. Cela a conduit à l'admission d'une sorte de présomption de légalité au contentieux.

B) L'existence d'une société démocratique

La notion de « société démocratique » suppose de s'accorder une définition de la démocratie. Dans le rapport « Démocratie en Amérique latine » réalisé par le programme PNUD de l'Organisation des Nations Unies elle est définie comme : *« le résultat d'une expérience sociale et historique intense et soutenue qui se construit jour après jour dans les réalisations et les frustrations, les actions et les omissions, le travail quotidien, les échanges et les aspirations des citoyens, les groupes sociaux et les communautés qui luttent pour leurs droits et n'ont de cesse de construire leur vie en commun. La démocratie implique une façon de concevoir l'être humain et de garantir les droits individuels. Par conséquent, elle regroupe un ensemble de principes, de règles et d'institutions qui organisent les relations sociales, les procédures pour élire les gouvernements et les mécanismes pour contrôler leur fonctionnement »*⁸⁹¹.

C'est dans le cadre de cette démocratie que s'installe la société qui doit prendre part à ces valeurs démocratiques parmi lesquelles figurent, du point de vue du droit international des droits de l'homme, le pluralisme, la tolérance et l'ouverture d'esprit. Pour Lefort, ce genre de société est celle qui *« s'adapte à une société différenciée et conflictuelle et permet d'aménager les conditions d'une concurrence pacifique entre les groupes prétendant à l'exercice du*

⁸⁹¹ Rapport "La démocratie en América Latina". Vers une démocratie de citoyens et de citoyennes, Programme pour les Nations Unies pour le Développement- Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 53.

pouvoir et, par voie de conséquence les conditions d'un règlement pacifique des conflits au sein de la société »⁸⁹².

L'expression « société » se définit comme un ensemble de personnes qui tendent vers un objectif général ou particulier. Son examen a fait l'objet de nombreux travaux de recherche qui opposent ou juxtaposent la société et l'État. Ces thèses⁸⁹³ proposent la possibilité de comprendre qu'au-delà d'établir la relation entre l'État et la société comme fusionnelle ou séparatiste, un dialogue doit nécessairement s'articuler entre cet État en tant qu'élément juridique essentiel et la société, composante de l'État dans toutes ses variantes de nation et de population. Afin d'équilibrer ces mesures théoriques, c'est la démocratie qui permet d'établir le dialogue entre la société et l'État, et son existence dépend de son acceptation par l'État, ce qui en soi lui donne alors le caractère d'État de droit.

Quant à la démocratie, elle doit se développer dans un sens formaliste ou instrumental et systémique. Il est nécessaire d'y ajouter la composante sociologique apportée par les Cours EDH et IDH qui indique que la société démocratique doit, pour exister, posséder le pluralisme, la tolérance et l'ouverture d'esprit⁸⁹⁴. De façon catégorique, la Cour EDH signale que « *la notion de société démocratique (...) domine la Convention toute entière* »⁸⁹⁵.

Nous reconstruisons donc un premier genre de démocratie, attachée aux aspects juridiques et formels. Elle surévalue les procédures formelles d'élection, sans tenir compte des aspects métadémocratiques qui surdéterminent le simple mécanisme citoyen consistant à déposer un bulletin dans les urnes pendant une période électorale. C'est ce que le Programme des Nations Unies pour le

⁸⁹² C. LEFORT, « Renaissance de la démocratie? », in *Revue Pouvoirs*, 1990, p. 8, repris de P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme: Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Tome II 2005, p. 659.

⁸⁹³ Voir, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'Etat et la société démocratique, Libertés, justice, tolérance » in *Mélanges en hommage au doyen G. COHEN- JONATHAN*, Bruylant, Volume I, 2004, p. 57-78.

⁸⁹⁴ Cour EDH, Affaire « Handyside c Royaume- Uni, arrêt du 7 décembre 1976, § 49 in in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁸⁹⁵ Cour EDH, Affaire *Lingens c Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986 § 42 in in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Développement a appelé « *la démocratie électorale* »⁸⁹⁶. Ainsi s'inscrit l'étude de Pactet et Melin qui limitent la démocratie à une règle formelle dont les composantes sont le pluralisme et le principe des majorités⁸⁹⁷. Cette forme de démocratie est protégée par l'article 3 du 1^{er} protocole de la CEDH, ou l'article 23 de la CADH.

Le second, genre propose une analyse consciencieuse de la démocratie du point de vue matériel, en dépassant ses mécanismes de fonctionnement, pour envisager sa concrétisation pratique. Cette façon de comprendre la démocratie, a été soutenue par les professeurs Jurgen Habermas, Bjarne Melvevik et Pierre Rosanvallon dont les réflexions sur la démocratie se rejoignent dans une posture systémique de celle-ci. Pour le premier, le processus démocratique implique que les citoyens participent de façon active à l'élaboration des normes sociales, pour se constituer en auteurs rationnels de ces normes, c'est-à-dire, que la procédure de création des normes reproduit la procédure d'argumentation et de consensus de la raison communicative⁸⁹⁸. Melvevik⁸⁹⁹ considère la démocratie comme l'endroit où nous nous affirmons réciproquement comme les auteurs de nos droits et, surtout, où nous réalisons démocratiquement le projet d'un « *nous juridique* ». Enfin, Rosanvallon considère que la démocratie ne doit pas se limiter à la vérification d'une procédure formelle d'élection mais considère au contraire que pour qu'elle soit intégrale, une démocratie de l'appropriation doit exister, où l'on peut distinguer deux aspects : (i) une politique citoyenne de la défiance qui contraste avec la confiance propre de la pratique électorale et permet la construction d'une société civile qui contrôle l'exercice du pouvoir et (ii) le fonctionnement des organismes de démocratie indirecte, comme les Cours Constitutionnelles, les autorités indépendantes de régulation, entre autres⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Rapport "La democracia en América Latina". Vers une démocratie de citoyens et de citoyennes, Programme pour les Nations Unies pour le Développement - Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 54.

⁸⁹⁷ P. PACTET, PIERRE ET F. MÉLIN- SOUCRAMANIEN, Droit Constitutionnel, 27 édition, Paris, Dalloz, 2008. p. 84-85

⁸⁹⁸ J-A, GARCÍA AMADO, La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, op.cit., p. 19.

⁸⁹⁹ B, MELVEVIK, Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 121.

⁹⁰⁰ P.ROSANVALLON, La légitimité démocratique; Impartialité, réflexivité, proximité, op.cit., p. 347-350.

Dans la théorie du droit, Kelsen a indiqué qu'il n'était pas possible de concevoir la démocratie sans l'existence de la liberté et de l'égalité. Pour le juriste allemand « *les théories d'extrême droite ou marxistes, au regard de l'un ou l'autre de ces éléments, ne peuvent pas être considérés comme démocratiques* »⁹⁰¹. Cette position de Kelsen explique très bien comment, dans le domaine des droits de l'homme, la démocratie est indispensable et que des facteurs intrinsèques de celle-ci comme la liberté ou l'égalité coïncident avec l'architecture théorique des droits de l'homme. Lowenstein, quant à lui, a créé l'expression de « démocratie constitutionnelle » en indiquant qu'elle « *dépend de l'existence ou de la carence des institutions effectives par l'intermédiaire desquelles l'exercice du pouvoir politique est distribué entre les détenteurs du pouvoir, et par l'intermédiaire desquelles les détenteurs du pouvoir sont soumis au contrôle des destinataires du pouvoir* »⁹⁰².

En partant du droit international des droits de l'homme qui valide sa variante sociologique, Véronique Fabre-Alibert⁹⁰³ indique que la société démocratique a été comprise comme un ensemble de trois éléments essentiels : le pluralisme⁹⁰⁴, la tolérance et l'ouverture d'esprit⁹⁰⁵. Le premier est défini par l'auteur comme celui qui : « (...) *suppose que soient pris en compte les différentes tendances et les courants d'idées dans une société politique donnée* ». Pour la professeur Cassenove, « *l'idée de pluralisme gouverne la structuration de l'ordre juridique européen des droits de l'homme comme elle rend compte de sa substance. L'ordre juridique européen est en effet un ordre pluriel qui ménage la singularité des ordres étatiques* »⁹⁰⁶. Ces positions sont confirmées par certaines décisions de la Cour EDH qui diversifient ce

⁹⁰¹ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p 16 ss.

⁹⁰² K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 149

⁹⁰³ V. FABRE- ALIBERT, " La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la R.T.D.H, 1998, p. 465-496.

⁹⁰⁴ La Cour EDH a considéré "(...) qu'il n y pas de démocratie sans pluralisme". Voir, *Affaire Parti communiste unifié de Turquie c Turquie* du 30 janvier 1998, §43 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁰⁵ Cour EDH, *Affaire Sunday Times, c Royaume –Uni*, arrêt du 29 avril 1979, §58 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁰⁶ E. CASNOVE, "Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 1994, p. 338. Thèse non publiée.

pluralisme au niveau éducatif, religieux, syndical, électoral, sexuel, etc.⁹⁰⁷, c'est-à-dire, l'espace d'action dans une société où doit non seulement être respecté le droit des majorités, mais également celui des minorités.

Le deuxième élément, Fabre-Alibert le définit comme « *la ligne de conduite qui consiste à laissez vivre autrui conformément à des principes, auxquels précisément nous n'adhérons pas* »⁹⁰⁸. Cette définition de la tolérance s'articule sur la pluralité, tout en permettant qu'au sein de l'universalisme des droits consacrés dans les conventions régionales des droits de l'homme, il soit possible d'expliquer les voies dissonantes qui existent en respectant les limitations intrinsèques et extrinsèques de la marge nationale d'appréciation.

La troisième condition de l'existence de la société démocratique est l'ouverture d'esprit, c'est-à-dire, l'attitude d'acceptation qui doit exister dans une société démocratique. Pour la Cour EDH, l'ouverture d'esprit est un autre élément principal de la démocratie, un caractère qui réaffirme les postulats libéraux qui doivent exister dans la Cour EDH, sans tomber dans aucune sorte de fondamentalisme idéologique ou religieux.

Les décisions des cours régionales des droits de l'homme, respectent non seulement les mesures tout en les confrontant à l'existence d'une société démocratique, mais les décisions judiciaires sont en outre démocratiques en elles-mêmes, en tenant compte du fait que l'action judiciaire internationale devient la volonté d'État de signer et de ratifier les conventions respectives, en reconnaissant volontairement les compétences des cours régionales. Cette action écarte ce que l'on appelle le « *gouvernement des juges*⁹⁰⁹ » sur le plan international.

⁹⁰⁷ Voir Cour EDH, Affaire kokinnakis 25 mai 1993, § 32 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁰⁸ V. FABRE- ALIBERT, “ La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op.cit., p. 494.

⁹⁰⁹ Sur ce point, voir l'article de M. TROPER, “Le pouvoir judiciaire et la démocratie in “ Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen- Jonathan, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1571- 1586.

Précisons que ces caractéristiques de la société démocratique ont été énoncées par la Com EDH dans des affaires ayant trait à la liberté d'expression. Il faut rappeler avec Casenove que la « *liberté d'expression reposait en particulier sur la nécessité d'une société démocratique d'encourager l'épanouissement personnel de ses membres et la recherche de la vérité* »⁹¹⁰. Cette position de la Com EDH unit de façon indissociable la liberté d'expression à la démocratie.

Quant à l'essai d'interprétation de la Cour EDH et de la Cour IDH, il est nécessaire de comprendre que la limite exercée par les tribunaux sur la marge nationale d'appréciation se fonde sur la possibilité de déterminer si les mesures nationales ont un caractère pluraliste, tolérant et d'ouverture d'esprit, ce qui produira un fort débat idéologique en son sein. Nous comprenons que selon Boumghar le juge international puisse « *par exemple estimer qu'accepter une ingérence donnée, admise par les autorités nationales au nom de la morale, irait à l'encontre de la tolérance et/ou de l'esprit d'ouverture caractérisant une société démocratique* »⁹¹¹. Dans l'éventualité de rencontrer de multiples difficultés d'interprétation dans cette analyse sur l'existence d'une société, il est nécessaire d'observer de plus près les conditions d'existence matérielle des mesures prises par l'État en vertu de sa marge d'appréciation.

En résumé, les Cours régionales des droits de l'homme et la doctrine spécialisée ont compris la démocratie comme une élaboration systémique qui comporte des aspects formels et matériels. Cela signifie que « *les élections libres ne sont pas en elles-mêmes suffisantes et ne garantissent pas les droits de l'homme* »⁹¹², et que l'existence d'une démocratie matérielle où le pluralisme et la tolérance soient la règle et non l'exception est nécessaire. Dans leurs préambules, la CEDH⁹¹³ tout comme la CADH⁹¹⁴ exige l'existence

⁹¹⁰ E. CASENOVE, « Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme », op.cit. p. 165.

⁹¹¹ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention Européenne de droits de l'homme, Thèse non publiée, 2006, p. 117.

⁹¹² T. VAN BOVEN, Démocratie, droits de l'homme et solidarité dans « Démocratie et droits de l'homme, Strasbourg, Editions N.P. Engel 1990, p. 127.

⁹¹³ Dans le préambule de la CEDH on peut lire : « En réaffirmant son attachement profond à ces libertés fondamentales qui constituent la base même de la justice et de la paix dans le monde, et dont la

de la démocratie en tant qu'élément essentiel pour faire partie des systèmes de protection des droits de l'homme. En leur sein, les « *systèmes régionaux trouvent le fondement de leur existence dans la nécessaire organisation démocratique* »⁹¹⁵. La démocratie est alors comprise comme l'espace où est respecté le pluralisme, la tolérance des individus, les droits de l'homme sont suivis, les relations de confiance avec leurs institutions se développent et l'on comprend la participation et la « *discussion libre* »⁹¹⁶ comme un facteur essentiel de légitimité.

§ 2 : *Les conditions de son existence matérielle*

A) L'existence d'un objectif approprié et conforme aux Conventions régionales de protection des droits de l'homme

L'existence d'un objectif conforme aux Conventions régionales des droits de l'homme est en relation avec le fait que les restrictions du droit fondamental qui ont été prises recherchent un ou plusieurs objectifs établis dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cette position est en étroite relation avec l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 qui stipule que les traités doivent être interprétés conformément à leur finalité et leur objectif. Dans cet ordre d'idées, la finalité et l'objectif de la CEDH et de la CADH sont la protection des droits des personnes.

En ce qui concerne la liberté d'expression dans le système de protection des droits de l'homme, les limitations sont valables devant des discours non protégés, comme par exemple, la protection de l'enfance ou de l'adolescence. Ces normes limitatives sont adéquates dans la mesure où elles cherchent à

permanence repose essentiellement, d'une part sur un régime politique vraiment démocratique, et d'autre part sur une conception et un respect commun des droits de l'homme dont elles dépendent".

⁹¹⁴ Dans le préambule de la CADH on peut lire : "Consolider sur ce continent, dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté personnelle et de justice sociale, qui repose sur le respect des droits essentiels de l'homme, sur la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>.

⁹¹⁵ H. GROSS ESPIELL, "Commission et Cour Interaméricaines" in "Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettit, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 441.

⁹¹⁶ Voir, P. WACHMANN, "Participation, communication, pluralisme" in Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?, A.J.D.A No. spécial, juillet-août 1998, p. 166.

protéger un objectif conventionnel -les droits des mineurs-. Un autre exemple provenant des Conventions est la limitation qui peut apparaître quand la vie privée des personnes n'est pas respectée. Dans ce cas, les limitations protègent un intérêt juridique similaire. La jurisprudence internationale a été prudente et a fait la distinction entre les déclarations effectués sur des personnages publics et celles faites sur des personnes quelconques. Dans ces différenciations, la Cour IDH et la Cour EDH ont remis en cause le principe d'égalité afin de déterminer lequel doit être prioritaire. S'il n'est pas possible de résoudre le contentieux juridique, le critère de « nécessité » est utilisé, puis celui de « proportionnalité au sens concret ».

Ceci dit, en contrôlant la liberté d'expression, les Etats ont utilisé des notions comme « le bien commun » et « l'ordre public », en opposant entre autres le principe de sécurité à l'intérieur des principes à protéger. Dans cet ordre d'idées, la Cour IDH a indiqué que *« l'utilisation d'expressions comme « le bien commun » et « l'ordre public » dans la Convention sont des termes qui doivent être interprétés à l'intérieur de son système, qui possède sa propre conception selon laquelle les Etats américains requièrent leur organisation politique sur la base de l'exercice effectif de la démocratie représentative des droits de l'homme, qui ont comme fondement les attributs de la personne humaine, et doivent faire l'objet d'une protection internationale »*. La Cour poursuit en signalant que : *« Il est possible de comprendre le bien commun, dans le contexte de la Convention, comme un concept qui se réfère aux conditions de la vie sociale qui permettent aux membres de la société d'atteindre le plus haut degré de développement personnel et la plus grande application des valeurs démocratiques. Dans ce sens, l'organisation de la vie sociale peut être considérée comme un impératif du bien commun pour renforcer le fonctionnement des institutions démocratiques et, préserver et promouvoir la pleine réalisation des droits de la personne humaine (...).La Cour est cependant consciente de la difficulté de préciser de façon univoque les concepts « d'ordre public » et de « bien commun », et que ces deux concepts peuvent être utilisés aussi bien pour affirmer les droits de la personne face aux pouvoirs publics, que pour justifier des limitations de ces droits au nom des intérêts collectifs. Il est à ce sujet impératif de souligner*

qu'il n'est en aucune façon possible d'invoquer « l'ordre public » ou le « bien commun » comme des moyens pour supprimer un droit garanti par la Convention ou pour le dénaturiser ou le priver de contenu réel »⁹¹⁷.

Ces allusions sont justement en relation avec le refus de la Cour IDH des abstractions utilisées par les États pour restreindre les droits de l'homme. L'évaluation de ces mesures quant à la justification du contrôle des droits, pose différents problèmes car en les restreignant, les mesures doivent pouvoir être justifiées, ce qui pour l'État est dans de nombreux cas difficile.

Dans l'affaire Kimel contre Argentine, la Cour IDH a effectué une analyse du test de proportionnalité en considérant qu'une mesure qui pénalise l'offense à l'honneur des fonctionnaires publics est adéquate parce qu'elle est fondée sur le respect du droit à l'intimité ou à la vie privée. Dans le même temps, elle a considéré que même si les fonctionnaires publics doivent être plus tolérants que les particuliers aux critiques, les mesures de contrôle étaient adéquates, mais n'étaient pas nécessaires et proportionnelles. Rappelons ce que retient le tribunal « ... les juges, ainsi que toute autre personne, sont protégés par l'article 11 conventionnel qui consacre le droit à l'honneur. D'autre part, l'article 13.2.a) de la Convention établit que la « réputation des autres » peut être un motif pour fixer des responsabilités ultérieures dans l'exercice de la liberté d'expression. Par conséquent, la protection de l'honneur et de la réputation de toute personne est un but légitime en accord avec la Convention. Ainsi, l'instrument pénal est adéquat car il sert l'objectif de sauvegarder, par le biais de l'injonction de peine, le bien juridique que l'on désire protéger, c'est-à-dire, qu'il pourrait être dans la mesure de contribuer à atteindre cet objectif. Cependant, la Cour avertit que cela ne signifie pas que, dans le domaine qui est analysé, la voie pénale soit nécessaire et proportionnelle...⁹¹⁸.

⁹¹⁷ Cour IDH, Avis Consultatif No 5/85 La Colegiación Obligatoria de Periodistas, du 13 novembre 1985 § 35 in <http://www.corteidh.or.cr/>.

⁹¹⁸ Cour IDH, Affaire Kimel c Argentina, arrêt du 2 mayo de 2008, §63 in <http://www.corteidh.or.cr/>

Dans l'affaire *Uson Ramirez contre Venezuela*⁹¹⁹, la Cour IDH a réitéré que bien qu'un instrument pénal puisse être idoine pour restreindre l'exercice abusif de certains droits, à condition que cela serve à sauvegarder le bien juridique que l'on désire protéger, cela ne signifie pas que l'utilisation de la voie pénale pour imposer des responsabilités ultérieures dans l'exercice de la liberté d'expression soit nécessaire et proportionnelle dans tous les cas.

Quant à la Cour EDH, elle a considéré dans l'affaire *Fressoz et Roire contre France*⁹²⁰ que la sanction pénale prise contre les pétitionnaires pour avoir publié la fiche fiscale de J. Calvet -*directeur de l'entreprise automobile Peugeot*- n'était ni idoine ni nécessaire car ce genre de documents peut être consultés par n'importe qui. Dans cette affaire, la mesure n'avait pas pour objet de protéger la vie privée ou l'intimité de M. Calvet, puisque ce droit n'était pas protégé en sanctionnant des individus pour avoir publié un document libre d'accès au public.

Une des affaires importantes de la Com EDH, *Open Door et Dublin Weel Woman contre Irlande*, remet en question la loi adoptée par l'Etat irlandais afin d'interdire la diffusion de l'information destinée aux femmes sur la possibilité d'avorter à l'étranger, alors que cette information était accessible par d'autres voies. Dans cette affaire, la Cour EDH a considéré la mesure non-adaptée et « *fort peu efficace* » *pour protéger la vie des enfants à naître : son adoption, en effet, n'avait pas empêché bon nombre d'irlandaises d'aller se faire avorter à l'étranger* »⁹²¹. Ces exemples de la Cour EDH démontrent comment l'adéquation en tant qu'élément définitoire du test –le bilan- de proportionnalité permet d'esquisser une géométrie variable de la liberté d'expression, en limitant matériellement la marge nationale d'appréciation.

Malgré ce qui précède, l'action de la Cour EDH tout comme celle de la Cour IDH permet de conclure qu'il existe une sorte de présomption d'adéquation

⁹¹⁹ Cour IDH, *Affaire Usón Ramírez c Venezuela*, arrêt du 20 novembre 2009, § 66 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm?idAffaire=328>

⁹²⁰ Cour EDH, *Affaire Fressoz et Roire c. France*, arrêt du 21 janvier 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹²¹ Cour EDH, *Affaire Open Door et Dublin Weel Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, § 251 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

des Etats qui repose sur leur marge d'appréciation. L'adéquation bien qu'elle ait été invoquée dans certaines affaires comme « l'Open Door », est dans la plupart des cas acceptée par les tribunaux, en mettant de façon plus importante l'accent sur l'élément de nécessité qui complète l'analyse sur le principe de proportionnalité.

B) La nécessité de la mesure de restriction

Comme nous l'avons vu précédemment, la nécessité des restrictions constitue un des éléments d'interprétation et est en tant que tel une des conditions de l'analyse de proportionnalité⁹²² dans l'action de la Cour EDH et de la Cour IDH. Elle est différemment appliquée dans les systèmes américain et européen. Alors que dans le système européen elle est étudiée et associée à l'existence d'une société démocratique, dans le système interaméricain elle est analysée de façon isolée, en reconnaissant bien sûr que l'action de la Cour IDH part du principe de l'existence de cette société démocratique, élément essentiel pour être un État-membre du traité.

Du point de vue de la jurisprudence produite par les cours régionales de protection des droits de l'homme, remarquons que la Cour EDH a commencé le débat. C'est ainsi que le tribunal a précisé que « *si l'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 paragr. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'« indispensable », il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun » et implique l'existence d'un « besoin social impérieux »* »⁹²³. Cela veut dire que la notion de nécessité n'est pas abandonnée à l'arbitraire de l'État pour qu'en vertu de sa marge nationale d'appréciation il en détermine son contenu, mais il est au contraire nécessaire de comprendre que l'État ne doit posséder aucune alternative de moindre gravité devant le droit contrôlé. Il est important de remarquer que dans l'affaire Handyside contre le Royaume-Uni, la Cour

⁹²² Voir, J.P MARGUENAUD, La Cour Européenne des droits de l'homme, Paris, Dalloz, 2è éd, 2002, p. 51.

⁹²³ Cour EDH, Affaire Handyside c Royaume. Uni, arrêt 7 décembre 1976, §48 et l'affaire Sunday Times c Royaume –Uni, arrêt du 29 avril 1979, § 58 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

EDH a développé le test de proportionnalité en ce qui a trait à la nécessité dont doivent bénéficier les mesures dans un État démocratique, en les résumant en trois points qui sont : un besoin social impérieux, la proportionnalité dans le sens concret des restrictions ou des mesures, et, la pertinence et la suffisance des mesures.

Des applications rigoureuses du principe de nécessité ont été mises en place par la Cour EDH au travers notamment de l'analyse de la liberté d'expression, du droit d'obtenir justice, du principe d'égalité et du droit à la vie. Néanmoins, la Cour EDH a été réticente à l'appliquer dans les affaires concernant le droit de propriété. Nous retiendrons une forme d'application stricte de ce principe de nécessité dans le droit à la vie et une application étendue dans le droit de propriété. Nous y reviendrons en montrant l'application de cette condition de nécessité en matière de la liberté d'expression.

Devant le droit à la vie, la Cour EDH, dans l'affaire *Andronicou et autres contre Chypre*⁹²⁴, a considéré que l'assassinat de trois membres de l'IRA - ancien groupe terroriste irlandais- n'aurait pas dû être le fait de la police puisque les forces de l'ordre auraient pu les interpellier au moment de leur entrée dans le pays ou à tout autre moment de leur séjour. Le tribunal a ponctuellement indiqué : « (...) *l'emploi des termes « absolument nécessaire » figurant à l'article 2 paragr. 2 (art. 2-2) indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est « nécessaire dans une société démocratique » au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11(art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) de la Convention. La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts mentionnés au paragraphe 2 a), b) et c) de l'article 2 (art. 2-2-a-b-c* »⁹²⁵. Cette décision met en avant que la Cour EDH préfère une moindre restriction -la détention- à celle imposée par

⁹²⁴ Cour EDH, *Andronicou et autres c. Chypre*, arrêt du 9 octobre 1997 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=McCann%20%7C%20ROYAUME-UNI&sessionId=49304998&skin=hudoc-fr>

⁹²⁵ Cour EDH, *Affaire Mc Cann et autres c Le Royaume Unie*, arrêt du 27 septembre 1995, p. 149 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=McCann%20%7C%20ROYAUME-UNI&sessionId=49304998&skin=hudoc-fr>

les policiers -l'assassinat- à condition que la détention des suspects soit conforme à la CEDH.

Dans une décision contraire, à propos d'une affaire mettant en cause le ressort du droit de propriété⁹²⁶, la Cour EDH n'a pas appliqué cette analyse de nécessité. La Cour EDH a ainsi considéré qu'il n'était pas de son ressort, mais de celui de l'État, de déterminer si l'expropriation de la victime était ou non nécessaire. Dans le cadre de la marge nationale d'appréciation. La Cour EDH a textuellement indiqué : « (...) *l'existence de solutions de rechange ne rend pas injustifiée la législation litigieuse ; elle représente un facteur, parmi d'autres, aidant à déterminer si les moyens employés peuvent passer pour raisonnables et aptes à la réalisation du but légitime poursuivi, eu égard au « juste équilibre » à préserver* »⁹²⁷.

La Cour EDH a construit son interprétation sur la question de la nécessité de la mesure devant la liberté d'expression, par le biais de sa jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire Informationsverein Lentia⁹²⁸, la Cour EDH a considéré que l'État autrichien, en établissant un monopole d'État de la radiodiffusion, empêchait les opérateurs de télécommunications autres que ceux de l'État d'obtenir des licences. Pour cette raison, elle a considéré que la mesure d'État d'empêcher l'accès aux licences, aurait pu être atténuée grâce à plusieurs mesures qui n'auraient pas eu un impact aussi grand sur la liberté d'expression en vertu de l'application du principe de nécessité. La Cour a indiqué : « (...) *on ne saurait alléguer l'absence de solutions équivalentes moins contraignantes ; à titre d'exemple, il n'est que de citer la pratique de certains pays consistant soit à assortir les licences de cahiers des charges au contenu modulable, soit à prévoir des formes de participation privée à l'activité de l'institut national* »⁹²⁹.

⁹²⁶ Cour EDH, Affaire James et autres c Royaume Uni, arrêt du 21 février 1986, §51 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹²⁷ Ibidem

⁹²⁸ Cour EDH, Affaire Informationsverein Lentia c Autriche, arrêt du 24 novembre 1993 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹²⁹ Cour EDH, Affaire Informationsverein Lentia c Autriche, arrêt du 24 novembre 1993, p. 39 cité par S. VAN DROOGHENBROECK, « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, p.198.

Plus tard, dans l'affaire *Windrove contre Royaume-Uni*⁹³⁰, la Cour EDH a appliqué le test de proportionnalité, en analysant la condition de « nécessité » de la mesure que l'État anglais a prise d'interdire la vente et la projection du film «*Vision of extasy* ». La Cour EDH a étudié dans l'affaire une alternative qui eut consisté à ordonné l'apposition d'un avertissement spécifique sur le produit au lieu plutôt que de l'interdire sur le marché. En fin de compte, la Cour EDH a donné raison à l'État sur la mesure prise.

Une autre affaire où la Cour EDH a appliqué cette condition de nécessité devant la liberté d'expression est celle l'arrêt *Okcuoglu contre Turquie*⁹³¹. La justice turque avait sanctionné un participant à une table ronde pour avoir pendant son intervention pris position contre l'intégrité de l'État turc. La sanction imposée à l'intervenant a été considérée comme excessive par la Cour EDH, ce qui a selon elle constitué une violation de l'article 10 de la CEDH. Pour le tribunal, la mesure de sanction, compréhensible dans le contexte du terrorisme qui existe dans l'État kurde, n'était pas nécessaire ni proportionné à l'intérêt mis en cause.

Quant au système interaméricain dans l'affaire *Kimel contre Argentine*, la Cour IDH a considéré que l'État argentin possédait des moyens autres que la privation de la liberté d'un journaliste pour protéger la vie privée. Dans la décision, la Cour IDH a examiné les alternatives présentes pour atteindre l'objectif poursuivi, selon qu'elles étaient plus ou moins préjudiciables.

Afin d'analyser les différentes alternatives, elle a utilisé comme référence la distinction entre le droit pénal et le droit civil afin d'expliquer la forme d'intervention nécessaire dans le cas d'espèce. La Cour IDH a ponctuellement indiqué : « *L'exercice de tout droit fondamental doit se faire dans le respect et la sauvegarde des autres droits fondamentaux. Dans ce*

⁹³⁰ Cour EDH, *Affaire Windrove c. Royaume Uni*, arrêt 25 novembre 1996, § 63 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹³¹ Cour EDH, *Affaire Okcuoglu c Turquie*, arrêt du 8 juillet 1999, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

processus d'harmonisation, l'État joue un rôle primordial en cherchant à établir les responsabilités et les sanctions qui sont nécessaires pour y parvenir. L'utilisation de la voie civile ou pénale dépendra des conditions mentionnées ci-après ». Et elle poursuit en formulant : « (...) Le droit pénal est la voie la plus restrictive et sévère pour établir les responsabilités d'une conduite illicite⁹³². Dans une société démocratique, le pouvoir de châtement s'exerce seulement dans la mesure strictement nécessaire pour protéger les biens juridiques fondamentaux des attaques les plus graves qui les détériorent ou les mettent en danger. Le contraire conduirait à l'exercice abusif du pouvoir de châtement de l'État »⁹³³.

Dans l'affaire *Uson Ramirez contre Venezuela*⁹³⁴, la Cour IDH a de nouveau examiné les mesures alternatives que l'État aurait éventuellement pu prendre. La Cour IDH est de nouveau revenu sur l'aspect pénal dans cette affaire de la façon suivante : « *La nécessité d'utiliser la voie pénale pour imposer des responsabilités ultérieures dans l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être analysée avec une attention particulière et dépendra des particularités de chaque affaire. Pour cela, il sera nécessaire de considérer le bien que l'on prétend protéger, l'extrême gravité de la conduite de celui qui en est responsable, le dol avec lequel il a agi, les caractéristiques du dommage injustement causé, les caractéristiques de la personne dont on prétend sauver l'honneur ou la réputation, le moyen utilisé pour provoquer le dommage ainsi que d'autres données qui mettent en évidence l'absolue nécessité d'utiliser, de façon réellement exceptionnelle, des mesures pénales. A tout moment, la preuve des faits doit être fournie par celui qui formule l'accusation*⁹³⁵. Dans ce sens, le tribunal a considéré à d'autres occasions que l'exercice du pouvoir de châtement de l'État a été abusif et non nécessaire pour la protection du droit à l'honneur, quand le caractère pénal en question n'établit pas clairement quelles conduites impliquent une atteinte grave de celui-ci. C'est ce qui s'est passé pour M. Uson Ramirez ».

⁹³² Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, décision du 31 août 2004, §104, et Affaire Palamara Iribarne, décision du 22 novembre 2005, §79 in www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm.

⁹³³ Cour IDH, Affaire Kimel c Argentine, arrêt du 2 mai 2008, § 75-76 in www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm.

⁹³⁴ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Venezuela, arrêt du 20 novembre 2009, § 73-74 in www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm.

⁹³⁵ Cour IDH, Affaire Kimel c Argentine, arrêt du 2 mai 2008, §78 in www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm.

Deux raisons essentielles de la nécessité, en tant qu'élément du contrôle de proportionnalité, sont déduites de la jurisprudence énoncée aussi bien par la Cour EDH que par la Cour IDH. En premier lieu, l'État est dans la possibilité de prendre une mesure qui porte atteinte à des intérêts juridiques protégés sous le couvert d'un droit qui implique une moindre restriction d'un autre droit remis en question. D'autre part, la nouvelle restriction doit être en accord avec les conventions de protection des droits de l'homme, fait qui constitue le respect des restrictions internes du droit restreint. Sur ce dernier point, il faut tenir compte du fait que les Cours EDH et ADH peuvent accepter que l'État restreigne un droit d'un rang inférieur à celui originellement restreint, à condition que le nouveau droit touché soit respecté par l'État tant sur le plan interne qu'externe. C'est-à-dire que l'État observe les obligations de respect et de garantie de l'État de droit, ainsi que les limites du droit qui apparaissent du fait de ses possibles restrictions internes ou de ses suspensions générales. Ceci dit, pour que l'État puisse affronter ce défi de la démonstration de la nécessité de la mesure, il faut qu'il établisse au préalable une analyse de sa nécessité avant d'en prendre la décision, ce qui lui permettra de la justifier pleinement, sans tomber dans l'improvisation de son arbitraire.

En résumé, cette condition de nécessité au sein du jugement de proportionnalité oblige l'État à choisir la mesure qui cherche un objectif prévu conforme aux conventions régionales des droits de l'homme. Pour que la mesure soit prise, il doit au préalable étudier toutes les mesures alternatives de moindre impact pour le droit restreint qui permette d'atteindre l'objectif tracé par la mesure.

C) L'existence d'une proportionnalité au sens strict

Comme nous l'avons précédemment expliqué, le jugement strict de proportionnalité constitue la dernière étape de l'analyse de la proportionnalité après avoir étudié l'adéquation et la nécessité, comme des conditions de contrôle de la marge d'appréciation de l'État. Les mesures de contrôle du droit sont soupesées au regard des bénéfices et des préjudices qu'il produit sur le

droit contraire. C'est-à-dire que la Cour EDH et la Cour IDH établissent la relation qui existe entre le degré d'atteinte du droit fondamental et le degré de protection du droit qui a été touché par la mesure. Selon la Cour EDH, celle-ci doit analyser « *la teneur des déclarations litigieuses et le contexte dans lequel elles s'inscrivent. En particulier, il incombe à la Cour de déterminer si la mesure incriminée était proportionnée aux buts légitimes poursuivis* »⁹³⁶.

Le professeur Van Drooghenbroeck indique au sujet de l'utilisation de cette analyse de la proportionnalité au sens strict que : « *Seuls des intérêts juridiquement protégés peuvent entrer dans la balance. La proposition nous semble, répétons-le, incontournable. Sa mise en œuvre n'est cependant pas, par delà les apparences, chose aisée. En attestent les relatives incohérences observées dans l'exclusion des intérêts anticonventionnels, ainsi que les critiques que peut susciter, en équité comme en droit, la politique jurisprudentielle estimant recevable les « faits accomplis »* »⁹³⁷.

La Cour EDH tout comme la Cour IDH a utilisé cet outil herméneutique à de nombreuses occasions. Pour ce qui est de l'Europe, la Cour EDH a considéré dans le domaine de la liberté d'expression qu'il est nécessaire d'établir cette analyse de proportionnalité en réalisant une pondération entre les intérêts juridiquement protégés qui sont en cause. Pour certains comme Xynopoulos⁹³⁸, il s'agit de confronter dans l'analyse les intérêts de type privé et ceux de caractère public. L'affaire Castell contre l'Espagne, par exemple, a déterminé que le discours des hommes politiques élus reçoit une plus grande protection que d'autres types de discours émis par une personne non élue⁹³⁹. Le juge européen a retenu ce sujet :

⁹³⁶ Cour EDH, Affaire Karaboc et autres c Turquie, arrêt du 15 octobre 2002, §40 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹³⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, "La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op.cit.,p. 246.

⁹³⁸ G. XYNOPOULUS, Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce dans P.J. Pararas, État-loi-administration. Mélanges en l'honneur d'Epaminondas. P. Spilitopoulos, Bruxelles/Athènes, Bruylant, 1998 in S. VAN DROOGHENBROECK, "La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, op.cit., p. 247.

⁹³⁹ Cour EDH, Affaire Castells c. Espagne, arrêt du 23 avril 1992, § 42 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

« Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts. (...) Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, ses actions ou omissions doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de la presse et de l'opinion publique. En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias. Il n'en reste pas moins loisible aux autorités compétentes de l'État d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public, des mesures, même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à des imputations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées de mauvaise foi »⁹⁴⁰.

Cette position de la Cour EDH se comprend en suivant son raisonnement développé dans l'affaire Lingens contre l'Autriche où elle a signalé : *« La liberté de la presse fournit aux citoyens l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes de leurs dirigeants. Elle donne en particulier aux hommes politiques l'occasion de refléter et commenter les soucis de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique »⁹⁴¹*. Elle a par conséquent signalé que les critiques contre ces mêmes hommes politiques bénéficient d'une plus grande protection, que les critiques qui peuvent être portées contre des hommes non publics⁹⁴². C'est-à-dire que les hommes publics dont la liberté d'expression est rigoureusement

⁹⁴⁰ Cour EDH, Affaire Castells c. Espagne, arrêt du 23 avril 1992, § 46 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴¹ Cour EDH, Affaire Lingens c. Autriche, décision du 8 juillet 1986, §42 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴² Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt du 23 octobre 2007 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

protégée, peuvent être durement critiqués par le public sans qu'il soit pour cela possible d'alléguer une violation possible de la vie privée ou de l'intimité.

La tendance de la Cour EDH observée ces dernières années consiste à appliquer le test de proportionnalité développé théoriquement dans de multiples affaires, entre autres *Hertel contre Suisse*⁹⁴³, *Pedersen et Baadsgaard contre Danemark*⁹⁴⁴, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*⁹⁴⁵ du 15 février 2005, *Mamère contre France*⁹⁴⁶, *Lindon, Otchakovsky- Laurens et July contre France*⁹⁴⁷. Dans ces affaires, la Cour signale que : « (...) lorsqu'elle exerce son contrôle, il ne s'agit pas de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » et si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents ». Ces exemples montrent comment la Cour EDH a appliqué cette politique d'interprétation pondérée.

Dans le système interaméricain, la Cour IDH a considéré dans les affaires *Herrera Ulloa contre Costa Rica*, *Palamara Iribarne contre Chili* et *Claude Reyes contre Chili*, en ce qui concerne cette application stricte de la proportionnalité, que : « pour que les restrictions puissent être compatibles avec la Convention elles doivent se justifier par des objectifs collectifs qui, en

⁹⁴³ Cour EDH, Affaire Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, §46 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴⁴ Cour EDH, Affaire Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, arrêt du 17 décembre 2004 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴⁵ Cour EDH, Affaire Steel et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 15 février 2005 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴⁶ Cour EDH, Affaire Mamère c. France, arrêt du 7 novembre de 2006, §19 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

⁹⁴⁷ Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt du 23 octobre 2007 in <http://www.echr.coe.int/echr/>.

raison de leur importance, sont clairement prépondérants sur la nécessité sociale du plein exercice du droit que l'article 13 de la convention garantit, et ne limitent pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire le droit proclamé dans cet article. C'est-à-dire que la restriction doit être proportionnelle à l'intérêt qui la justifie et s'ajuster étroitement à l'obtention de cet objectif légitime, en interférant le moins possible avec l'exercice effectif du droit à la liberté d'expression »⁹⁴⁸.

Dans l'affaire Kimel contre Argentine, la Cour IDH a défini par le biais de cette analyse stricte le cas d'un journaliste qui était supposé avoir porté atteinte au droit à la vie privée d'un juge en considérant qu'elle avait été complice des abus pendant la dictature. Il est dans ce sens intéressant d'observer quelle a été son mode de raisonnement :

« Cette dernière étape de l'analyse considère si la restriction résultant est strictement proportionnelle, de telle sorte que le sacrifice qui lui est inhérent ne soit pas exagéré ou démesuré devant les avantages obtenus par une telle limitation »⁹⁴⁹.

(...) Dans l'affaire qui nous occupe, la restriction devrait permettre d'obtenir une importante satisfaction du droit à la réputation sans tromper le droit à la libre critique contre l'agissement des fonctionnaires publics. Pour effectuer cette pondération il est nécessaire d'analyser i) le degré d'atteinte d'un des biens en cause, en déterminant si l'intensité de cette atteinte fut grave, intermédiaire ou modérée ; ii) l'importance de la satisfaction du bien contraire, et iii) si la satisfaction de celui-ci justifie la restriction de l'autre. Dans certains cas la balance s'inclinera vers la liberté d'expression et dans d'autres pour la sauvegarde du droit à l'honneur.

En ce qui concerne le degré d'atteinte de la liberté d'expression, la Cour considère que les conséquences du processus pénal en lui-même,

⁹⁴⁸ Cour IDH, Avis Consultif, No. 5 de 1985 "La Colegiación Obligatoria de Periodistas, arrêt du 13 novembre 1985, § 46; Affaire Herrera Ulloa, arrêt du 2 juillet 2004 §121 et 123; Affaire Palamara Iribarne c Chili, arrêt 22 novembre 2005 § 85, et Affaire Claude Reyes y otros c. Chili, arrêt du 19 septembre 2006, §. 91 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁴⁹ Cour IDH, Affaire Chaparro Álvarez et Lapo Iñiguez c. Ecuador, arrêt du 21 novembre 2007, § 93 en <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>. Il faut remarquer dans cette Affaire que la Cour IDH a appliqué le test de proportionnalité afin de déterminer si les mesures de restriction de la liberté dont a fait les frais le pétitionnaire étaient idoines, nécessaires et proportionnelles au sens strict.

l'imposition de la sanction, l'inscription au registre des antécédents pénaux, le risque latent d'une perte possible de la liberté personnelle ainsi que l'effet stigmatisant de la condamnation pénale imposée à M. Kimel démontrent que les responsabilités ultérieures établies dans cette affaire ont été graves. Même l'amende constitue en elle-même une atteinte grave à la liberté d'expression, étant donné son montant élevé par rapport aux revenus de l'accusé⁹⁵⁰.

En ce qui concerne le droit à l'honneur, les expressions concernant la disposition d'une personne pour occuper une fonction à un poste public ou des actes effectués par des fonctionnaires publics dans le cadre de leurs fonctions bénéficient d'une plus grande protection, afin de favoriser le débat démocratique⁹⁵¹. La Cour a signalé que dans une société démocratique les fonctionnaires publics étaient plus exposés à l'examen et à la critique du public⁹⁵². Cette différence de seuil de protection s'explique par le fait qu'ils se sont volontairement exposés à un examen plus exigeant.

Leurs activités sortent du domaine de la sphère privée pour s'insérer dans la sphère du débat public⁹⁵³. Ce seuil n'est pas lié à la personne en tant que telle, mais à l'intérêt public des activités qu'elle réalise⁹⁵⁴, comme lorsqu'un juge enquête sur un massacre dans le contexte d'une dictature militaire, comme c'était ici le cas. Le contrôle démocratique par l'opinion publique permet la transparence des activités des Etats et favorise la responsabilité des fonctionnaires quant à sa gestion publique.

Il existe par conséquent une plus grande tolérance devant des affirmations ou des appréciations émises par les citoyens dans l'exercice de ce contrôle

⁹⁵⁰ L'amende imposée à M. Kimel atteignait un montant de \$ 20.000,00 (vingt mille pesos argentins). décision du 17 mars 1999, folio 138. Selon le type de change en vigueur à ce moment, ce montant équivalait à la même quantité en dollars des États-Unis. D'après ce que les avocats ont affirmé et qui n'a pas été démenti par l'État, l'exécution de cette condamnation "correspondrait tout simplement à la banqueroute" de M. Kimel, qui "perdrait tout ce qu'il possède, et serait endetté pour une très longue période".

⁹⁵¹ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004 §128, et Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004 § 98 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁵² Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica arrêt du 2 juillet 2004 §129, et l'affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, §103 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁵³ Ibidem

⁹⁵⁴ Ibidem

démocratique⁹⁵⁵. Telles sont les demandes du pluralisme propre d'une société démocratique⁹⁵⁶, qui requiert la plus grande circulation possible des informations et des opinions sur des affaires d'intérêt public⁹⁵⁷.

Dans l'arène du débat sur des sujets d'intérêt public forts, l'émission d'expressions inoffensives ou bien reçues par l'opinion publique est autant protégée que celles qui choquent, irritent ou inquiètent les fonctionnaires publics ou un secteur quelconque de la population⁹⁵⁸. Dans une société démocratique, la presse se doit d'informer largement sur des questions d'intérêt public qui touchent les biens sociaux, et les fonctionnaires doivent rendre compte de leur action dans l'exercice de leurs devoirs publics.

La critique effectuée par M. Kimel était en relation avec des thèmes d'intérêt public notoire, il se référait à un juge dans le cadre de l'accomplissement de ses fonctions et a soumis des opinions qui n'entraînaient aucune imputation de délits. (...).

Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que l'atteinte à la liberté d'expression de M. Kimel a été manifestement disproportionnée et excessive au regard de l'atteinte du droit à l'honneur invoquée dans cette affaire »⁹⁵⁹.

Plus tard dans l'affaire Uson Ramirez contre Venezuela⁹⁶⁰ du 20 novembre 2009, la Cour IDH a confirmé l'utilisation faite de la proportionnalité au sens concret, en tenant compte du supposé conflit de droits existant dans l'affaire entre la liberté de pensée et d'expression et le droit à la protection de l'honneur et de la dignité, reconnu dans l'article 11 de la Convention et attribué à l'État. Dans l'affaire, la Cour IDH en faisant de nouveaux usages de

⁹⁵⁵ Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein, arrêt du 24 septembre 1999, §155; Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica arrêt du 2 juillet 2004 §127; Affaire Palamara Iribarne c. Chili, arrêt du 22 novembre 2005, § 83, et Affaire Claude Reyes et autres c. Chili, arrêt du 19 septembre 2006 §87 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>.

⁹⁵⁶ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, §113, et Affaire Ricardo Canese, arrêt du 31 août 2004, § 83 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁵⁷ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, § 127 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁵⁸ Cour IDH, Affaire La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chili, arrêt du 5 novembre 2001, § 69; Affaire Ivcher Bronstein c. Pérou, arrêt du 24 septembre 1999, §152, et l'affaire Ricardo Canese, arrêt 31 août 2004, § 83 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁵⁹ Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentina, arrêt du 2 mai 2008, §83-94 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>.

⁹⁶⁰ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Venezuela, arrêt d'exceptionnelles préliminaires du 20 novembre 2009 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

la pondération des droits considère que l'action de l'État vénézuélien est disproportionnée et ne reconnaît pas la liberté d'expression selon les termes établis par l'article 13 de la CADH. Le raisonnement du juge est le suivant: « *En ce qui concerne le degré d'atteinte à la liberté d'expression, la Cour considère que les conséquences de la soumission à un processus de justice militaire ; le processus pénal en lui-même ; la privation préventive de la liberté qui lui a été imposée ; la peine privative de liberté de cinq ans et six mois à laquelle il a été condamné ; l'inscription au registre des antécédents pénaux ; la perte de revenus pendant la période d'emprisonnement ; l'atteinte à la jouissance de l'exercice des droits qui sont restreints par la peine imposée ; l'éloignement de sa famille et de ses êtres chers ; le risque latent de la perte possible de sa liberté personnelle, et l'effet stigmatisant de la condamnation pénale imposée à M. Uson Ramirez démontrent que les responsabilités ultérieures établies dans cette affaire ont été réellement graves*⁹⁶¹. En ce qui concerne l'importance du droit à l'honneur ou à la réputation que le droit interne reconnaît aux Forces Armées, le tribunal a indiqué dans l'arrêt qu'il n'est pas de son ressort de déterminer si les Forces Armées possèdent ou non un droit à l'honneur ou à la réputation. Néanmoins, de façon analogue, le tribunal a précédemment signalé qu'il est de grande importance que le droit à l'honneur ou à la réputation de la personne injuriée soit satisfait, tout particulièrement s'il s'agit de l'imputation d'un délit grave à un individu. Cependant, la satisfaction de ce bien ne justifie pas nécessairement la restriction du droit à la liberté d'expression dans tous les cas. A ce sujet, l'examen de proportionnalité doit prendre en compte que les expressions concernant l'exercice de fonctions des institutions de l'État bénéficient d'une plus grande protection, afin de favoriser le débat démocratique dans la société⁹⁶². Ainsi on part du principe que dans une société démocratique, les institutions ou les instances de l'État⁹⁶³ sont comme telles exposées à l'examen et à la critique du public, et leurs activités s'insèrent dans la sphère

⁹⁶¹ Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentine, arrêt du 2 mai 2008, §85 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶² Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, § 128; Affaire Kimel c. Argentine, arrêt du 2 mai 2008, §86, et Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 98 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶³ Cour EDH, Affaire Castells c. Espagne, arrêt du 23 avril 2002 §42-46 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

*du débat public*⁹⁶⁴. Ce seuil n'est pas lié à la personne en tant que telle, mais à l'intérêt public des activités qu'elle réalise⁹⁶⁵. Il existe par conséquent une plus grande tolérance devant des affirmations ou des appréciations émises par les citoyens dans l'exercice de ce contrôle démocratique⁹⁶⁶. Telles sont les demandes du pluralisme propre à une société démocratique⁹⁶⁷, qui requiert la plus grande circulation possible des informations et des opinions sur des affaires d'intérêt public⁹⁶⁸. Dans cette affaire, les accusations faites par M. Uson Ramirez portaient sur des thèmes d'intérêt public notoire. Malgré l'existence d'un intérêt public sur les faits survenus au Fuerte Mara, M. Uson Ramirez a été jugé et condamné sans qu'il n'ait été tenu compte des obligations qui proviennent de la Convention Américaine sur une plus grande tolérance au sujet des affirmations et des appréciations portées par les citoyens dans l'exercice du contrôle démocratique »⁹⁶⁹.

On retirera de cette jurisprudence que la Cour EDH tout comme la Cour IDH utilise le contrôle strict de proportionnalité afin de déterminer si les mesures prises par l'État sont conformes ou non à la CEDH et à la CADH. Cette analyse permet de limiter la marge d'appréciation de l'État quant à la détermination des droits, dont la liberté d'expression.

Dans le second chapitre, on s'attachera à la condition matérielle qui limite la marge nationale d'appréciation de l'État ce qui a trait à la liberté d'expression. Dans ce sens, cet encadrement se traduit par l'application du principe de proportionnalité à condition que la relation juridique ait été établie entre les

⁹⁶⁴ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, Arrêt du 2 juillet 2004 §129; Affaire Kimel, Arrêt du 2 mai 2008, § 86, et Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 103 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶⁵ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, Arrêt du 2 juillet 2004 §129; Affaire Kimel, Arrêt du 2 mai 2008, § 86, et Affaire Palamara Iribarne, Arrêt du 22 novembre 2005, § 84 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>.

⁹⁶⁶ Cour IDH, Affaire Claude Reyes y otros c. Chili, Arrêt du 19 septembre 2006, § 87; Affaire Kimel, Arrêt du 2 mai 2008, § 86, et Affaire Palamara Iribarne, Arrêt du 22 novembre 2005, § 83 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶⁷ Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein Vs. Perou, arrêt du 6 février 2001, §152; Affaire Kimel, Arrêt du 2 mai 2008, § 87, et Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 83 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶⁸ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, Arrêt du 2 juillet 2004, §113; Affaire Kimel c Argentine Arrêt du 2 mai 2008, § 87, et Affaire Claude Reyes y otros c. Chili, Arrêt du 19 septembre 2006, § 81 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>

⁹⁶⁹ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires et fond du 20 novembre 2009, § 79 in <http://www.corteidh.or.cr/Affaires.cfm>.

pétitionnaires et l'État et que ceci permette d'établir l'existence de la « *subsidiarité matérielle* ». Le principe de proportionnalité a connu des développements de caractère théorique dans le droit constitutionnel qui ont été postérieurement appliqués de façon dynamique⁹⁷⁰ par la Cour EDH et la Cour IDH. Dans cet ordre d'idées, nous avons pu démontrer comment ces tribunaux ont réalisé ce travail herméneutique en utilisant plusieurs droits, dont la liberté d'expression. Enfin, avec cette condition matérielle, le juge international des droits de l'homme impose une nouvelle limite extrinsèque, qui repose cette fois sur le principe de proportionnalité.

⁹⁷⁰ W LIU, Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention Européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour Européenne des droits de l'homme, Diffusion ANRT, 2001, p.304-305

CONCLUSION DU TITRE PREMIER DE LA SECONDE PARTIE

Ce premier titre a développé les limites extrinsèques se dégageant des jurisprudences de la Cour EDH et de la Cour IDH devant la marge d'appréciation de l'État et les limites de cette marge devant l'action interprétative des tribunaux régionaux des droits de l'homme.

Dans le premier chapitre, nous avons expliqué le cadre formel général qui s'impose au juge international des droits de l'homme sur la base des traités régionaux. L'étude de l'épuisement des voies de recours internes et des conditions de compétence des tribunaux constituent des mécanismes entre les mains de l'État pour conserver sa compétence afin de résoudre les litiges qui naissent sur son territoire et qui affectent les droits de l'homme. La formulation de la requête par les victimes présumées de cette violation vise à établir une relation juridique procédurale entre l'État et les organismes régionaux des droits de l'homme. Cette relation fait apparaître le principe de « *subsidiarité procédurale* » qui permet de vérifier les règles formelles expliqués, en impliquant une extension de la marge d'appréciation que conserve l'État. Dans le cas où ces conditions seraient dépassées -que ce soit du fait de leur respect ou du fait des exceptions à la règle d'épuisement des voies de recours internes-, une relation juridique matérielle sera établie entre l'État et les tribunaux des droits de l'homme, reposant sur des mécanismes d'interprétation et d'application du droit objet du contentieux. Dans cette dernière relation, les tribunaux imposent à l'État leur critère d'interprétation respectif, ce qui permet une mutation ou une adaptation de la marge nationale d'appréciation sur ce sujet en particulier.

Ces conditions rencontrées dans la première partie de la procédure internationale, s'imposent comme des limites extrinsèques sur la marge nationale d'appréciation, à condition qu'elles n'apparaissent pas dans le domaine interne de l'État, mais au contraire qu'une activation juridique des intéressés soit nécessaire pour entrer dans la procédure internationale. Néanmoins, l'État détient dans cette procédure initiale les mécanismes -

comme nous l'avons démontré- pour conserver cette marge d'appréciation qui commence à se limiter sur le plan international, après avoir bénéficié d'une liberté absolue dans l'ordonnement interne.

Dans le second chapitre, la condition matérielle qui limite la marge nationale d'appréciation de l'État a été développée pour ce qui a trait à la liberté d'expression. Dans ce sens, ce conditionnement se traduit par l'application du principe de proportionnalité à condition que la réaction juridique matérielle ait été établie entre les pétitionnaires et l'État et que ceci permette d'établir l'existence de la « *subsidiarité matérielle* ». Le principe de proportionnalité a connu des développements de caractère théorique dans le droit constitutionnel qui ont été postérieurement appliqués de façon dynamique⁹⁷¹ par la Cour EDH et la Cour IDH. Dans ce sens, nous avons pu démontrer comment ces tribunaux ont réalisé ce travail herméneutique en utilisant plusieurs droits, dont la liberté d'expression.

⁹⁷¹ Ibidem

TITRE II : La marge nationale d'appréciation et ses limites jurisprudentielles relatives à la liberté d'expression : perspective comparée entre les systèmes européen et américain des droits de l'homme

Au moyen d'une analyse comparée entre la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour IDH sur la liberté d'expression, nous tenterons ici d'appréhender les niveaux de contrôle de ces tribunaux en rapport avec la marge nationale d'appréciation quand cette liberté entre en conflit avec d'autres droits. Afin de réaliser cette étude comparative, d'un point de vue méthodologique, la jurisprudence des cours régionales sera prise en compte. Il sera ainsi possible de déterminer par le biais de cette analyse jurisprudentielle les degrés de limitation de la marge d'appréciation adoptés dans chaque tribunal, en comprenant que si l'État détient un degré plus important d'appréciation cela révèle l'existence d'une société démocratique, alors que s'il est réduit, les conditions de l'existence d'une société démocratique sont moindres.

L'exercice par la juridiction internationale de son pouvoir de détermination ne répondra à aucune subjectivité particulière, mais s'appuiera sur le constat des éléments constitutifs des démocraties matérielles, conformément à une jurisprudence établie ou à ce qui est décrit par la doctrine.

Au vu de ce qui précède, le premier chapitre abordera la tension qui apparaît entre la liberté d'expression et l'intérêt juridiquement protégé limitant cette liberté en ce qui concerne la réputation des personnes. Le deuxième chapitre abordera les tensions entre la liberté d'expression et les intérêts abstraits de l'État comme l'ordre public, la sécurité nationale, l'intégrité du territoire, l'impartialité judiciaire et la morale publique.

Précisons enfin que l'analyse de jurisprudence qui sera réalisée exclura les conflits qui apparaissent entre les principes juridiquement protégés qui sont sous-jacents à d'autres droits et les discours non protégés par la liberté d'expression qui ont été envisagés dans la première partie de cette thèse. Dans ces cas-là, aucune tension n'est possible dans la mesure où il n'existe

pas de valeurs juridiquement protégées par les CADH, ni par les CEDH aux extrêmes de la balance. Aussi bien dans l'un que dans l'autre, la liberté d'expression prime.

Chapitre I : Les tensions entre la liberté d'expression et l'intérêt concret dans la liberté d'expression –*la réputation d'autrui*

Nous nous intéresserons ici aux tensions entre la liberté d'expression et d'autres intérêts juridiquement protégés qui sont sous-jacents à ce droit, quand ils entrent en conflit de façon permanente. Précisons que l'intérêt concret auquel la liberté d'expression porte juridiquement atteinte se limite à la réputation d'autrui. Ce sujet sera abordé dans ses variantes de discours qui sont émises sur des personnes qui ont une connotation publique et sur des individus qui ne bénéficient pas de cette condition. Dans une première section nous aborderons cette tension dans le système interaméricain ainsi que dans le système européen des droits de l'homme en étudiant la jurisprudence des Cours. Dans la deuxième section seront abordés les mécanismes de preuve qui existent face à ces discours, ce qui permettra de comprendre les instruments autorégulateurs de l'expression, en déterminant les niveaux de marge nationale d'appréciation et les niveaux de protection des tribunaux régionaux devant la liberté d'expression.

Section I : Les tensions entre la liberté d'expression et la réputation d'autrui

Ces tensions trouvent leur source dans le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH qui établit que la liberté d'expression a des limites, parmi lesquelles ressort la protection de la réputation et les droits d'autrui et au paragraphe 2, point a) de l'article 13 de la CADH qui considère la réputation d'autrui parmi les limites à la liberté de pensée et d'expression.

Au préalable, il est important d'établir que la réputation se fonde sur l'honneur des personnes. Dans ce sens, l'honneur est ainsi en rapport avec la conception interne -conscience de ses propres valeurs-, que les individus possèdent sur eux-mêmes, indépendamment de l'opinion des autres.

A *contrario sensu*, l'honnêteté est extérieure ; elle est en relation avec la conception que les autres ont de nous, indépendamment de l'honorabilité de la personne. Il peut ainsi arriver qu'une personne soit honorable et suscite par son comportement la pire estime ou vice versa. Conformément à ce qui précède, l'honneur est interne et l'honnêteté externe.

La protection de la vie privée admet des limites légales que l'émetteur de l'information doit prendre en compte comme la qualification des délits de calomnie et d'injure, ou l'établissement de responsabilités civiles ou administratives qui doivent être appliquées conformément aux standards de nécessité et de proportionnalité.

Les responsabilités d'un émetteur d'information diffèrent et dépendent du sujet passif de l'expression, c'est-à-dire, si l'opinion se rapporte à un fonctionnaire public ou à un particulier. Dans ce sens, il faut tenir compte du fait que les opinions sur les affaires publiques se différencient de celles émises sur des sujets privés. La marge d'appréciation de l'État sur ces affaires est moindre, ce qui permet de comprendre pourquoi la qualification de calomnie et d'injure reconnaît la liberté d'expression et de communication alors que la qualification de délit d'outrage ne la respecte pas.

§1. Les discours sur les personnes qui ont une connotation publique

La liberté d'expression entre en conflit avec des intérêts juridiquement protégés qui la limitent par rapport à la réputation des personnes. Cette analyse abordera le discours qui porte atteinte à la réputation des personnes qui ont une connotation publique, dans la jurisprudence de la Cour EDH ainsi que de la Cour IDH.

Le professeur Loucaides signale en parlant de cette tension que lorsqu'un conflit existe entre deux droits dans la Convention, les deux doivent s'appliquer et survivre en harmonie par le biais de compromis nécessaires, et selon les cas dans chaque partie de la balance⁹⁷². Cette position de Loucaides n'est pas si évidente, quand l'on tient compte du fait que les Cours régionales des droits de l'homme tentent de définir le droit selon les faits dans chaque affaire. En résumé, cette tension, selon le bâtonnier Pettiti implique que *« l'homme politique est devenu à la fois plus vulnérable et plus protégé »*⁹⁷³.

La jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour IDH a abordé la question des discours des journalistes contre les personnalités politiques⁹⁷⁴. Dans l'affaire *Lingens contre Autriche*⁹⁷⁵, par exemple, la Cour EDH a présenté la relation entre l'objet de protection de l'article 10 de la CEDH et la presse en tant que producteur de discours critiques contre les personnalités politiques, soit : *« (...) il échoit de rappeler que la liberté d'expression, consacrée par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), constitue l'un des fondements*

⁹⁷² L. LOUCAIDES, Freedom of expression, in « Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national : Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 208.

⁹⁷³ L.E. PETTITI, La liberté d'expression dans la Convention Européenne des droits de l'homme et la vie politique » in Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos « Droit et justice », Paris, Éditions A. Pedone, 1999, p. 459.

⁹⁷⁴ Sur ce sujet voir l'article de F. LYN, Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui : la recherche d'un juste équilibre par le juge européen, 2006, Chron.

⁹⁷⁵ Sur cet arrêt de principe, voir l'article de R.ST.J. MACDONALD, Politicians and the presse in Protecting Human Rights : The European dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Bonn, Carl Heymans Verlag KG, 1990, p. 361-372.

essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Ces principes revêtent une importance particulière pour la presse : si elle ne doit pas franchir les bornes fixées en vue, notamment, de la « protection de la réputation d'autrui », il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »⁹⁷⁶.

Cette idée de stricte protection de la liberté d'expression transposée aux déclarations des journalistes contre les personnalités politiques s'est confirmée dans l'affaire Lopes Gomes Da Silva contre Portugal où la Cour EDH signale : *« l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel : ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique. Le requérant a donc exprimé une opinion, suscitée par les positions politiques de M. Resende, qui est lui-même un journaliste s'exprimant régulièrement dans la presse écrite. Certes, une telle opinion pouvait, en l'absence de toute base factuelle, se révéler excessive, ce qui toutefois, à la lumière des faits établis, ne se trouve pas vérifié en l'espèce. Enfin, il convient de rappeler que la liberté du journaliste comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation »⁹⁷⁷.* Cette liberté est constatée par la Cour EDH dans l'analyse du *« style plus ou moins réaliste des propos. Elle recherche si leur auteur a fait preuve de*

⁹⁷⁶ Cour EDH, Affaire Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, §. 41. Ultérieurement, la Cour EDH a répété cette interprétation de l'article 10. Parmi d'autres voir, Cour EDH, Affaire Mamère et autres c. France, Arrêt du 7 février 2007, Affaire Radio- France c. France, arrêt du 30 mars 2004 § 32, Affaire Fressoz et Roire c. France, arrêt du 21 janvier 1999, § 45, Affaire Jersild c. Danemark, arrêt du 23 septembre 1994, § 37, Affaire Sunday Times, arrêt du 26 avril 1979 § 65 et Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, § 49 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁷⁷ Cour EDH Affaire Lopes Gomes Da Silva c. Portugal, arrêt du 28 décembre 2000, § 34 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

*modération ou de retenue. Dans la même veine, elle s'interroge sur le sérieux du travail réalisé en amont de la publication »*⁹⁷⁸. De la même façon, dans l'Affaire Fressoz et Roire contre la France, le tribunal européen a relevé que : « *La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique : si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général »*⁹⁷⁹.

Dans ce sens, la Cour EDH a considéré dans l'affaire Colombani et autres contre France⁹⁸⁰ que l'État avait violé la liberté d'expression en considérant que les condamnations contre les journalistes Jean-Marie Colombani - directeur du journal « Le Monde »- et M. Éric Incyan étaient démesurées, quand ces derniers ont mis en doute l'action du chef de l'État du Maroc –le Roi- dans la lutte contre la culture et le trafic du haschisch dans ce pays, information constatée à son tour dans le rapport de la Commission européenne sur le Maroc de 1994. La Cour a considéré, dans cette affaire, que le statut de chef de l'État n'impliquait pas une condition exorbitante pour limiter cette liberté. Ces limites utilisent ce que signale un arrêt récent de la Cour EDH, Lindon, Otchakovsky- Laurens et July contre la France en considérant que : « *Les limites de la critique admissible sont plus amples à l'égard d'un homme politique, pris comme tel, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par l'ensemble des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément, l'article 10 parag. 2 (art. 10-2) permet de protéger la*

⁹⁷⁸ Cour EDH Affaire Lopes Gomes Da Silva c. Portugal, arrêt du 28 décembre 2000, § 36. 10 ans après cet arrêt, la Cour EDH a pris un autre arrêt contre le Portugal, Alves da Silva c. Portugal, arrêt du 20 janvier 2010, où l'État a été condamné pour la sanction en diffamation imposée contre une personne qui faisait une satire dans un carnaval contre le maire d'un village.

⁹⁷⁹ Cour EDH, Affaire Fressoz et Roire c. France, arrêt du 21 janvier 1999, § 45, Affaire Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, arrêt de avril de 1999. §§ 59 et 62 et Cour EDH, Colombani et autres c. France, arrêt du 25 juin 2002 § 55, et Cour EDH, Affaire De Haes et Gijssels c. Belgique, arrêt du 24 février 1997 § 37 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸⁰ Cour EDH, Affaire Colombani et autres c. France, arrêt du 25 septembre 2002 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques »⁹⁸¹.

La Cour EDH a également protégé de façon stricte les discours émis par les journalistes contre les personnalités politiques en ce qui concerne les dénonciations portant notamment sur des scandales financiers de personnalités politiques⁹⁸², sur les salaires excessifs des parlementaires⁹⁸³ ou sur des fraudes possibles⁹⁸⁴.

Cette forme de discours a été partiellement modifiée dans l'affaire précédemment citée, Lindon, Otchakovsky- Laurens et July contre France⁹⁸⁵ dans laquelle la France n'a pas été condamnée pour violation de la liberté d'expression d'un écrivain et de deux journalistes qui ont publié un roman de fiction « *Le procès contre Jean-Marie Le Pen* » qui met en scène un personnage, Jean-Marie Le Pen, lequel selon la description du roman serait le leader d'extrême droite du Front National en France en personne. Pour cette raison, l'État a condamné le romancier et deux journalistes qui ont fait le compte rendu du texte. La Cour EDH a considéré que même si les critiques contre les personnalités politiques pouvaient offenser, dans cette affaire, la diffamation était palpable et par conséquent la mesure prise par l'État était appropriée, nécessaire et proportionnelle au sens strict. Dans ce cas, la Cour EDH a opéré un infléchissement partiel de sa jurisprudence en faisant prévaloir la protection des personnalités publiques sur l'exercice de la liberté d'expression.

⁹⁸¹ Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt 23 Octobre 2007, Cour EDH, Affaire Dichand and others c. Autriche, arrêt du 26 février 2002 § 39; Cour EDH Affaire Lopes Gomes Da Silva c. Portugal, arrêt du 28 décembre 2000 et Cour EDH, Affaire Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, § 42. L'arrêt se trouve in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸² Cour EDH, Affaire Dalban c. Roumanie, arrêt du 28 septembre 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸³ Cour EDH, Affaire Krone Verlag GMBH et Co KG c. Autriche, arrêt du 26 février 2002 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸⁴ Cour EDH, Affaire Brunet-Lecomte et Tanant c. France, arrêt du 8 janvier 2010 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸⁵ Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt 23 Octobre 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

L'élargissement de la possibilité laissée aux Etats de protéger les personnalités publiques remet en cause la vision selon laquelle un critère essentiel de fonctionnement de la démocratie réside dans l'existence de la liberté d'expression. Or il est nécessaire de dire que cette liberté est la pierre angulaire de la démocratie⁹⁸⁶, et que sans elle, la liberté s'évanouit.

Enfin, la Cour EDH a considéré dans l'affaire *Standard Verlags GmbH contre Autriche*⁹⁸⁷ que la situation conjugale du chef de l'État n'avait pas un intérêt public, sauf si le conjoint devait assumer un rôle de représentation officielle ou que le couple présidentiel ou royal rende publique sa vie privée.

Ces positions de la Cour EDH s'étendent aux discours proférés par les personnalités politiques contre leurs homologues. Sur ce point, bien qu'il n'existe pas de jurisprudence sur ce sujet, on peut raisonner par analogie, dans la mesure où le discours d'une personnalité politique peut se diriger contre l'action de son homologue, à condition que l'objet du débat soit en rapport avec un thème d'intérêt public. Cette position a été adoptée par la Cour constitutionnelle de Hongrie⁹⁸⁸ qui a signalé qu'un député n'assume pas de responsabilité pour les discours qui révèlent une critique contre d'autres personnalités politiques dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions publiques. Si la critique s'adresse à d'autres personnalités politiques ou à des particuliers sur des sujets qui n'ont aucun rapport avec les fonctions publiques exercées, le député engage sa responsabilité civile ou pénale.

Dans le cas des fonctionnaires publics⁹⁸⁹, la situation est différente. La Cour EDH a considéré de façon récurrente qu'ils ne peuvent être critiqués avec la même intensité qu'une personnalité politique. Le premier cas emblématique à

⁹⁸⁶ Sur ce point-là, Jean François Revel a indiqué : « comporte, par nature, la liberté d'information, dont l'exercice conduit sa presse, ses medias, ses ONG à enquêter sur la situation des droits de l'homme « ... » Cette surveillance contraint les dictatures, sinon à s'amender, du moins à s'expliquer ou à refuser de le faire, ce qui les précipite encore plus au baromètre international de la bonne conduite », dans *Le regain démocratique*, Fayard Coll, Pluriel, 1992, p.83

⁹⁸⁷ Cour EDH, *Affaire Standard Verlags GmbH c. Autriche*, arrêt du 4 juin 2009 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁸⁸ Cour Constitutionnelle de Hongrie, arrêt du 28 septembre 2004, cité in : M. VERPEAUX, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 84.

⁹⁸⁹ Sur ce sujet remarquons l'article de J-M. LARRALDE, *La liberté d'expression des fonctionnaires européens*, RTDH, 2002.

avoir établi cette situation fut l'affaire Janowski contre Pologne⁹⁹⁰ dans laquelle le requérant a traité « d'ignorants » plusieurs policiers qui délogoaient des commerçants de la place publique. Pour cette action, le requérant a reçu une sanction pénale pour injure contre des fonctionnaires publics. La Cour EDH a considéré que l'Etat polonais n'avait pas violé la liberté d'expression de M Janowski.

Plus tard, en suivant cette ligne de jurisprudence, la Cour EDH s'est prononcée dans l'affaire Radio France et autres contre France où elle a déterminé que l'Etat n'avait pas violé la liberté d'expression d'une station de radio et des journalistes. En résumé, la justice française a condamné les journalistes pour avoir déclaré que l'ancien sous-préfet de Pithiviers, Michel Junot, avait ordonné la déportation de plus de 1000 juifs⁹⁹¹ internés dans des camps de concentration dans la région du Loiret en 1941. M. Junot, à la fin de la guerre, a été décoré en tant que résistant pour être ensuite dégradé par le général De Gaulle quand il eût pris connaissance de ses antécédents honteux faisant de lui le complice de la Shoah. M Junot a plus tard réintégré la fonction publique et fini sa carrière en tant qu'adjoint au maire de Paris Jacques Chirac de 1975 à 1977. La Cour poursuit en signalant que : « *Il ne fait aucun doute que l'attitude des hauts fonctionnaires français durant l'Occupation est une question d'intérêt général des plus sérieuses et que la diffusion d'informations à ce sujet s'inscrit entièrement dans la mission que les médias se voient confier dans une société démocratique. Le dossier publié dans l'hebdomadaire Le Point et les bulletins litigieux s'inscrivaient au demeurant dans un débat public amplement ouvert à l'époque des faits et articulé autour de la procédure conduite contre Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de la Gironde de mai 1942 à août 1944, pour complicité d'arrestations, de séquestrations arbitraires et d'assassinats et tentatives d'assassinats, ayant revêtu le caractère de crimes contre l'humanité. La liberté de la presse étant ainsi en cause, les autorités*

⁹⁹⁰ Cour EDH, Affaire Janowski contre la Pologne, arrêt du 21 janvier 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁹¹ Ces juifs avaient pour la plupart été capturés par les gendarmes français sur ordre des autorités allemandes lors de contrôles dans la rue ou pendant la honteuse « Rafle du Vel d'hiv » le 16 juillet 1941.

françaises ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux » de prendre les mesures dont il est question contre les requérants. La Cour entend en conséquence procéder à un examen des plus scrupuleux de la proportionnalité de ces mesures au but légitime poursuivi »⁹⁹². La Cour EDH a considéré que les journalistes avaient diffamé M Junot parce que les preuves empruntées au magazine « Le Point » révélaient que Junot informait sur des aspects logistiques du camp de concentration et sur l'efficacité du travail administratif de celui-ci, mais qu'il ne possédait aucune faculté légale pour donner l'ordre de déportation. La Cour termina en déclarant que même si les journalistes bénéficient de la possibilité d'utiliser une certaine dose d'exagération dans leurs écrits, et de provocation, ils ont été dans cette affaire excessifs⁹⁹³ et les sanctions internes étaient nécessaires et proportionnelles.

Ultérieurement, la Cour EDH dans l'affaire Pedersen et Baadsgaard contre le Danemark du 17 décembre 2004 a tenu compte de l'antécédent de l'affaire Radio France contre la France dans la mesure où elle a déterminé que l'État danois n'avait pas enfreint la liberté d'expression de plusieurs journalistes quand ces derniers ont considéré dans leurs émissions « Condamné pour meurtre » et « L'aveuglement de la police » qu'une personne avait été condamnée à la prison pour la mort de sa femme de façon injuste, puisque la police avait omis de prendre les témoignages de plusieurs personnes dont les déclarations permettaient de démontrer l'innocence du condamné. Les journalistes ont ainsi considéré que la police, avec à sa tête le commissaire général, était responsable de l'omission. La Cour EDH a considéré que dans cette affaire bien que : « *les limites de la critique admissible sont, comme pour les hommes politiques, plus larges pour les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour les simples particuliers, on ne saurait dire que des fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques. Donc, même si les limites de la critique admissible étaient plus*

⁹⁹² Cour EDH, Affaire Radio- France c. France, arrêt du 30 mars 2004, §. 34 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁹³ A ce sujet voir, Cour EDH, Affaire Bladet Tromsø et Stensaas arrêt du 9 avril 1999, § 59 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

larges pour le commissaire principal que pour de simples particuliers, en sa qualité de fonctionnaire, de policier de haut rang et de chef du service de police ayant mené l'enquête criminelle dont il est admis qu'elle prêtait à controverse, il ne pouvait être placé sur un pied d'égalité avec les hommes politiques quand on en venait à une discussion publique de ses actes, et cela d'autant moins que l'allégation allait au-delà d'une critique « sur la manière dont le commissaire principal avait dirigé l'enquête dans cette affaire précise » et revenait à l'accuser d'avoir commis une grave infraction pénale »⁹⁹⁴.

Cette position de la Cour EDH s'est nuancée face aux discours de personnages politiques contre des fonctionnaires publics qui étaient chargés des problèmes de santé publique et contre des professeurs. On remarquera dans le premier cas de figure l'affaire Mamère contre la France⁹⁹⁵ où la Cour EDH a condamné la France pour avoir violé la liberté d'expression du membre du parti écologiste M. Mamère, poursuivi pour avoir diffamé le directeur de l'agence pour le *Service central de Protection contre les Rayons ionisants* (SCPRI), M. Pellerin. L'origine du litige tient en ce que ce fonctionnaire a indiqué après la catastrophe atomique de Tchernobyl (Russie) que le nuage radioactif ne traverserait pas la frontière française. Ce commentaire a fait l'objet de critiques par l'homme politique qui considéra que ce qui avait été dit « *était un mensonge et que le scientifique était un homme sinistre qui jouissait du complexe d'Astérix* »⁹⁹⁶. La Cour EDH a condamné ici la position de la France. La Cour a indiqué dans ses motifs : « *en l'espèce, les propos en cause, certes sarcastiques, restent dans les limites de l'exagération ou de la provocation admissibles. Elle n'y voit pas de termes manifestement outrageants : si M. Pellerin est qualifié de « sinistre personnage », il y a lieu de rapprocher ce qualificatif de sa signification réelle*

⁹⁹⁴ Cour EDH, Affaire *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, arrêt du 17 décembre 2004, § 80 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁹⁵ Cour EDH, Affaire *Mamère c. France*, arrêt du 7 février 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁹⁶ L'ouvrage *Astérix et Obélix le Gaulois* est une série de bande dessinée française, créée le 29 octobre 1959 par René Goscinny (scénario) et Albert Uderzo (dessins puis, à partir de 1980, scénario et dessins) dans *Pilote*. Il s'agit certainement de la bande dessinée française qui a connu le plus de succès, avec 325 millions d'albums vendus dans le monde en 50 ans, repris de http://fr.wikipedia.org/wiki/Astérix_le_Gaulois.

et du fait que le requérant ne le lui imputait pas tellement en tant qu'individu mais aussi et surtout en tant que représentant d'un Service qui avait été au premier plan de l'information du public sur les effets en France du sinistre que fut l'accident de Tchernobyl. S'agissant de la référence au « complexe d'Astérix » l'on peut n'y voir – tout comme dans l'utilisation de l'image d'un nuage radioactif « bloqué » aux frontières françaises – qu'une caricature de la situation telle que le requérant l'a perçue, évoquant une attitude particulièrement confiante des autorités, au détriment d'ailleurs du bon sens géographique (même si les effets réels, en France, de la catastrophe de Tchernobyl demeurent à ce jour largement incertains). Quant aux termes « n'arrêtaient pas de nous raconter que (...) », plutôt que l'imputation de la répétition d'un mensonge délibéré, l'on peut n'y voir qu'une référence aux nombreuses interventions du directeur du SCPRI dans les médias, dont le requérant, journaliste à la télévision au moment de la catastrophe, avait été un témoin privilégié. Il faut en outre replacer ces déclarations dans leur contexte : le requérant enchaînait spontanément sur l'évocation par une autre des personnalités invitées d'un ouvrage consacré aux victimes de la catastrophe de Tchernobyl et de l'émotion qu'elle avait ressentie à sa lecture, dans le cadre d'une émission qui tient moins de l'information que du spectacle et qui a construit sa notoriété sur l'exagération et la provocation »⁹⁹⁷. Nous signalerons, dans le second cas de figure, l'affaire Brunet Le Compte et Sarl Lyon Mag, et, Haguenuer, tous deux contre France. Dans la première, la Cour EDH a considéré que l'État français avait, par le biais de son appareil judiciaire, violé la liberté d'expression d'un journaliste de l'hebdomadaire Lyon Mag qui avait attaqué un professeur d'université dans un texte où il l'avait qualifié « d'énergumène » pour ses positions de droite avérées dans ses écrits. La Cour EDH a estimé : (...) que le fait que les requérants aient mis en cause L. en sa qualité de professeur ne pouvait légitimement justifier une sévérité particulière dans le jugement de leur cause. Quant à la nécessité, relevée par les juridictions nationales et le Gouvernement, de protéger la fonction et l'autorité morale de L., elle ne saurait, en l'espèce, l'emporter sur l'intérêt des requérants à communiquer et celui du public lyonnais à recevoir

⁹⁹⁷ Cour EDH, Affaire Mamère c. France, arrêt du 7 février 2007, §. 25 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

des informations au sujet du professeur et de ses méthodes d'enseignement ». La Cour EDH a ensuite conclu : « *que les motifs avancés par les juridictions françaises pour justifier l'ingérence dans le droit des requérants à la liberté d'expression découlant de leur condamnation n'étaient pas « pertinents et suffisants » aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention* »⁹⁹⁸.

Dans la seconde affaire, *Haguenauer contre France*, la Cour EDH en suivant la ligne d'argumentation de la première, a considéré que l'État n'avait pas reconnu la liberté d'expression de Mme Haguenauer qui avait été sanctionnée pour avoir critiqué un groupe de professeurs de l'université de Lyon III pour des expressions négationnistes⁹⁹⁹.

Sur la critique des magistrats, il existe une ligne jurisprudentielle dans le système européen des droits de l'homme¹⁰⁰⁰. Ainsi dans l'affaire *Prager et Oberschlick contre Autriche*, le tribunal a considéré que l'État n'avait pas violé la liberté d'expression du journaliste Prager dans la mesure où ses écrits ont mis en doute l'honnêteté des magistrats du tribunal régional pénal (*Landesgericht für Strafsachen*) de Vienne. La Cour EDH a considéré que parmi les composantes que l'on retrouve dans l'intérêt général, le fonctionnement de la justice peut y être inclus car c'est une institution essentielle dans un État de droit. Elle a dans ce sens ajouté que : « *La presse*

⁹⁹⁸ Cour EDH, *Affaire Brunet Le Compte et Sarl Lyon Mag c. France*, arrêt du 20 février 2009, §. 36 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

⁹⁹⁹ L'échange de paroles avec les professeurs a débuté par la manifestation d'une inquiétude de la requérante sur l'esprit négationniste de certains professeurs. L'un d'eux lui répondit « *Ce que vous dites est un scandale. Je suis fier d'être juif et je suis fier d'être à Lyon III.* » La requérante ainsi que J.-L.T., par ailleurs tous deux adjoints au maire de Lyon, lui répondirent respectivement : « *Vous êtes la honte de la communauté. On sait malheureusement qu'il y a des arabes qui votent Le Pen et des juifs qui ont soutenu Hitler* ». Le tribunal a considéré que : « *les propos tenus par la requérante l'ont été dans le cadre d'une manifestation s'inscrivant elle-même dans le contexte d'un débat national, public et passionné et en réponse à une déclaration faite par J.-C.P. lui-même à l'adresse des manifestants. Dès lors, les propos litigieux semblent avoir été influencés par cette déclaration in* Cour EDH, *Affaire Haguenauer c. France*, arrêt du 22 avril 2010, §.53

¹⁰⁰⁰ On remarquera l'arrêt de la Cour EDH, rendu dans l'affaire *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, arrêt du 9 février 2007 où le tribunal a considéré que la liberté d'expression n'avait pas été violée par les journalistes sanctionnés pénalement pour avoir publié les notes privées que possédait le juge pendant une audience au Sénat sur une affaire publique. Ceci rejoint le point de vue émis dans des arrêts rendus par les cours constitutionnelles, tel l'arrêt de la cour constitutionnelle de la république tchèque -*Sbírna zákonu*- du 17 juillet 2007 où la haute cour a considéré que la condamnation infligée par la justice à un journaliste pour avoir publié le CV d'une juge et l'avoir questionnée sur son passé de juge et sa façon de juger dans une émission appelée « la juge », avait violé la liberté d'expression de la journaliste, car un juge n'a aucune autonomie en matière d'information par rapport à son passé.

représente en effet l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée. Il convient cependant de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir »¹⁰⁰¹.

En ce qui concerne les déclarations des journalistes contre la réputation présumée de grands entrepreneurs, remarquons l'affaire Fressoz et Roire contre France où la Cour EDH a considéré que l'État avait violé la liberté d'expression de deux journalistes appartenant à l'hebdomadaire « *Le canard enchaîné* » pour les avoir condamné pour la publication des « avis d'imposition » du PDG du groupe Peugeot. Pour la Cour EDH, « La publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises : « *les salariés revendiquaient des augmentations de salaires que la direction refusait. L'article démontrait que le dirigeant avait bénéficié d'importantes augmentations de salaires à l'époque, alors que parallèlement il s'opposait aux demandes d'augmentation de ses salariés* »¹⁰⁰². Dans le même temps, la Cour EDH a considéré que l'information publiée n'était pas secrète dans la mesure où celle-ci circulait dans des médias spécialisés de façon générale¹⁰⁰³. Cette position confirme le caractère public que possédait l'information, d'autant plus qu'il s'agissait d'un conflit social existant.

¹⁰⁰¹ Cour EDH, Affaire Prager et Oberschlick contre l'Autriche, arrêt du 26 avril 1995, §. 38 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁰² Cour EDH, Affaire Fressoz et Roire c. France, arrêt du 21 janvier 1999, § 54 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁰³ Sur ce point la Cour EDH s'est prononcée dans deux affaires : 1. L'Affaire Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990 § 51, et l'affaire Vereniging Weekblad *Bluf* ! c. Pays-Bas, arrêt du 9 février 1995, § 41) in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

En ce qui concerne les discours adressés contre les artistes de renom ou les familles monarchiques, la Cour EDH s'est prononcée en indiquant que la liberté d'expression doit être protégée quand des expressions sur les artistes apparaissent après qu'ils les aient eux-mêmes publiées ou exprimées publiquement¹⁰⁰⁴.

Enfin, quant aux personnes morales d'importance publique, remarquons l'affaire *Steel et Morris contre Royaume-Uni*¹⁰⁰⁵ dans lequel la Cour EDH a condamné l'État britannique pour la violation de l'article 10 de la CEDH du fait que la justice anglaise avait condamné des activistes de London Greenpeace pour diffamation, après qu'ils aient publié une violente critique contre la chaîne de restaurants « McDonald's ». La Cour EDH appuie sa condamnation sur trois motifs. Le premier considère que le fait que les militants ne soient pas des journalistes n'a pas pour conséquence qu'ils bénéficient d'une moindre protection. Le deuxième considère que le sujet était d'intérêt public et le troisième retient que devant les déclarations des groupes militants il est nécessaire de permettre « un certain degré d'hyperbole et d'exagération dans un tract militant – et même s'y attendre ». Enfin, elle indique que « *les grandes entreprises s'exposent inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes et, de même que pour les hommes et les femmes d'affaires qui les dirigent, les limites de la critique admissible sont plus larges en ce qui les concerne* ».

Cette importante action européenne doit être mise en perspective avec les résultats observés dans le système interaméricain. Pour la Cour IDH, il existe une stricte protection de la liberté d'expression de la presse face aux discours qui vont à l'encontre des personnes qui ont une connotation publique. Le tribunal interaméricain n'a fait aucune distinction¹⁰⁰⁶ comme a effectivement

¹⁰⁰⁴ Cour EDH, Affaire Hachette Filipacchi Associés c. France, arrêt du 13 juillet 2009 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁰⁵ Cour EDH, Affaire Steel et Morris contre le Royaume-Uni, arrêt du 15 mai 2005 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁰⁶ Cette absence de distinction vient de l'influence du droit nord-américain qui considère que les personnes publiques doivent supporter un niveau de critique plus important que toute autre personne. Comme on peut le voir dans l'arrêt de la « Supreme Court », *New York Times c. Sullivan-376 U.S. 254*, 1964, où le plus haut tribunal nord-américain considère que les critiques contre le responsable des services de police de la ville de Montgomery respectaient la réputation du

pu le faire son homologue européen. Dans l'affaire Herrera Ulloa contre Costa Rica¹⁰⁰⁷, la Cour IDH a confirmé ce principe en condamnant l'État du Costa Rica pour avoir sanctionné pénalement le journaliste Mauricio Herrera pour la critique qu'il avait faite contre Przedborski, consul honoraire du Costa Rica à Bruxelles. Dans ce sens la Cour IDH a signalé que dans le contexte de l'affaire il est logique et approprié que les expressions concernant des fonctionnaires publics ou d'autres personnes qui exercent des fonctions d'une nature publique doivent bénéficier, selon l'article 13.2 de la Convention, d'une marge d'ouverture à un débat étendu sur les affaires d'intérêt public, ce qui est essentiel pour le fonctionnement d'un système réellement démocratique. Cela ne signifie aucunement que l'honneur des fonctionnaires publics ou des personnes publiques ne doit pas être juridiquement protégé, mais qu'il doit l'être conformément aux principes du pluralisme démocratique¹⁰⁰⁸. Dans cette affaire, la Cour IDH a effectué une analyse transversale de son interprétation sur la liberté d'expression sans faire aucune distinction entre la critique contre les personnalités politiques et la critique contre les fonctionnaires publics.

Cette position a été matérialisée par la Cour IDH dans le paragraphe suivant :
« *Ainsi, la signification de ce seuil différent de protection ne repose pas sur la qualité du sujet, mais sur le caractère de l'intérêt public porté par les activités où les agissements de cette personne déterminée. Les personnes qui ont une influence sur des questions d'intérêt public se sont volontairement exposées à un examen public plus exigeant et se voient par conséquent exposées à un risque plus important de souffrir des critiques, puisque leurs*

fonctionnaire, ce qui revient à reconnaître une stricte protection de la liberté d'expression conforme au premier amendement de la constitution des États-Unis. À ce sujet voir, A. LEVASSEUR, Liberté d'expression in « Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national : Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 183-196, L. LOUCAIDES, Freedom of expression, in « Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national : Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 197-217 et E. ZOLLER, La Cour Suprême des États-Unis et la liberté d'expression in « La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe », Paris, Dalloz, 2008, pp. 253-288.

¹⁰⁰⁷ L'arrêt de la Cour IDH condamne l'État du Costa Rica pour avoir violé la liberté d'expression du journaliste, en raison de la poursuite pénale effectuée par l'État après la publication d'un texte à l'encontre de l'ambassadeur de ce pays en Belgique et pour avoir ordonné au média de supprimer le lien de l'article sur sa page Internet, Cour Suprême de Justice du Costa Rica, Arrêt Félix Przedborski contre Mauricio Herrera Ulloa et La Nación, 24 janvier 2001 et Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. le Costa Rica, arrêt du 2 juin 2004 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>.

¹⁰⁰⁸ Ibid., § 128

activités sortent du domaine de la sphère privée pour s'insérer dans la sphère du débat public »¹⁰⁰⁹.

Deux mois plus tard, la Cour IDH a rendu un arrêt contre le Paraguay dans l'affaire Ricardo Canese -*candidat à la présidence du pays*- pour avoir critiqué le candidat du gouvernement et futur président du Paraguay, Juan Carlos Wasmosy, pour le fait que lorsqu'il était Président de l'entreprise CONEMPA, il « passait » des « dividendes » à l'ancien dictateur Stroessner.

Pour la Cour IDH, cette affaire concerne l'intérêt public, ce qui lui permet d'affirmer que : « (...) *il est logique et approprié que les expressions concernant des fonctionnaires publics ou d'autres personnes qui exercent des fonctions d'une nature publique doivent bénéficier, selon l'article 13.2 de la Convention, d'une marge d'ouverture à un débat étendu sur des sujets d'intérêt public, ce qui est essentiel pour le fonctionnement d'un système réellement démocratique. Ce même critère s'applique aux opinions ou aux déclarations d'intérêt public qui seraient en relation avec une personne qui se présente comme candidat à la présidence de la République, et qui se soumet donc volontairement à l'examen du public, ainsi que sur des sujets d'intérêt public sur lesquels la société a un intérêt légitime de se maintenir informée, de connaître ce qui influe sur le fonctionnement de l'État, touche ses intérêts ou ses droits généraux, ou entraîne des conséquences importantes.*

Comme nous l'avons établi, il ne fait aucun doute que les déclarations faites par M. Canese sur l'entreprise CONEMPA concernent des sujets d'intérêt public »¹⁰¹⁰. Pour la professeur Burgorgue-Larsen, « cette affaire fut une fois de plus l'occasion pour les juges de San José de mettre en exergue l'osmose interprétative avec la jurisprudence conventionnelle en mettant à l'honneur les

¹⁰⁰⁹ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, § 129 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰¹⁰ Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004, § 98 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

arrêts Incal et Browman (Cour EDH, 19 février 1998, Bowman c. Royaume Uni ; Cour EDH, 8 juin 1998, Incal c. la Turquie »¹⁰¹¹).

Dans d'autres affaires, la Com IDH¹⁰¹² tout comme la Cour IDH, fait référence aux critiques formulées contre des membres de l'appareil judiciaire où les mêmes critères de protection stricte de la liberté d'expression ont été utilisés. *Kimel contre Argentine*¹⁰¹³ est une de ces affaires, où il a été déterminé que la liberté d'expression prévaut sur le droit à la vie privée d'un ancien juge, du fait que les mesures prises par l'État pour sanctionner l'émetteur de l'information n'étaient pas appropriées, ni nécessaires et apparaissaient disproportionnées.

Enfin, remarquons l'arrêt *Tristán Donoso contre Panama* où la justice de ce pays a condamné un avocat pour avoir attribué la responsabilité d'une écoute téléphonique à un ancien procureur de la Nation. La Cour a fait remarquer qu'il est vrai que « *les expressions concernant l'aptitude d'une personne pour occuper une fonction à un poste public ou des actes effectués par des fonctionnaires publics dans le cadre de leurs fonctions bénéficient d'une plus grande protection, afin de favoriser le débat démocratique* ». La Cour a signalé que dans une société démocratique les fonctionnaires publics étaient plus exposés à l'examen et à la critique du public. Cette différence de seuil de protection s'explique par le fait qu'ils se sont volontairement exposés à un examen plus exigeant. Leurs activités sortent du domaine de la sphère privée pour s'insérer dans la sphère du débat public. Ce seuil n'est pas lié à la personne en tant que telle, mais à l'intérêt public des activités qu'elle réalise »¹⁰¹⁴. Malgré cette stricte protection du discours public, la sanction exposée était appropriée mais n'était en revanche pas nécessaire ni proportionnelle.

¹⁰¹¹ L. BURGORGUE LARSEN et A.ÚBEDA DE TORRES, Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, op.cit., 583.

¹⁰¹² Voir, Com IDH, Rapport N.º 55/00, *Alejandra Mattus c. Chili* du 2 Octobre, 2000 in <http://www.cidh.org/Default.htm>

¹⁰¹³ Cour IDH, *Affaire Kimel c. Argentine*, arrêt du 2 mai 2008 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰¹⁴ Cour IDH, *Affaire Tristán Donoso c. Panamá*, arrêt du 27 janvier 2009, § 115 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

En définitive on aura perçu, à travers les positions de la Cour EDH et de la Cour IDH, à la fois une différence et une parenté. En premier lieu on retiendra que dans le système européen les discours de la presse contre des fonctionnaires publics diffèrent des discours contre les personnalités politiques, dans la mesure où la réputation des juges ou des magistrats et des fonctionnaires prime sur la liberté d'expression, ce qui n'a pas lieu dans le domaine de la politique. Cette position est nuancée s'agissant des discours de personnalités politiques contre des fonctionnaires publics quand ils abordent des sujets d'intérêt public, au regard d'une jurisprudence concernant la santé publique¹⁰¹⁵ et les professeurs d'université.

Dans le système interaméricain, la position est linéaire puisque la Cour IDH, dans l'affaire Herrera Ulloa contre Costa Rica tout comme dans l'affaire Kimel contre Argentine, a considéré que les discours émis par la presse contre des fonctionnaires publics et contre des anciens juges devaient être strictement protégés. La Cour IDH s'est appuyé sur la position de la Cour EDH quant aux discours contre les personnalités politiques, mais elle l'a fait pour étendre son application aux membres de la justice ou aux fonctionnaires publics.

Dans les deux cas, les Cours ont considéré que le fait que les personnes jouissent d'une notoriété politique aboutit à ce qu'elles puissent faire l'objet d'une plus grande critique sociale. Cette position a cependant été relativisée dans le système européen avec l'affaire Lindon, Otchakovsky-Laurens et July contre France.

Cette position partagée résulte du dialogue juridique entre les deux Cours que l'on constate principalement dans le système interaméricain qui, à de nombreuses reprises, a pris comme référence la jurisprudence de la Cour

¹⁰¹⁵ Sur ce sujet, la Cour EDH s'est prononcée dans les affaires Hertel c. Suisse, arrêt 25 août 1998, § 47, Affaire Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, arrêt du 20 mai 1999, Affaire VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse arrêt du 28 juin 2001, §§ 70 et 72, Affaire Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie, arrêt du 27 mai 2004, § 42, et l'affaire Steel et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 15 février 2005, §§ 88-89 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

EDH pour interpréter la CADH¹⁰¹⁶. Ce phénomène horizontal a de la même façon eu lieu en Europe et en Amérique dans le cadre d'un dialogue juridique entre les tribunaux constitutionnels et les Cours régionales des droits de l'homme¹⁰¹⁷.

Dans ce sens, alors que le discours contre les personnalités politiques est protégé de façon stricte, dans le cas de la justice ou des fonctionnaires publics, le discours est peu protégé car les uns comme les autres représentent la dignité de l'État de droit.

En résumé, la Cour EDH considère qu'il existe des degrés pour les fonctionnaires publics, de telle sorte que s'ils exercent des fonctions de hautes responsabilités, l'attention du public sera plus importante, alors que s'ils exercent des responsabilités moindres, l'attention du public le sera d'autant moins.

Dans le système interaméricain le contrôle est linéaire, et il n'existe pas de degrés variables de protection, mais une stricte méfiance du public face aux discours protégés par la liberté d'expression. Dans l'étude jurisprudentielle comparée, l'action herméneutique des Cours s'est basée sur la recherche par le biais de la tension d'une application du test de proportionnalité, où l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens concret. La distinction entre l'une ou l'autre action des Cours régionales repose sur les conséquences de la notion de « *besoin social impérieux* » et sur la suffisance et la pertinence des mesures. L'amplitude ou la restriction de la marge nationale d'appréciation est déterminée par cette appréciation.

§ 2 : Les personnes physiques et morales sans connotation publique

¹⁰¹⁶ Voir T. BUERGENTHAL, *The European and Inter-american human rights courts: Beneficial interaction in Protection des droits de l'homme: La Perspective européenne*, « Mélanges à la mémoire de ROLV RYSSDAL Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 128-129.

¹⁰¹⁷ Sur ce point remarquons l'article de R. DUMAS « La liberté d'information dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme et du Conseil Constitutionnel, pp. 447-457 in *Protection des droits de l'homme: La Perspective européenne*, « Mélanges à la mémoire de ROLV RYSSDAL, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

Les discours à l'encontre de personnes qui n'ont aucune connotation publique possèdent une importance particulière dans l'action herméneutique de la Cour EDH et de la Cour IDH.

L'absence de reconnaissance de toute connotation publique des personnes a pour conséquence que les critiques qu'elles doivent supporter sont moindres que celles exercées contre les personnalités publiques. Cette position est étendue de la même façon aux membres de la famille ou aux amis des personnalités publiques qui ne peuvent bénéficier de la protection stricte de leur liberté d'expression, et ne peuvent également accepter des critiques qui offensent ou portent atteinte à la réputation des personnes. Les critiques par le biais de la publicité contre des entreprises, qui mettent en cause le renom de l'entreprise, entrent dans cette catégorie.

La Cour EDH s'est prononcée à de nombreuses reprises sur ce sujet. Ainsi dans l'affaire *Plon*¹⁰¹⁸, le tribunal européen a condamné l'État français pour avoir violé la liberté d'expression. Le tribunal a exposé sa sentence en deux points.

¹⁰¹⁸ Le 8 novembre 1995, la société requérante a acquis de M. Gonod, journaliste, et du docteur Gubler, médecin personnel du président Mitterrand durant plusieurs années, les droits d'édition d'un livre intitulé « *Le Grand Secret* ». Cet ouvrage rapporte les relations entre le docteur Gubler et le président Mitterrand et expose la façon dont le premier avait organisé un service médical autour du second, atteint d'un cancer diagnostiqué dès 1981, quelques mois après sa première élection à la présidence de la République française. Il raconte en particulier les difficultés qu'avaient posées au docteur Gubler la dissimulation de cette maladie, alors que le président Mitterrand s'était engagé à faire paraître un bulletin de santé tous les six mois.

L'ouvrage devait paraître à la mi-janvier 1996, du vivant du président Mitterrand. Mais ce dernier étant décédé le 8 janvier 1996, les auteurs et la société Plon décidèrent dans ces conditions de surseoir à sa diffusion.

Saisi en référé le 17 janvier 1996 par la veuve et les enfants du président Mitterrand – qui dénonçaient une violation du secret médical et une atteinte à l'intimité de la vie privée du président Mitterrand et aux sentiments de ses proches –, le président du tribunal de grande instance de Paris, par une ordonnance du 18 janvier 1996, fit défense à la société requérante et au docteur Gubler de poursuivre la diffusion du livre *Le Grand Secret*, sous astreinte de 1 000 francs français (FRF) par ouvrage diffusé, et commit un huissier « avec mission de se faire représenter tous documents justifiant de l'importance du tirage et du nombre d'exemplaires mis sur le marché. Par un jugement du 5 juillet 1996, le tribunal correctionnel a déclaré le docteur Gubler coupable du délit de violation du secret professionnel, et M. Gonod ainsi que M. Orban coupables de complicité de ce même délit. Il les a condamnés respectivement à quatre mois d'emprisonnement avec sursis, une amende de 30 000 FRF, et une amende de 60 000 FRF. Le jugement souligne en particulier qu'en signant – le 8 novembre 1995 – un contrat d'édition, puis en livrant son manuscrit et en pourvoyant à sa publication, le docteur Gubler avait révélé au public les secrets dont il était dépositaire, et que « la publication d'un ouvrage tout entier fondé sur une violation du secret médical constitue, à la charge de M. Claude Gubler, un manquement grave aux devoirs de son état, qui doit appeler un ferme rappel de la loi, (Cour EDH, *Affaire Editions Plon c. France*, arrêt du 18 mai, 2004) in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=28912070&skin=hudoc-fr&action=request>.

Il a tout d'abord considéré que la juridiction française avait empêché par l'intermédiaire d'une mesure de précaution provisoire la publication du livre « le Grand Secret » écrit par le médecin de l'ancien président François Mitterrand où il rendait public le dossier médical du gouvernant, ce qui portait atteinte à la vie privée de sa femme et de ses enfants alors qu'il allait être publié 10 jours après le décès du chef de l'État français. Il a ensuite considéré que l'arrêt de fond du Tribunal de grande instance de Paris -neuf mois plus tard- de condamner la maison d'édition, et l'auteur ainsi que de maintenir l'interdiction du livre était disproportionnée par rapport à l'objectif légitime recherché à travers l'ingérence de l'État¹⁰¹⁹. Cet arrêt permet de penser que la marge d'appréciation de l'État français existe car elle a permis la censure initiale du texte qui portait atteinte à des intérêts familiaux et de l'État. Mais le juge considère que cette censure a des effets limités dans le temps, son caractère temporaire étant déterminé selon l'application du principe de proportionnalité.

Dans un autre arrêt, relatif à l'affaire Chauvy contre France¹⁰²⁰, la Cour EDH a pris une position jurisprudentielle qui permet de comprendre que la liberté d'expression des journalistes qui ont photographié le corps du préfet Claude Erignac ne prévaut pas sur le droit à la vie privée des victimes, et par conséquent, ce genre de discours ne bénéficie pas d'une protection particulière de la Cour EDH. Dans l'affaire Tammer contre Estonie¹⁰²¹, la Cour EDH a considéré qu'il n'y avait pas eu violation de la liberté d'expression des journalistes qui ont publié sans autorisation les mémoires de Mme Vilja Laanaru, une ancienne personnalité politique d'Estonie. Le texte révèle des expressions qui touchent à la vie conjugale et la qualifie même de mauvaise mère. La Cour EDH applique le principe de proportionnalité et protège les intérêts qui se réfèrent à la vie privée ou à la réputation au détriment de la

¹⁰¹⁹ Il faut cependant signaler que malgré la restriction judiciaire initiale contre le livre, il a circulé sur Internet sans que l'État français ne puisse rien faire. L'État français a dans ce cas poursuivi le propriétaire du café Internet qui a scanné le texte acheté légalement produisant une censure indirecte.

¹⁰²⁰ Cour EDH, Affaire Chauvy c. France, arrêt du 29 juin, 2004 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰²¹ Cour EDH, Affaire Tammer c. Estonie, arrêt du 4 avril 2001, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=TammerESTONIE&sessionid=51808837&skin=hudoc-fr>.

liberté d'expression. Dans l'affaire d'inadmissibilité Diez de Revenga et Lopez Galiacho Perona contre Espagne¹⁰²², la Cour EDH a établi que la sanction judiciaire contre les journalistes qui ont informé de la relation adultère entre un banquier et d'une aristocrate était conforme à la société démocratique.

Une autre affaire intéressante résolue par la Cour EDH est celle de Thoma contre Luxembourg¹⁰²³ où la Cour a considéré que les journalistes doivent prendre leurs distances avec les citations qui touchent à la réputation d'autrui quand leur rôle d'informer n'est pas conciliable avec le droit à l'honneur ou à l'intimité d'autrui. Remarquons enfin l'affaire Worms contre Autriche¹⁰²⁴ où la Cour EDH a considéré que l'État autrichien n'avait pas violé la liberté d'expression d'un journaliste condamné pour avoir porté atteinte à la réputation d'un accusé en considérant qu'il était responsable d'un crime pour lequel il n'avait pas encore été condamné.

Sur ce même sujet, nous trouvons en Allemagne l'affaire Lebach¹⁰²⁵ où le tribunal constitutionnel a considéré que la vie privée d'une personne qui était sur le point de sortir de prison prévalait sur la liberté d'expression d'un média qui avait préparé une émission spéciale sur cette personne au moment de sa sortie de prison. Il était nécessaire pour le tribunal de privilégier la vie privée de l'individu, en comprenant qu'il n'y avait aucun intérêt à publier une information sur un crime commis il y a de nombreuses années. Cette action remettrait en cause le processus de resocialisation de la personne impliquée dans l'affaire.

Dans le cas de critiques par le canal de la publicité contre des personnes morales, la jurisprudence de la Cour EDH propose deux vecteurs d'analyse. Elle distingue d'une part le discours publicitaire sur les entreprises

¹⁰²² Cour EDH, Affaire Diez de Revenga et Lopez Galiacho Perona c. Espagne, arrêt du 12 décembre 2000 in

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Diez%20|%20d e%20|%20Revenga%20|%20ESPAGNE&sessionid=51809725&skin=hudoc-fr>

¹⁰²³ Cour EDH, Affaire Thoma c. Luxembourg, arrêt du 29 mars 2001 § 64 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰²⁴ Cour EDH, Affaire Worms contre l'Autriche, arrêt du 27 août 1997 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰²⁵ Cité par le professeur Robert Alexy dans son ouvrage « Teoría de los derechos fundamentales », Madrid, Centro de estudios constitucionales de Madrid, op.cit. p. 56.

concurrentes¹⁰²⁶ et d'autre part le discours publicitaire de l'entreprise qui montre ses propres réussites, en isolant ainsi les faits supposés porter atteinte aux bienfaits de la concurrence.

Sur le premier plan, nous constatons dans l'affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann contre Allemagne¹⁰²⁷ que la Cour EDH a considéré que l'État n'avait pas violé la liberté d'expression en sanctionnant le directeur de l'édition Markt intern pour avoir publié un bulletin d'information commerciale où il dénigrait les pratiques commerciales d'une entreprise. Cet arrêt de la Cour EDH a été confirmée avec l'affaire Jacubowski contre Allemagne où le tribunal n'a pas considéré que la liberté d'expression du requérant avait été violée du fait que la sanction imposée par la justice de l'État allemand avait été proportionnelle et nécessaire pour l'existence d'une société démocratique en conséquence de quoi le plaignant ne pouvait présenter les dénonciations contre la société dans laquelle il travaillait et qui l'a renvoyé.

Au second plan, remarquons l'affaire Casado Coca contre Espagne¹⁰²⁸ où la Cour EDH a considéré que le fait de se présenter comme avocat dans un média, tel qu'un journal, fait partie du domaine de protection de la liberté d'expression. Elle a ensuite indiqué dans l'arrêt Stambuk contre Allemagne¹⁰²⁹ que la sanction contre un ophtalmologue pour avoir fait de la publicité sur son travail avait violé sa propre liberté d'expression. Plus tard, dans l'affaire Krone Verlag GmbH et Co K.G contre Autriche¹⁰³⁰, le tribunal a confirmé l'interprétation selon laquelle le fait de faire de la publicité autour de son succès comme moyen de communication face aux autres, ne va pas à

¹⁰²⁶ Sur ce sujet voir les livres d'Elyse TORDEURS, "La publicité comparative : comment le rejet du (des) concurrent(s) est-il mis en œuvre dans les publicités comparatives ? Sont-elles perçues différemment par le public en fonction de la manière dont elles traitent le(s) concurrent(s) / Elyse Tordeurs, Gisèle Warichet ; Philippe Marion, promoteur, Editeur Louvain-la-Neuve : UCL, 2004, Stéphanie ABS ; Philippe BEGUIN, A qui profite la publicité comparative? : y a-t-il un effet de récence au bénéfice des marques non connues en publicité comparative? / Louvain-la-Neuve : UCL, 2001.

¹⁰²⁷ Cour EDH, Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, arrêt du 20 novembre 1989 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰²⁸ Cour EDH, Affaire Casado Coca c. Espagne, arrêt du 24 février 1994, parr. 36-37 in in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰²⁹ Cour EDH, Affaire Stambuk c. Allemagne, arrêt du 17 octobre 2002, parr. 48 in in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰³⁰ Cour EDH, Affaire Verlag GmbH et al c. Allemagne, arrêt 18 décembre 1987 in in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

l'encontre de la réputation dans le cadre de la libre concurrence. Dans cette affaire, la Cour EDH a validé les discours réalisés grâce à la publicité de la façon suivante :

« La publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts. Néanmoins, elle peut parfois faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère ou trompeuse. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée. Elles appellent cependant un contrôle attentif de la Cour, laquelle doit mettre en balance les exigences desdites particularités avec la publicité en cause et, à cet effet, considérer la sanction incriminée à la lumière de l'ensemble de l'affaire »¹⁰³¹.

La situation des personnes morales apparaît spécifique. En effet cette façon d'envisager les critiques tend à ce que, lorsqu'elles sont dirigées contre des entreprises -des personnes morales- la liberté d'expression ne prévale pas et la marge nationale d'appréciation soit étendue, ce qui explique les sanctions contre les émetteurs de cette information. A contrario sensu, dans le cas d'informations personnelles ou d'entreprises émises par le propriétaire de ces informations, la liberté d'expression prévaut sur la protection du renom ou de la réputation de la personne morale touchée par l'information présentée par son concurrent.

Dans le système interaméricain, il n'existe aucun précédent jurisprudentiel, mais les Cours Constitutionnelles en Amérique latine ont considéré que la réputation des personnes sans connotation publique et des entreprises s'imposent devant la liberté d'expression. Les jugements de proportionnalité considèrent que la détermination de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict n'admet pas de qualifier la liberté d'expression

¹⁰³¹ Cour EDH, Affaire Krone Verlag GmbH et Co K.G c. Autriche, arrêt 11 février 2004, par. 31 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

à un rang supérieur par rapport au droit à la vie privée des personnes, sauf si elles s'exposent de façon volontaire et si le discours exprimé devant ce genre de personne possède un intérêt de caractère public. On remarquera par exemple dans ce sens l'action de la Cour Constitutionnelle de Colombie qui, à de nombreuses reprises, a appliqué le test de proportionnalité quand une tension apparaît entre la liberté d'exclusion et le droit à l'intimité ou à la vie privée. Dans l'arrêt T-036 de janvier 2002¹⁰³², la Cour a protégé la réputation d'une mère qui a été trompée par des journalistes d'un organe de presse à sensation colombien « El Espacio » pour obtenir l'entrevue, qui leur permettrait de tirer au clair le suicide de son fils et ses liens avec un groupe satanique, en se faisant passer pour des membres d'une institution judiciaire en Colombie. Dans une autre affaire, l'arrêt T-787 de 2004¹⁰³³ de la Cour a protégé la réputation d'une enseignante dont les droits ont été bafoués par un caricaturiste qui l'a représentée dans un journal comme quelqu'un qui n'assistait pas aux cours par fainéantise et pour être occupée à entretenir des relations sexuelles impudiques avec une autre personne. La Cour a considéré que l'exercice de la liberté d'expression dans des affaires qui touchent à la réputation, l'honneur ou l'intimité des personnes se trouve limitée par la liberté, l'objectivité la nécessité, la véracité et l'intégrité.

Ces formes de jurisprudences, qui dérivent pour la plupart de l'action de la Cour EDH, proposent une importante marge d'appréciation de l'Etat devant les discours prononcés contre les personnes qui n'ont aucune connotation publique. La façon de comprendre la tension qui apparaît autour de la réputation de ces personnes contraste avec celles qui ont une connotation publique. Quand le discours s'adresse à elles, il existe une présomption d'intérêt public, ce qui n'est pas le cas du discours sur les personnes sans reconnaissance du public.

La seule similitude entre l'une et l'autre est qu'il peut exister dans certains discours sur des personnes sans reconnaissance publique, une intrusion

¹⁰³² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-036 du janvier 2002 in www.corteconstitucional.gov.co/

¹⁰³³ Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T- 787 du 18 août 2004 in www.corteconstitucional.gov.co/

dans la vie privée, induite, comme dans le cas des artistes de renom, par les personnes touchées elles-mêmes. Cette circonstance ne rend pas, per se, le discours valide, puisqu'il est nécessaire de constater « l'intérêt public » de l'affirmation.

Dans ce sens, nous avons pu observer dans les affaires contentieuses propres à l'Allemagne et à la Colombie comment les tribunaux constitutionnels ont compris cette tension en se faisant l'écho des arrêts de la Cour EDH, ce qui permet l'existence d'une sorte d'identité entre les deux continents sur ce sujet. Cette identité n'a pas été perceptible dans le cas des discours à l'encontre des personnes de renom où il est clair qu'il n'y a pas de variations interprétatives dans le système interaméricain, alors que dans le système européen les variations herméneutiques sont multiples.

Section II : Les doctrines probatoires sur les discours contre les personnes qui ont ou non une connotation publique

Il s'agit ici de présenter les doctrines de la « *actual malice* » et la « *exceptio veritatis* » comme des mécanismes probatoires dont bénéficient les émetteurs du discours qui portent atteinte à la réputation des personnes ayant ou non une connotation publique.

§ 1 : Les distinctions dans l'application de la doctrine de preuve applicable pour déterminer la portée de la liberté d'expression

A) L'application de la doctrine de la « *actual malice* » : les discours contre les personnes qui ont une connotation publique

Cette doctrine qui vient du droit nord-américain a été directement appliquée par la Cour IDH et dans certains cas par la Cour EDH. Elle peut être définie comme l'obligation des personnes présumées avoir été diffamées, qui bénéficient d'une notoriété publique, de prouver la mauvaise foi de l'émetteur du discours.

Son origine vient de la célèbre affaire New York Times contre Sullivan¹⁰³⁴ devant la Cour Suprême des Etats-Unis. Afin de comprendre la doctrine il est nécessaire d'expliquer les faits et l'arrêt. Le 23 mars 1960, John Murray a demandé au New York Times de publier une annonce du « *Comité pour la défense de Martin Luther King et la lutte pour la liberté du sud* ». Le 29 mars 1960, le texte qui suit a été publié :

¹⁰³⁴ Cour Suprême de Justice des Etats-Unis, New York Times c. Sullivan- 376 U.S. 254, 1964. Sur cet arrêt et la théorie de la « *actual malice* » il existe des études en anglais, en français, ou en espagnol. On remarquera en anglais le travail détaillé de A. LEWIS, « *Make no law. The Sullivan's case and the first Amendment*, New York, Vintage Books, A division of Random House, 1992. En français, l'étude réalisée par la professeur E. ZOLLER « *La Cour Suprême des États- Unis et la liberté d'expression* » in « *La liberté d'expression aux États- Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, p. 253-258 et en espagnol l'article réalisé par le professeur argentin E. A. BERTONI « *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina* » en *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

“ « Dans la ville d'Alabama, après que les étudiants aient chanté un chant patriotique sur le perron du palais de justice, leurs chefs ont été expulsés de l'université et les bâtiments de l'université d'Alabama ont été encerclés par la police, armée de fusils et de bombes lacrymogènes. Quand l'ensemble des manifestants eut exprimé son mécontentement contre les autorités de l'État en refusant de se réinscrire, le restaurant universitaire fut fermé dans le but de les soumettre par la faim. (...) Les contrevenants du sud ont à plusieurs reprises répondu aux protestations pacifiques de M. King par des intimidations et de la violence. Ils ont bombardé sa maison, ont failli tuer sa femme et son fils ; ils l'ont physiquement agressé ; ils l'ont arrêté sept fois pour « excès de vitesse », « vagabondage » et d'autres « infractions » similaires ; et ils l'ont maintenant accusé du délit d'injure qui lui fait encourir une peine de dix ans de prison... ».

394 exemplaires du journal sont arrivés dans la ville d'Alabama sur les 650 000 qui constituent le tirage national. Le « Montgomery Advertiser » tout comme l'« Alabama Journal » ont publié l'information qui concerne l'avis du comité en question. Le commissaire de police de la ville de Montgomery, L.B. Sullivan envoya une lettre au N.Y.T. en se plaignant de cette note ainsi que quatre missives à quatre pasteurs noirs en Alabama. Plus tard, le Gouverneur d'Alabama John Patterson envoya une lettre dans laquelle il demandait une rétractation sur les accusations déshonorantes dont il avait fait l'objet.

La réponse du New York Times fut ambiguë. Ils n'ont pas fait cas de Sullivan, alors qu'ils répondaient au gouverneur qu'ils se rétracteraient. Le problème dans cette affaire, c'est que la note publiée ne parlait ni de Sullivan ni du gouverneur. Sullivan a intenté un recours en justice et le tribunal de première instance a reconnu la diffamation en condamnant le journal ainsi que les quatre pasteurs à payer la somme de 500 000 dollars, arrêt qui fut confirmé par la Cour Suprême de l'État d'Alabama le 30 août 1962 avec l'argument que l'affaire devait être considérée selon les règles de la Common Law, c'est-à-dire la qualification retenue est un libelle per se -la diffamation est formelle- et non comme un libelle per quod -la diffamation est cachée, elle se produit

après avoir relié les éléments entre eux¹⁰³⁵-. L'affaire est arrivée devant la Cour Suprême en application du principe de « certiorari » et le plus haut tribunal du pays a révoqué l'arrêt en considérant qu'il n'y avait pas eu diffamation puisque le débat public devait être ouvert. Dans ce sens, le juge Brennan a considéré que la justice de l'Etat avait imposé des restrictions à la liberté d'expression et à la presse inacceptables et contraires à la Constitution.

Pour la Cour Suprême, la protection de la presse qui se fonde sur le premier amendement doit être respectée, même s'il existe une information erronée ou un contenu injuriant. A ce sujet la Cour Suprême de Justice a exposé la théorie de la « *actual malice* » qui consiste dans le fait que pour mettre en jeu la responsabilité de la presse pour une diffamation contre une personne de renom¹⁰³⁶, la personne lésée doit prouver « la mauvaise intention » de l'émetteur de l'information, c'est-à-dire, démontrer sa mauvaise foi. Voici le raisonnement développé à ce sujet par la Cour Suprême de Justice des États-Unis :

« Une règle qui obligerait le critique de la conduite officielle à garantir la vérité de toutes ses affirmations sur des faits -et à le faire en raison de la possibilité d'être condamné pour diffamation pour un montant virtuellement illimité- conduit à une « autocensure » comparable. Permettre la défense de la vérité avec la preuve des faits sur l'accusé ne signifie pas que seul le discours erroné sera protégé¹⁹. Même les tribunaux qui acceptent cette défense comme une protection adéquate ont reconnu les difficultés de faire valoir les preuves légales du fait que la diffamation présumée était vraie dans tous ses aspects factuels (voir par exemple, Post Publishing Co. contre Hallam, 59 F. 530, 540, C.A.6th Cir. 1893 ; voir également NOEL, Defamation

¹⁰³⁵ E. A. BERTONI, El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de derechos humanos in « Derecho Internacional de los derechos humanos » México, Distribuciones Fontamara, 2004, p.443

¹⁰³⁶ Cette doctrine de la « *actual malice* » a été étendue à toutes les personnes actuellement diffamées, par la cour suprême des États-Unis dans l'affaire Rosenbloom c. Metromedia (403 US 29 /1971). La cour suprême a ensuite considéré dans l'affaire Gertz c. Robert Welch, Inc (418 US 323/1974) que les standards du New York Times c. Sullivan protégeaient les personnes qui avaient une connotation publique. C'est-à-dire, seulement dans ces cas-là, les diffamées présumées devaient prouver la « *actual malice* ».

of Public Officers and Candidates, 49 Col. L.Rev. 875, 892, 1949). Sous une telle règle les critiques de la conduite officielle pourraient être empêchées de formuler leur critique même s'ils croient qu'elle est vraie, et même si elle était effectivement vraie, face au doute de pouvoir la prouver devant un tribunal ou à la peur des frais de devoir le faire. Ils seraient alors seulement tentés de faire des déclarations qui « se situeront le plus loin possible de la zone de l'illégal » (Speiser contre Randall, supra, 357 US, dans 526, 78 S.Ct. dans 1342, 2 L.Ed.2d 1460). La règle étouffe alors la vigueur et limite la pluralité du débat public. Elle est incompatible avec les amendements I et XIV.

Les garanties constitutionnelles requièrent, à notre avis, une règle fédérale qui interdise à un fonctionnaire public de recevoir des indemnités pour un mensonge diffamatoire en relation avec sa conduite officielle à moins qu'il puisse prouver que l'affirmation a été faite avec « actual malice » -c'est-à-dire, en sachant que c'était faux ou avec une imprudente mégarde pour confirmer si c'était faux ou non-. Une affirmation d'une règle similaire très citée, qui a été adoptée par un grand nombre de tribunaux d'État²⁰, se trouve dans l'affaire « Kansas Coleman contre MacLennan » (78 Kan. 711, 98 p.281, 1908). Le procureur général de l'État, candidat à la réélection et membre de la commission chargée de l'administration et du contrôle des fonds de l'école d'État, a intenté un procès contre l'éditeur d'un journal pour une diffamation présumée dans un article qui attribuait à l'État des faits en relation avec sa conduite officielle sur une transaction de fonds scolaires. Le défendeur réclama la protection et le juge d'instruction, devant l'objection du requérant, a instruit le jury dans le sens que « lorsqu'un article est publié et mis en circulation parmi les électeurs dans le seul but d'apporter ce que le défendeur croit être une information véritable sur un candidat à un poste public et dans le but de permettre à ces électeurs de voter d'une façon plus intelligente, et ce de bonne foi et sans mauvaise intention, l'article bénéficie de protection, même si les principaux faits qu'il contient peuvent être en réalité erronés et méprisants envers la personne visée ; et dans un tel cas il revient au requérant de prouver la « actual malice » dans la publication de l'article.

En réponse à une question en particulier, le jury a trouvé que le requérant

n'avait pas prouvé la « actual malice » et a pris un arrêt en faveur du défendeur. En appel, la Cour Suprême du Kansas, dans une opinion du juge Burch, a ainsi raisonné (78 Kan., dans 724, p.98, dans 286) :

« Il est d'une extrême importance que la population discute du caractère et des qualifications des candidats pour les élections. L'importance pour l'État et pour la société de telles discussions est si vaste, et les avantages qui en découlent sont si importants, qu'elles font plus que contrebalancer l'inconvénient des particuliers dont la conduite pourrait être impliquée, et le dommage occasionnel à la réputation des particuliers doit céder devant le bien-être public, même si ce dommage peut parfois être important. Le bénéfice public de la publicité est si important et la possibilité de porter atteinte à des caractères privés si faible qu'une telle discussion doit être protégée ». La cour a par conséquent considéré l'instruction du tribunal d'instance comme une description correcte du droit, en établissant : « Dans cette affaire, l'occasion fait apparaître une protection qualifiée dans ce sens. Toute personne qui allègue avoir été diffamée par la communication doit prouver la « actual malice », ou rester sans option. Cette protection s'étend à une grande variété de thèmes et comprend les sujets d'intérêt public, les personnalités publiques et les candidats à des postes publics » (78 Kan., dans 723, p.98, dans 285) ».

Dans cette large citation il est essentiel de montrer le raisonnement de la Cour Suprême et comment a été créé « *la doctrine de la actual malice* ». Deux éléments ressortent de cet arrêt. Le premier est en relation avec le destinataire, dans cette affaire, c'est une personne qui possède une connotation publique, et en deuxième lieu, la nécessité de preuve d'un *- reckless disregard-* un téméraire désintéret de la fausseté.

Cette doctrine a été intégrée dans le système interaméricain par le biais du principe 10 de la Déclaration de Principes qui indique que sur les discours des communicateurs et des journalistes « *il est nécessaire de prouver que dans la diffusion des informations l'informateur a eu l'intention d'infliger un dommage ou une réelle connaissance qu'il était en train de diffuser de*

fausses nouvelles avec une négligence manifeste dans la recherche de la vérité ou la fausseté de celles-ci ». Pour cette raison, dans le système interaméricain, la doctrine de la « *actual malice* » a été adaptée du système nord-américain énoncé par la Com IDH¹⁰³⁷, puis récemment appliquée dans l'affaire Tristán Donoso contre Panama¹⁰³⁸ où la Cour IDH a considéré qu'il était nécessaire d'examiner le discours de l'avocat sur le dommage causé, en ayant toujours à l'esprit « *que la preuve des faits revient à celui qui formule l'accusation* »¹⁰³⁹. Cette action des instances du système interaméricain des droits de l'homme permet d'observer que la « *doctrine de la actual malice* » commence à faire partie de la réflexion permanente dans la région comme le révèlent certains arrêts internes¹⁰⁴⁰ ainsi que la recommandation apportée par l'Observatoire de la Liberté d'Expression de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme de l'Organisation des Etats Américains (O.E.A.) qui signale :

*« Incorporer dans son ordonnancement juridique des standards différenciés pour évaluer la responsabilité ultérieure de ceux qui diffusent des opinions ou des idées sur des sujets d'intérêt général ou de critique politique, y compris le standard de la « actual malice » ainsi que la stricte proportionnalité et le caractère raisonnable des sanctions, de telle sorte que les processus suivis par cette cause ne produisent pas un effet de silencieux qui puisse affecter le débat démocratique »*¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ Com IDH. Travaux préparatoires devant la Cour IDH dans l'affaire Ricardo Canese c. Paraguay in : Cour I.D.H., Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt du 31 août 2004 § 72 ; CIDH. Travaux préparatoires devant la Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica in : Cour I.D.H., Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004 § 101.4) repris du Rapport Anuel de l'observatoire de la Libertad de Expresión, 2009, p. 266 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰³⁸ Cour IDH, Affaire Tristán Donoso c. Panamá, arrêt du 27 janvier 2009, in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰³⁹ Cour IDH, Affaire Tristán Donoso c. Panamá, arrêt du 27 janvier 2009, § 120 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰⁴⁰ Parmi celles-ci on remarquera en Uruguay l'adoption par le Congrès -Assemblée nationale du pouvoir- au mois de juin 2009 de la Loi No. 18.515, qui a opéré une importante réforme du code pénal et de la loi sur la presse. Elle a incorporé la doctrine de la « *actual malice* ». Dans ce sens remarquons l'arrêt de la Cour Suprême du Mexique du 17 juin 2009 où le Tribunal Suprême a considéré qu'il était nécessaire d'exiger l'application de la « *doctrine de la actual malice* » dans le cas de discours émis contre des fonctionnaires publics. Sur cette décision on peut consulter le résumé du rapport de l'observatoire de la liberté d'expression - 2009- de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme de l'Organisation des Etats Américains (OEA), p. 380-385.

¹⁰⁴¹ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression - 2009- de la Com IDH de l'OEA, p. 435.

Cette réflexion ponctuelle a été expliquée par la Cour Suprême de Justice du Mexique dans une affaire relative à une diffamation présumée d'un journaliste contre une personnalité politique, la haute juridiction retenant dans son arrêt : « Une fois de plus, la Cour Suprême fait une interprétation intégratrice des arguments de véracité et d'impartialité consignés dans la Constitution mexicaine avec les standards fixés par les instances interaméricaines. Ainsi, le tribunal signale que l'information « véridique », n'implique pas qu'il s'agit d'une information « vraie », claire et incontestablement certaine. Selon la Cour Suprême, « exiger cela dénaturerait l'exercice des droits ». Devant cette affirmation, la référence à la véracité renferme simplement l'exigence que les reportages, les entrevues et les notes journalistiques destinées à agir sur la formation de l'opinion publique possèdent au fond un exercice raisonnable d'investigation et de confirmation qui cherche à déterminer si ce que l'on veut diffuser a suffisamment d'assise dans la réalité. L'informateur doit pouvoir d'une certaine façon montrer qu'il a respecté un certain standard de procédure dans la vérification du statut des faits sur lesquels il informe et, s'il n'arrive pas à des conclusions incontestables, la façon de présenter l'information doit envoyer ce message au lecteur : il doit suggérer de façon suffisamment claire qu'il existe d'autres points de vue et d'autres conclusions possibles sur les faits ou les événements relatés. Quant à l'obligation d'impartialité, le tribunal a reconnu que cette obligation n'exige pas d'impartialité absolue, mais qu'elle constitue plutôt une barrière à la diffusion intentionnelle d'inexactitudes et contre le traitement non professionnel des informations dont la diffusion a toujours un impact sur la vie des personnes qui en font parti. En réalité, la Cour Suprême adopte le standard de la « actual malice » pour définir des responsabilités ultérieures possibles »¹⁰⁴².

Dans le système européen, l'existence de cette doctrine n'apparaît pas dans une première analyse. Néanmoins, dans l'affaire Lingens contre Autriche¹⁰⁴³, la Cour EDH a déclaré que l'État avait engagé sa responsabilité pour violation

¹⁰⁴² Cour Suprême du Mexique- Cour SM- du 17 juin 2009 Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression - 2009- de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme de l'Organisation des Etats Américains (OEA), p.385 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁴³ Cour EDH, Affaire Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, § 46 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

de la liberté d'expression. Dans cette affaire, la Cour EDH a appliqué cette doctrine sans y faire explicitement référence, en précisant que les déclarations faites par le journaliste contre le chancelier Bruno Kreisky correspondaient à une opinion qui reposait sur des faits qui ont été prouvés par le journaliste et n'ont pas été démenti par l'État. Dans ce sens, il a indiqué que la bonne foi de l'émetteur n'était pas remise en question. Cette circonstance permet de démontrer que la Cour EDH a appliqué cette théorie en tenant compte du fait que dénaturer sa bonne foi, revient justement à apporter la preuve de la mauvaise foi ou de la « actual malice » selon les termes de la doctrine développée. Dans l'affaire Fressoz et Roire contre France¹⁰⁴⁴, la Cour EDH a considéré que le fait de publier la déclaration d'impôt d'une personnalité publique ne constituait pas un motif pour sanctionner les journalistes. Pour la Cour EDH, l'État n'a pas dénaturé la bonne foi des communicateurs.

Dans l'affaire Lindon Otchakovski et autres contre France¹⁰⁴⁵, la Cour EDH a considéré que l'État n'avait pas violé la liberté d'expression des pétitionnaires, puisque l'écrit diffamatoire démentait la bonne foi des affirmations qui attaquaient l'honneur de la personne diffamée.

En définitive, la doctrine de la « *actual malice* » s'applique au système interaméricain et au système européen des droits de l'homme. L'application dans le système européen s'est faite de façon tacite, à partir de la bonne foi de l'émetteur de l'information et en proposant de prouver la mauvaise foi pour justifier la sanction. Dans le système interaméricain, l'inclusion de la doctrine de la bonne foi a été reconnue non seulement par la jurisprudence de la Cour IDH mais également par la doctrine de la Com IDH et les textes conventionnels. Cette acceptation s'explique pour deux raisons. La première, en vertu de l'influence exercée par le droit nord-américain sur le continent américain et la seconde, en raison des niveaux importants de méfiance du respect de la démocratie en Amérique latine, ce qui fait que la Cour IDH a

¹⁰⁴⁴ Cour EDH, Affaire Fressoz et Roire c. France, arrêt du 21 janvier 1999, § 54 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁴⁵ Cour EDH, Affaire, Lindon Otchakovski- Laurens et July c. France, arrêt du 22 octobre 2007, §67 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

établi des standards de protection des droits de l'homme, en limitant l'autonomie nationale interprétative des droits, au détriment des Etats.

B) L'*exceptio veritatis*: une excuse prioritaire de l'émetteur de l'information sur les personnes qui n'ont aucune connotation publique

La « *exceptio veritatis* » se définit comme la cause d'exonération qui permet à l'émetteur d'une information, présumée diffamatoire, de démontrer la véracité de ses déclarations par l'intermédiaire de n'importe quel moyen légal de preuve. Dans ce sens, l'*exceptio veritatis* représente le revers de la médaille par rapport à « *la doctrine de la actual malice* ». Ici, celui qui émet l'information doit apporter la preuve, alors que dans la doctrine de la « *actual malice* », le diffamé présumé, quand il s'agit d'une personne avec une connotation publique doit prouver la mauvaise intention ou la mauvaise foi de l'émetteur.

Cette *exceptio veritatis* peut dans certains cas ne pas être utilisée en fonction de la « *protection des sources* » qu'un journaliste peut invoquer comme l'a déclaré la Cour EDH dans l'affaire Goodwin contre Royaume-Uni¹⁰⁴⁶ où elle a rappelé que « *les sources journalistiques sont l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse puisque l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les journalistes d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général* »¹⁰⁴⁷. Dans ce cas spécifique, le journaliste n'aurait pas à prouver ce qu'il dit et l'Etat en vertu de la doctrine de la « *actual malice* » aurait à prouver sa mauvaise foi.

La « *exceptio veritatis* »¹⁰⁴⁸ est utilisée en cas de discours émis contre toutes sortes de personnes. Dans ce sens, dans l'affaire Steel et Morris contre Royaume Uni la Cour EDH a considéré que : « *Une exception de vérité*

¹⁰⁴⁶ Cour EDH, Affaire Goodwin c. Royaume Uni, arrêt du 27 mars 1996 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁴⁷ M. VERPEAUX, La liberté d'expression, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2009, p.183.

¹⁰⁴⁸ J.J. CREMONA, « The thick hide of politicians and article 10 of the european convention on human rights in Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu- Tome Troisième, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.1805-1807.

*s'applique lorsque la déclaration diffamatoire est en substance vraie. C'est au défendeur qu'il incombe de prouver la véracité des propos selon le critère de la plus forte probabilité. La preuve de la bonne foi du défendeur, qui croyait à l'exactitude de la déclaration, ne constitue pas un moyen de défense en matière de diffamation »¹⁰⁴⁹. Dans l'affaire Colombani et autres contre France¹⁰⁵⁰, il a été établi que les journalistes doivent pouvoir utiliser la « *exceptio veritatis* » pour prouver leurs déclarations contre un chef d'État.*

D'autre part, dans l'affaire Herrera Ulloa contre Costa Rica, la Cour Interaméricaine a expliqué qu'exiger de celui qui s'exprime de démontrer judiciairement la véracité des faits qui justifient ses affirmations, et ne pas admettre en parallèle la « *exceptio veritatis* » en sa faveur, « *crée une limitation excessive de la liberté d'expression, de façon inconséquente avec ce que prévoit l'article 13.2 de la Convention [Américaine] et entraîne un effet dissuasif, effrayant et inhibiteur sur tous ceux qui exercent la profession de journaliste, ce qui à son tour empêche le débat public sur des sujets d'intérêt de la société* »¹⁰⁵¹.

Dans certains pays d'Amérique latine comme en Colombie cette « *exceptio veritatis* » a été reconnue par la cour constitutionnelle. C'est ainsi que le 26 juin 2009, le plus haut tribunal colombien a signalé dans l'arrêt C-471¹⁰⁵² que le paragraphe 1 de l'article 224 du Code Pénal colombien excluait la « *exceptio veritatis* » dans tout procès pénal pour injure et calomnie. Le tribunal a défini dans son arrêt deux problèmes juridiques qui consistent à déterminer i) si l'impossibilité d'apporter des preuves sur la véracité des imputations de toute conduite punissable qui aurait fait l'objet d'un arrêt d'absolution, de forclusion de l'enquête ou d'arrêt de procédure ou ses équivalents, porte atteinte au principe d'égalité en établissant un traitement

¹⁰⁴⁹ Cour EDH, Affaire Steel et Morris c. Royaume Uni, arrêt du 15 mai 2005, § 39 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁵⁰ Cour EDH, Affaire Colombani et autres c. France, arrêt du 25 juin 2002 § 69 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁵¹ Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt du 2 juillet 2004, §. 133 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>.

¹⁰⁵² Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-471 du 26 juin 2009 in <http://www.Courconstitucional.gov.co/laCour/>.

discriminatoire et injustifié du sujet qui se trouverait dans de telles circonstances ; et ii) si cette restriction est contraire à la Constitution car elle est supposée porter atteinte au but essentiel qui est de garantir un ordre juste en vigueur, par méconnaissance des droits de défense et d'accès à la justice de l'inculpé pour calomnie, et pour atteinte portée à la liberté d'information.

Ces deux questions ont été abordées par le tribunal constitutionnel par le biais de la construction d'un jugement strict de proportionnalité dans lequel certains droits et biens juridiques ont été pondérés. D'un côté, « le droit à l'honneur et à la réputation, la présomption d'innocence de celui qui a été innocenté par un arrêt sans appel, les principes de chose jugée, de sécurité juridique ; et de l'autre, le droit d'obtenir justice, le droit de défense et de contradiction de l'inculpé pour délit de calomnie, que les faits imputés ne sont pas faux, ainsi que les libertés d'expression et d'information ».

La Cour a considéré que la norme était inconstitutionnelle car elle sacrifiait la liberté d'expression et de communication du fait qu'on ne peut empêcher un émetteur d'information de se prononcer sur des thèmes qui se retrouvent dans les deux dimensions de la liberté d'expression : (i) la dimension individuelle et (ii) la dimension collective. La première porte atteinte au droit de celui qui émet l'information alors que la seconde porte atteinte au droit de la société à s'informer correctement.

Pour la Cour, le fait d'être en présence d'un arrêt d'exonération, de forclusion ou d'arrêt de la procédure n'empêche pas que la société « *ne puisse s'informer plus sur l'aspect qui a fait l'objet du procès pénal, bien qu'il puisse être en relation avec des thèmes fondamentaux pour l'ordre constitutionnel colombien, tels que l'atteinte au droit international humanitaire ou aux droits de l'homme, ou au fonctionnement de la démocratie et des institutions, comme c'est le cas avec les accusations contre des personnalités publiques ou avec les investigations pénales sur des faits de grande importance publique, même si l'information apporte des preuves sur la véracité des affirmations qui mettent en cause quelqu'un pour sa participation à un délit* ». A la fin de son arrêt, la Cour a précisé que l'acceptation de cette « *exceptio*

veritatis » permet le respect de la liberté d'expression contenue dans l'article 20 de la Constitution, en même temps qu'elle porte atteinte au principe de *lege ferenda* dans le procès pénal en faveur du classement ou de l'exonération.

Cet arrêt de la Cour Constitutionnelle Colombienne a été reconnu dans le rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la Com IDH comme une avancée dans l'application de standards interaméricains dans ce pays. Voyons ce qu'a déclaré l'Observatoire : « *L'Observatoire Spécial évalue spécifiquement que, au moment d'établir le cadre juridique applicable dans l'affaire, la Cour Constitutionnelle Colombienne a incorporé de façon formelle le droit international des droits de l'homme dans son raisonnement. En outre, il est important de remarquer l'importance qu'ont pu avoir dans l'affaire les arrêts d'autres cours et tribunaux de la région qui avaient été évalués positivement dans des déclarations publiques de l'Observatoire Spécial, ainsi que la doctrine établie dans les rapports annuels de ce bureau. L'arrêt de la Cour Constitutionnelle est, dans ce sens, un exemple notable de la façon dont les tribunaux locaux peuvent jouer un rôle transcendantal dans la mise en place des standards interaméricain et, en particulier, du calendrier de l'hémisphère proposé par l'Observatoire Spécial dans son rapport annuel de 2008, largement cité par la Cour Constitutionnelle* »¹⁰⁵³.

Comme nous pouvons l'observer, l'unité dans l'un ou l'autre système de protection des droits de l'homme est complète en ce qui concerne l'acceptation de la « *exceptio veritatis* » quand il s'agit d'expressions ou de discours qui portent atteinte à un individu qui n'a pas de reconnaissance publique. Dans ce cas, cette « *exceptio veritatis* » implique que celui qui émet l'information, peut éviter une sanction pénale possible en utilisant la preuve ou l'évidence de ses déclarations. Au contraire, dans le cas des personnalités publiques, la doctrine de la « *actual malice* » s'applique et conduit l'individu présumé lésé par le discours, à prouver la mauvaise foi ou la mauvaise intention de celui qui l'a émis.

¹⁰⁵³ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, in « Informe Anual de la CIDH (2009), OEA/ser. L/V/II, Doc. 51, 30 décembre 2009, p. 389.

§ 2: Les similitudes probatoires : la distinction entre les opinions et les déclarations factuelles

Il existe dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour IDH une position commune devant la façon de déterminer si les discours émis sont des déclarations factuelles ou des jugements de valeur. Cette détermination est fondamentale afin de clarifier si l'on est devant une diffamation qui limite la liberté d'expression ou si, au contraire, on se trouve devant l'exercice légitime de ce droit. Cette dissociation est essentielle car le jugement de proportionnalité effectué par le juge international des droits de l'homme, qui permet de limiter matériellement la marge nationale d'appréciation, prend en compte le discours concret, comme nous avons pu l'observer dans l'étude comparative de la jurisprudence de la liberté d'expression confrontée à la réputation des personnes.

Du point de vue du système européen, la Cour EDH a maintenu dans sa jurisprudence constante, que devant les faits il est possible de prouver leur matérialité, alors que les jugements de valeur ne peuvent être démontrés. Elle a ainsi signalé que : « (...) *Si la matérialité des faits peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. L'exigence voulant que soit établie la vérité de jugements de valeur est irréalisable et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10. Toutefois, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive* »¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴ Cour EDH, Affaire Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, § 46, l'affaire Prager et Oberschlick c. Autriche, arrêt du 23 mai 1991, § 63, l'affaire Jerusalem c. Autriche, arrêt du 27 février 2001, § 43, l'affaire Pedersen et Baadsgaard, arrêt du 22 novembre 2001 § 76 et l'Affaire *Feldek c. Slovaquie*, arrêt 12 juillet 2001 §§ 75-76 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Cette position générale de la jurisprudence européenne ne s'applique pas dans les affaires Grinberg contre Russie¹⁰⁵⁵ et Goreslishvili contre Géorgie¹⁰⁵⁶, qui sont des pays où le respect de la liberté d'expression est précaire¹⁰⁵⁷.

Cette distinction a à son tour été reprise par la Cour IDH dans sa jurisprudence Kimel contre Argentine en mettant l'accent sur le fait que : « *Les opinions portées par M. Kimel ne peuvent être considérées comme ni vraies ni fausses. En tant que telle, l'opinion ne peut faire l'objet de sanctions, d'autant plus quand il s'agit d'un jugement de valeur sur un acte officiel d'un fonctionnaire public dans l'exercice de sa fonction. En principe, la vérité ou la fausseté s'applique uniquement à des faits. Par conséquent la preuve sur des jugements de valeur ne peut être soumise à des obligations de véracité* »¹⁰⁵⁸.

Plus tard, la Cour IDH dans l'affaire Tristan Donoso contre Panama a proposé une variante de la distinction entre les déclarations factuelles et les jugements de valeur. Concrètement dans l'affaire, la Cour a considéré que les discours prononcés par l'avocat Donoso contre le Procureur pour des interceptions téléphoniques ne constituaient pas une opinion mais une affirmation des faits. La Cour IDH a rappelé que : « *en principe une affirmation vraie sur un fait dans le cas d'un fonctionnaire public sur un sujet d'intérêt public devient une expression protégée par la Convention américaine* ». Elle a ensuite ajouté : « *cependant, la situation est différente quand on se retrouve devant une inexactitude qui est accusée de porter atteinte à l'honneur* ».

Les distinctions admises par la jurisprudence permettent à la Cour IDH tout comme à la Cour EDH ainsi qu'aux tribunaux constitutionnels, comme nous l'avons observé dans le cas colombien, de définir des standards ou des

¹⁰⁵⁵ Cour EDH, Affaire Grinberg c. Russie, arrêt du 21 janvier 2005 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁵⁶ Cour EDH, Affaire Goreslishvili c. Géorgie, arrêt du 5 juin 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁵⁷ F. SUDRE, J-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET « Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme, 5^e édition, Paris, Puf, 2009, p.619.

¹⁰⁵⁸ Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentine, arrêt du 2 mai 2008, §93 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>.

règles pour l'analyse des discours émis. Cette méthodologie d'approche et d'appropriation des discours permet que les jugements de proportionnalité ne soient pas restreints à une analyse nettement théorique, mais plutôt pragmatique et concrète. Déterminer si l'on se trouve devant un jugement de valeur ou une déclaration factuelle est un fait déterminant pour appréhender un discours. On vient ensuite à déterminer le destinataire, point que nous avons observé dans l'étude de la jurisprudence effectuée dans la première section de ce chapitre.

Ainsi dans l'affaire *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July contre France*¹⁰⁵⁹, la Cour EDH a déterminé que même si un roman « *Le procès contre Jean-Marie Le Pen* » ne pouvait être analysé comme un jugement de valeur ou une déclaration factuelle, il utilisait dans le cas concret des noms de personnes existantes qui accomplissaient les mêmes rôles publics que dans la réalité. De cette coïncidence il découle clairement que trois apartés du livre étaient des déclarations factuelles qui devaient être prouvées, ce qui n'a pas été fait.

Un autre exemple tiré de la jurisprudence européenne est la retentissante affaire *Pedersen et Baadsgaard contre Danemark*¹⁰⁶⁰ où les journalistes avaient attribué au commissaire principal de police la responsabilité d'avoir conduit de façon erronée l'enquête sur un homicide. Pour la Cour EDH, les déclarations des journalistes étaient des déclarations factuelles et par conséquent devaient être prouvées ce qui démontrerait la bonne foi des journalistes. Cette situation s'aggrave concrètement dans l'affaire en sachant que l'émission était transmise à la télévision. Enfin, comme les faits ne purent être prouvés, l'État n'avait pas outrepassé ses obligations internationales en les sanctionnant pour diffamation dans l'ordonnancement interne.

¹⁰⁵⁹ Cour EDH, Affaire *Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France*, arrêt du 23 octobre 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁶⁰ Cour EDH, Affaire, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, arrêt du 17 décembre 2004 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Dans le système interaméricain reprenons l'affaire Tristan Donoso contre Panama¹⁰⁶¹ où un avocat attribue la responsabilité d'écoutes téléphoniques à un procureur. Dans cette affaire, la Cour IDH a reconnu que la déclaration faite par l'avocat faisait référence à des faits ponctuels, ce qui donnerait à penser que la sanction pénale prise par la justice panaméenne était juste. Néanmoins, le tribunal a constaté que l'avocat avait proféré ces déclarations de bonne foi et à l'appui d'une information sérieuse.

Enfin, nous pouvons étudier l'affaire Uson Ramirez contre Venezuela¹⁰⁶² où la Cour IDH a condamné cet État pour violation de la liberté d'expression d'un ancien général vénézuélien. Dans cette affaire, le tribunal a signalé que c'est à l'État de présenter la preuve puisque c'est lui qui a formulé l'accusation. Ponctuellement dans cette affaire, M. Uson avait exprimé une opinion en donnant aux autorités du Fuerte Mara une action de « préméditation » dans l'usage d'un lance-flamme. Cette opinion était conditionnée à une constatation. Pour la Cour IDH : « *Une opinion conditionnée de cette façon ne peut être soumise à des exigences de véracité. Dans ce sens, le tribunal interaméricain a indiqué que M. Uson Ramirez ne présentait pas le dol spécifique de vouloir injurier, offenser ou mépriser, puisque s'il avait voulu le faire, il n'aurait pas présenté son opinion de cette façon* »¹⁰⁶³.

En résumé, dans le système interaméricain comme dans le système européen, ce mécanisme de distinction des discours a été accepté dans le but d'exiger ou non à l'émetteur une preuve déterminée. Le Professeur Flauss souligne à ce sujet que : « *le choix de la qualification est déterminant du point de vue de la protection accordée aux propos exprimés : en clair, le jugement de valeur profitera d'une protection très large, quasi absolue, pour autant*

¹⁰⁶¹ Cour IDH, Affaire Tristán Donoso c. Panamá, arrêt du 27 janvier 2009 § 124-129 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰⁶² Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Venezuela, arrêt du 2009 § 73 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

¹⁰⁶³ Cour IDH, Affaire Usón Ramírez c. Venezuela, arrêt du 2009 § 84 in <http://www.Couridh.or.cr/casos.cfm>

cependant que l'opinion émise ne soit pas dépourvue de toute base factuelle et qu'elle ait été formulée de bonne foi »¹⁰⁶⁴.

Cette façon d'aborder les discours permet de déterminer les niveaux de protection exercés par les Cours régionales des droits de l'homme sur la liberté d'expression. Cependant dans le système interaméricain, la personne lésée doit prouver la mauvaise foi de l'émetteur de la déclaration factuelle, en tenant compte de la doctrine de la « *actual malice* ». Cette circonstance marque une différence entre les systèmes européen et américain, du fait que cette doctrine qui est apparue dans le contexte nord-américain, ne s'est pas étendue au système européen sauf quelques cas exceptionnels.

¹⁰⁶⁴ J-F. FLAUSS, La Cour Européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression in « La liberté d'expression aux États Unis et en Europe », op.cit., 104

Chapitre II : Les tensions entre les intérêts juridiquement protégés et les intérêts abstraits dans la liberté d'expression

Le chapitre suivant établira les tensions entre les intérêts juridiquement protégés dans la liberté d'expression et les intérêts abstraits défendus par l'État dans les instruments internationaux. Ces intérêts abstraits se fondent expressément sur les articles 13 de la CADH et 10 de la CEDH. Dans la CADH ils proviennent du point b) du paragraphe 2 de l'article 13 où figurent la sécurité nationale, l'ordre public, la santé et la morale publique. L'article 10 de la CEDH mentionne la sécurité nationale, l'intégrité du territoire, la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention du délit, la protection de la santé ou de la morale, la réputation d'autrui et les droits annexes.

Dans une première section nous aborderons les tensions entre la liberté d'expression et les intérêts abstraits de l'État comme l'ordre public, la sécurité nationale ou l'intégrité du territoire. La deuxième section traitera quant à elle des tensions avec les conceptions religieuses et la morale publique. Avec cette analyse nous nous proposons de déterminer le niveau de protection des tribunaux devant ce droit et ainsi détecter dans des cas concrets la limite de la marge nationale d'appréciation.

Section I : Les tensions entre la liberté d'expression et les limites générales de ce droit

La liberté d'expression en tant que droit consacré dans la CEDH et la CIDH admet des limites comme nous avons pu l'observer dans la première partie de cette thèse. L'ordre public et la sécurité nationale sont des principes qui témoignent de la capacité d'autodétermination de l'État et par conséquent sont limités par la Cour EDH ou par la Cour IDH. Ces limitations sont naturelles dans la mesure où l'État cherche à se préserver en tant qu'entité abstraite et permanente. Ces actions de limitation doivent reposer sur le principe de proportionnalité. Ainsi, dans le cas où la décision interne qui touche la liberté d'expression est remise en question sur le plan international, en établissant la subsidiarité procédurale et ensuite la subsidiarité matérielle, des tribunaux détermineront si elles ont été disproportionnées.

En tenant compte de ceci, nous procéderons à une analyse comparative de jurisprudence de la Cour EDH et IDH dans le but de déterminer le niveau de protection de la liberté d'expression devant cette valeur spécifique. Nous aborderons la jurisprudence dans trois dimensions. La première se référera aux discours émis sur la sécurité nationale et l'ordre public. La deuxième retiendra les discours qui sont en relation avec l'impartialité et l'autorité judiciaire. Enfin la troisième abordera les discours qui engagent l'intégrité du territoire.

§ 1 : La balance entre la liberté d'expression, l'ordre public et la sécurité nationale

La sécurité nationale ainsi que l'ordre public peuvent être utilisés par l'État comme une sorte de clause de limitation des droits fondamentaux. La liberté d'expression dans le système interaméricain ainsi que dans le système européen ont connu des limitations par le biais de ces deux conditions, qui résultent des tensions qui apparaissent dans son exercice. L'utilisation des

deux prérogatives doit s'effectuer conformément au principe de proportionnalité.

Pour préciser ces concepts, la sécurité nationale peut être définie comme l'existence de conditions adaptées et effectives dans la vie paisible des habitants d'une société. La faculté de protection de cette sécurité nationale est à la charge de l'État dont la fonction repose en général sur la protection des droits de l'homme des habitants de cet État. Kristicevic, Vivanco, Mendez et Potter ont démontré comment cette sécurité nationale dans le cadre de l'analyse des deux systèmes de protection des droits de l'homme, doit se soumettre à des limites spécifiques, soit : un temps limité et l'existence de circonstances spécifiques clairement définies et établies¹⁰⁶⁵.

Quant à l'ordre public il est utile de l'aborder à travers la définition présentée par le professeur Wachsmann qui signale que l'ordre public peut se définir « *comme l'ensemble des valeurs dont les pouvoirs publics jugent nécessaire d'imposer le respect à un moment déterminé* »¹⁰⁶⁶. Cette définition coïncide avec la portée que lui a donnée la Cour IDH qui a indiqué que l'ordre public se caractérise par « *les conditions qui assurent le fonctionnement harmonieux et normal des institutions sur la base d'un système cohérent de valeurs et de principes* ».

À propos de son utilisation il indique que « *l'ordre public ne peut être invoqué pour supprimer un droit garanti par la Convention, pour lui enlever sa nature ou pour le priver de contenu réel. Si ce concept est invoqué comme fondement de limitations des droits de l'homme, il doit être interprété de façon à s'en tenir strictement aux justes exigences d'une société démocratique, qui tienne compte de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, et la nécessité de préserver l'objectif et le but de la Convention Américaine* ».

¹⁰⁶⁵ V. KRSTICEVIC, J.M VIVANCO, J. MENDEZ Y D. POTTER « Libertad de expresión y seguridad nacional en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (IIDH) in « Estudios básicos de derechos humanos », Tomo X, San José (CR), Instituto Interamericano de derechos humanos, 1998, p. 92.

¹⁰⁶⁶ P. WACHSMANN, , Libertés publiques, Dalloz, Paris, 6 édition, 2009, p.64.

Pour aborder ces limitations, il est nécessaire d'étudier la liberté d'expression à partir de deux dimensions -*active et passive de l'émetteur*-. La dimension active a trait à la capacité de l'émetteur d'émettre l'information, la communication ou les idées sur des affaires de caractère public, alors que la deuxième dimension est en relation avec la capacité de la société ou d'un émetteur d'exiger une information publique de l'État. Cette dimension active de la liberté d'expression a eu un rôle jurisprudentiel dans le système interaméricain et européen –*la Com IDH tout comme la Cour EDH*-, ce qui a permis d'aborder les tensions qui apparaissent quand on effectue un rapport avec ses valeurs générales comprises dans l'article 13 de la CADH.

Dans tous les cas, un doute a sans exception existé quand l'État invoque des raisons d'intérêt national ou d'ordre public pour empêcher l'émission d'information. Ces actions de l'État se sont matérialisées de deux façons. La première est constituée par la censure et la seconde par l'imposition de sanctions par le biais de la formule de responsabilités ultérieures envisagée dans l'article 13 de la CADH.

Quant à la censure, la Com IDH a considéré dans l'affaire Clark contre la Grenade¹⁰⁶⁷ que cet État avait censuré irrégulièrement une série de livres, saisis à l'aéroport central de cet État. La violation de l'article 13 s'est matérialisée par la réalisation d'actes de confiscation et d'interdiction de livres violant ainsi le double droit à recevoir et à diffuser de l'information à « toute personne », tant au sein qu'en dehors de la communauté, sans distinction de frontières. Nous trouvons aussi dans ce sens, le rapport de la CIDH¹⁰⁶⁸ qui condamne l'État du Chili pour avoir censuré de façon préalable, acte qui est interdit par l'article 13 de la CADH, toutes les fois qu'il a ordonné l'interdiction de la distribution et de la circulation du livre intitulé « Impunité diplomatique »

¹⁰⁶⁷ Com IDH, Rapport No.2/96, Clark c. Grenade du 1er mars 1996 in <http://www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.grenada10.325.htm>. Dans ce cas, l'État de la Grenade saisit à l'aéroport principal du pays plusieurs livres traitant de l'indépendance de la Grenade et des mouvements de libéralisation et de révolution envoyés depuis les États-Unis, en prétextant la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé et de la morale publique. Les pétitionnaires signalent que cette saisie constitue un viol du droit à la liberté de diffuser de l'information par l'écrit, en plus de constituer une limitation grave du droit de la société à être informée.

¹⁰⁶⁸ Com IDH, Rapport No. 11/96, cas 11,230, Martorell c. Chili, 3 mai 1996 <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Chile11230.htm>.

écrit par Francisco Martorell et qui narre les circonstances qui ont conduit au départ de l'ex ambassadeur argentin au Chili, Oscar Spinosa Melo. Dans l'affaire, Medina Charry contre Colombie¹⁰⁶⁹, la CIDH a statué dans le même sens et condamne l'État Colombien car des membres de la force publique ont arrêté la victime parce qu'elle possédait des copies d'un journal communiste. En suivant une position restrictive face à l'État, la Com IDH a considéré dans l'affaire Alejandra Matus contre le Chili¹⁰⁷⁰ qu'il s'agissait d'une censure directe parce que la journaliste n'a pas pu publier son texte "*El libro negro de la justicia chilena*" où elle présentait une critique acerbe de la corruption du pouvoir judiciaire au Chili dans les années 90. La Com IDH a retenu que la libre circulation de l'information, des idées, des opinions ou des expressions artistiques dans les médias ou sous toute autre forme n'a besoin d'aucune autorisation préalable des autorités de l'État. La censure préalable suppose le contrôle et le veto de l'expression avant qu'elle ne soit diffusée, en empêchant l'individu, dont l'expression a été censurée, ainsi que toute la société, d'exercer son droit à l'information¹⁰⁷¹. Dans une autre affaire, celle de Gómez Lopez contre Guatemala¹⁰⁷², la Com IDH a considéré que soustraire et saisir du matériel d'information et tenter de neutraliser sa diffusion par la mort et la poursuite de l'individu qui l'a obtenue constitue une violation du droit à la liberté d'expression et de pensée.

¹⁰⁶⁹ Com IDH, Rapport No. 3/98, cas 11,121, Tarcisio Medina c. Colombie, 7 avril 1998 in <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Colombia11.221.htm>.

¹⁰⁷⁰ Com IDH, Rapport No.90/05, cas 12,142, Matus c. Chili, 24 Octobre 2005 in <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm>. Au point de départ de cette affaire, la journaliste Matus Acuña publia son livre "*El libro negro de la justicia chilena*" le 13 avril 1999, le jour même le Ministre de la Cour Suprême chilienne présente des actions en justice contre l'auteur et la maison d'Édition en raison de la publication du livre sous le couvert de la loi 12.927 art. 6 b) et 16 sous la seule figure de la sécurité d'État. Le jour même, la circulation, la commercialisation et la réédition du livre sont interdites. Face à l'ampleur des mesures prises, Mme Matus Acuña sort du pays par peur d'être détenue. Le 16 juin 1999 les directeurs de la maison d'édition Planeta sont détenus pour avoir permis la publication du document correspondant, puis libérés deux jours plus tard et absous de toutes les accusations. Un mandat d'arrêt est lancé le 10 novembre 2000 contre l'auteur du livre.

Le 18 mai 2001 la loi 19.733 a été adoptée au Chili et a abrogé entre autres l'art. 6 et 16 de la loi de sécurité d'État; grâce à cela le mandat d'arrêt a été annulé le 6 juillet 2001 et l'interdiction de son livre a été levée le 19 octobre de la même année.

¹⁰⁷¹ Com IDH, Rapport No.90/05, Matus c. Chili, du 24 Octobre 2005, § 33, 34, 35 et 36 in <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm>.

¹⁰⁷² Com IDH, rapport No. 29/06, Gomez Lopez c. Guatemala, du 16 Octobre 1996, in <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Guatemala11303.htm>. Dans ce cas, les forces militaires lui ont saisi son appareil photo et plusieurs équipements de tournage, à chaque fois que les images montraient les conditions d'une communauté de résistants dans le département de Quiché au Guatemala. Les films montraient les harcèlements de l'Armée dont étaient victimes les membres de cette communauté.

La Cour IDH a maintenu cette orientation dans l'affaire Palamara contre Chili¹⁰⁷³ en précisant que : « La retenue et la saisie d'exemplaires, des originaux et des supports magnétiques, est une modalité de censure préalable incompatible avec le droit à la liberté d'expression et de pensée ». Cette position finale de la Cour IDH montre l'étroite marge d'appréciation laissée par les organes du système aux États latino-américains pour une éventuelle justification de la censure pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale.

Quant aux sanctions ultérieures des Etats face à un discours qui aurait abordé des sujets de sécurité nationale ou d'ordre public, remarquons l'affaire Radio Nanduti¹⁰⁷⁴ où la Com IDH a déclaré responsable l'État du Paraguay pour la pression exercée contre une station de radio qui diffusait de la propagande politique de partis politiques non autorisés par le gouvernement. Dans ce sens, considérons l'affaire Uson Ramirez contre Venezuela où le tribunal interaméricain a condamné cet État pour la violation de la liberté d'expression d'un général à la retraite qui après une entrevue a été accusé et condamné pour diffamation contre « l'honneur ou la réputation des forces armées du Venezuela ». Cet arrêt montre comment l'Etat a utilisé des catégories juridiques qui appartiennent à des personnes physiques pour imposer des sanctions qui se fondent sur des principes généraux comme « l'honneur de l'État » avec lequel il travestit l'État de droit et le régime des droits et des garanties consacrés dans la CADH.

Pour la Cour IDH, « (...) *M. Uson Ramirez ne présentait pas le dol spécifique de vouloir injurier, offenser ou mépriser, puisque s'il avait voulu le faire, il n'aurait pas présenté son opinion de cette façon. Un raisonnement contraire,*

¹⁰⁷³ Cour IDH, Palamara Iribarne contre Chili, arrêt du 22 Novembre 2005. Dans cette affaire l'officier de l'armée à la retraite Humberto Palamara Iribarne qui était fonctionnaire civil de cette institution a écrit un livre intitulé *"ética y servicios de inteligencia"*. L'État chilien en utilisant une norme empêchant la publication d'information critique ou qui exposerait des secrets ou des documents confidentiels sur les forces armées chiliennes, interdit la publicité et la mise en vente du livre. Après la publication du livre, la Marine a intenté plusieurs procès pénal et civil pour outrage, désobéissance et manquement au devoir militaire, conduisant à la condamnation de l'accusé et l'obligeant à remettre toutes les copies de la publication, les textes originaux écrits ainsi que les bandes d'enregistrement in http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.doc.

¹⁰⁷⁴ Com IDH, Rapport 14/87 Radio Nanduti c. Paraguay, du 28 mars 1987, in <http://www.cidh.org/Default.htm>

c'est-à-dire, établir des sanctions disproportionnées pour donner des opinions sur un fait d'intérêt public illicite présumé qui met en cause les institutions militaires et ses membres, ce qui envisage ainsi une protection plus importante et automatique de l'honneur ou de la réputation de ceux-ci, sans considération de la plus importante protection due à l'exercice de la liberté d'expression dans une société démocratique, est incompatible avec l'article 13 de la Convention Américaine ». Au vu de ce qui précède, pour les instances du système interaméricain, les discours qui ont trait à l'ordre public ou à la sécurité nationale doivent être strictement protégés et toute restriction doit répondre à une analyse de proportionnalité.

Dans le système européen il n'existe aucune distinction entre la censure préalable ou l'imposition de sanctions engageant une responsabilité ultérieure, puisque l'article 10 de la CEDH ne prévoit pas cette première option. Dans cet ordre d'idées, la Cour EDH a plusieurs fois abordé cette sorte de discours. Sa jurisprudence, contrairement à ce que l'on observe dans le système interaméricain, a été beaucoup plus tolérante avec les États, leur laissant une grande marge d'appréciation, permettant même l'application de la censure préalable quand certains sujets d'intérêt public sont abordés. Cette position se comprend dans la mesure où il n'existe aucune prohibition formelle de la censure dans l'article 10 de la CEDH. Cependant, la jurisprudence ainsi que la doctrine spécialisée¹⁰⁷⁵ a conclu que la censure n'est possible que dans les cas des discours non protégés et non dans les discours qui abordent des sujets d'intérêt général et public.

En ce qui concerne la sécurité nationale, dans l'affaire *Sunday Times*¹⁰⁷⁶ et *Observer Guardian contre Royaume-Uni*¹⁰⁷⁷, le tribunal a considéré que

¹⁰⁷⁵ Voir, J-F FLAUSS, , *La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression*, P. 97-137, in « *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, 2008, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p.532-546, et J-F RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007, entre autres.

¹⁰⁷⁶ Voir, P, F DUFFY, « *The Sunday Times case : Freedom of expression, Contempt of court and European Court Human Rights*, *The Human Rights Review*, 1980, Vol V, 1980, pp. 17-53

¹⁰⁷⁷ Cour EDH, *Affaire Sunday Times et Guardian c. Royaume Uni*, 5 Octobre, 1989. Les faits sont les suivants : D. Peter Wright était un agent à la retraite des services de sécurité anglais, qui a publié un livre intitulé "*Spycatcher*" dans lequel il racontait des supposées actions illégales de cet organisme dans toute l'Angleterre. Précédemment, des fragments du texte avaient été publiés dans différents médias, comme la radio, la presse et la télévision. A l'occasion de la publication du livre l'*Attorney*

l'ingérence ne poursuivait pas un but légitime qui visait à garantir l'autorité du pouvoir judiciaire et à protéger la sécurité nationale. Trois ans plus tard, le Tribunal Européen contrairement à une précédente orientation jurisprudentielle, a concédé une large marge d'appréciation à l'Autriche¹⁰⁷⁸, en considérant que la répression de la distribution de tracts qui critiquaient la politique de défense de l'État autrichien était en accord avec l'article 10 de la CEDH et, par conséquent, a conclu que l'ingérence de l'État dans l'exercice de ce droit avait été adéquate.

Dans le cas d'opinions politiques contre l'État remarquons l'affaire Castells contre Espagne¹⁰⁷⁹ où la Cour EDH a considéré que cet État avait violé la liberté d'expression de ce parlementaire en le condamnant pour injure en raison de critiques contre le gouvernement. Le tribunal a considéré que la décision n'avait pas été proportionnelle et que les mesures prises contre ce parlementaire n'étaient pas nécessaires pour l'existence d'une société démocratique.

En ce qui concerne la liberté d'expression sur des sujets militaires, la Cour EDH a considéré dans l'affaire Hadjianastassiou contre la Grèce¹⁰⁸⁰, qu'une sanction, même s'agissant d'une peine de prison, contre un militaire pour avoir révélé des secrets militaires n'était pas disproportionnée, ce qui permet de vérifier que la marge d'appréciation en Europe est plus large. Trois ans plus tard, la Cour EDH¹⁰⁸¹ a déterminé que les Pays-Bas avaient violé l'article 10 en confisquant l'hebdomadaire Bluff qui comprenait un rapport sur la

General d'Angleterre et du Pays de Galles ont engagé un recours auprès des autorités australiennes afin d'empêcher la publication du texte. Cependant, les autorités ont autorisé la vente de ces mémoires. Plus tard, plusieurs journaux Européens et du Royaume Uni ont publié des extraits du texte conduisant à un procès des autorités anglaises (pour les journaux anglais qui avaient participé) in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁷⁸ Cour EDH, Affaire Chorherr c. l'Autriche, arrêt du 23 Aout, 1993 in www.echr.coe.int/echr/http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Chorherr%20%20AUTRICHE&sessionid=15466903&skin=hudoc-fr

¹⁰⁷⁹ Cour EDH, Affaire Castells c. Espagne, arrêt du 23 avril 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁰⁸⁰ Cour EDH, Affaire Hadjianastassiou c. la Grèce, 16 décembre, 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Hadjianastassiou%20%20GR%20C8CE&sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>

¹⁰⁸¹ Cour EDH, Affaire Vereniging Weekblad Bluf c Pays Bas, 9 février, 1995 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Vereniging%20%20Weekblad%20%20Bluf%20%20PAYS-BAS&sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>

sécurité du pays dans la mesure où l'information contenue dans ce rapport était de caractère général. En 1999, la Cour EDH a condamné la Turquie¹⁰⁸² pour avoir confisqué l'édition de la revue *Haberde Yorumda Gerçek* qui avait publié un entretien avec le chef du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) en expliquant que la action de l'État n'était pas nécessaire dans l'État démocratique.

En ce qui concerne les déclarations de fonctionnaires publics remarquons l'affaire Vogt contre Allemagne¹⁰⁸³ où la Cour EDH a condamné ce pays pour avoir renvoyé du service public la professeur d'allemand et de français Mme Vogt en raison de ses actions politiques pour le parti communiste, et pour cette raison, ne pas avoir respecté l'obligation de loyauté envers l'État allemand. Le tribunal a considéré la décision disproportionnée du fait que le travail du professeur était sa seule profession, et a en outre jugé les motifs insuffisants pour justifier d'une ingérence de ce genre dans la liberté d'expression du professeur puisque ses activités politiques n'avaient pas un lien de causalité avec ses fonctions d'enseignante.

Dans une décision d'inadmissibilité Brind contre Royaume-Uni, la Com EDH a considéré que la liberté d'expression des personnes appartenant à des groupes terroristes ou en marge de la loi ne pouvait être restreinte, selon l'existence d'une norme qui oblige les médias à ne pas diffuser de déclarations qui émanent de personnes réputées appartenir à des organisations terroristes. La Com EDH assure :

« La Commission observe que l'ampleur de l'ingérence est restreinte en l'espèce.

Bien que les directives aient des répercussions sur la façon dont les requérants accomplissent leurs fonctions, ces directives n'ont aucune incidence sur les propos qui peuvent être formulés à la radio ou à la télévision ni sur les images qui peuvent être montrées.

¹⁰⁸² Cour EDH, Affaire Surek et Ozdemir, 8 juillet, 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=15543735&skin=hudoc-fr&action=request>

¹⁰⁸³ Cour EDH, Affaire Vogt c. Allemagne, arrêt du 26 septembre 1995 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

La Commission reconnaît les inconvénients pour les journalistes de devoir utiliser la voix d'un acteur pour diffuser certaines interviews, et admet que les raisons du maintien en vigueur des directives ne sont pas aisément évidentes, étant donné qu'elles semblent avoir des incidences très restreintes sur les informations accessibles au public »¹⁰⁸⁴.

Cette dernière position a été prise en compte par la Cour EDH dans l'affaire Medya FM Radio contre la Turquie¹⁰⁸⁵ qui considère que l'État turc n'avait pas violé la liberté d'expression en sanctionnant la *Radyo Televizyon Üst Kurulu* pour émettre des messages¹⁰⁸⁶ qui attaquaient la sécurité de l'État, la défense de l'ordre et de l'ordre public. Pour la Cour EDH, ces expressions portent atteinte à l'esprit de tolérance et aux valeurs fondamentales de justice et de paix consacrées dans le préambule de la CEDH.

¹⁰⁸⁴ Com EDH, 18714/91 Décision du 9 mai 1994, Brind et autres c/Royaume-Uni, D.R. 77, p. 42 (interdiction de diffuser à la télévision des entretiens en direct ou des déclarations formulées par des personnes exprimant clairement leur appui à des organisations liées à Sinn Fein); irrecevabilité reconnue.

¹⁰⁸⁵ Cour EDH, Affaire Medya FM Radio c. Turquie, arrêt du 16 novembre 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Medya%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52300024&skin=hudoc-fr>

¹⁰⁸⁶ Parmi les messages remarquons les suivants : « Hé l'enfant, ramasse le ballon, les pierres. Épuise ta colère grâce aux pierres. Sais-tu pourquoi tu dois accumuler ta colère ? Tu as vu les ruines de ton village. Réunis ta colère en secret. Que ta colère devienne le coup de poing. Que le coup de poing devienne la révolte. Amasse la révolte, accumule la révolte. Que la révolte devienne la révolution. » Le deuxième message disait : Tu es encore beau Kurdistan car tu es le pays de Şeyh Said, Saidi Nursi et Ahmet Xani. Au cours de l'histoire, les cruels ne t'ont pas laissé goûter au bonheur. Tu es encore beau Kurdistan. Tu es beau avec tes adolescents loyaux qui escaladent les montagnes et qui ont à la main une kalachnikov, dans la paume de l'argent. Ayez honte les cruels, ayez honte de votre oppression. Ceux qui deviennent animaux tant ils tuent, qui courent de grade en grade, qui s'étonnent eux mêmes de ce qu'ils font, ayez honte ». Le troisième : « Hé le musulman, ressaisis-toi. Allez ma sœur musulmane et mon frère musulman, notre cause nous attend. La cause supérieure de l'islam. Cette cause qui va effacer les larmes de l'opprimé est mon droit, ton droit, son droit, le droit de ceux qui se disent musulmans. Pour cette cause, que des milliers de vies, de têtes soient sacrifiées. Cette lutte est une lutte de sang pour le sang. Les opprimés demanderont des comptes ; dans chaque larme versée, les cruels se noieront. » Et le dernier : « Nous sommes des êtres humains, musulmans, et ils font ça en raison de notre croyance. C'est une attaque, un empêchement à l'ordre donné par Dieu. Aujourd'hui, il y a un affrontement qui va de la tête jusqu'au point le plus profond du système. Le procureur général près la Cour de cassation, Vural Savaş, ayant constaté les interdictions en vigueur insuffisantes, demande de nouvelles interdictions dans la loi pénale concernant la liberté de la presse et d'autres libertés. Aujourd'hui, un de nos journaux donnait en manchette : « Voilà l'ultimatum de guerre ». Il est vrai que ceci était un ultimatum de guerre. La solution est peut-être dans la suppression du MGK (Conseil national de Sécurité). De toute manière, ils l'ont rendu dangereux. Ceux qui se taisent devant une injustice, ceux qui acceptent l'injustice, perdent leur honneur. (...) Le Yemeni est un voile traditionnel, le foulard un drapeau ; dans cette lutte de sang pour le sang, dent pour dent, les opprimés demanderont des comptes ; dans chaque larme versée, les cruels se noieront », in Corte EDH, Affaire Medya FM Radio c. Turquie, arrêt du 16 novembre 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Medya%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52300024&skin=hudoc-fr>

En résumé, la Cour a laissé à l'État une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la sécurité nationale, en spécifiant que l'affaire censurée doit porter préjudice à la sécurité de l'État de façon spécifique et détaillée. Une censure qui ne respecterait pas ces mesures porterait atteinte à la CEDH.

Quant à la dimension passive renvoyant au droit d'exiger l'accès à l'information publique, que ce soit pour les journalistes ou pour la société en général, les tribunaux se sont également prononcés en indiquant que ce discours doit être protégé et ne peut faire l'objet de censure d'aucune sorte. Dans ce sens, il est important de mettre l'accent sur le fait que dans de nombreux cas les États tant en Amérique qu'en Europe n'acceptent pas de livrer l'information publique. Ce refus se présente dans deux sens. Le premier fait référence de façon spécifique au fait que l'État refuse de donner l'information publique qu'il possède à toute personne qui la sollicite. Le deuxième fait référence à l'action de l'État qui empêche qu'une information publique soit connue par la société. Les Cours des deux continents se sont prononcées sur chacun de ces aspects.

Sur le premier cas de figure, la Cour IDH dans l'affaire Claude Reyes contre Chili a considéré que la société civile a droit sans restriction à l'information publique. Dans ce sens, elle avertit que « au sujet de la violation du droit à la liberté d'expression et de pensée, l'information provenant de l'État est d'accès public sans aucun besoin de démarches préalables, afin qu'elle soit connue de toute la société et qu'elle assure ainsi la cohérence des actions de l'État. Cet accès peut seulement être restreint par la limitation légale préalable de ces données au profit de l'intérêt public. L'accès à l'information de l'État est important pour la consolidation de la démocratie, car il permet la transparence et la responsabilité des actions gouvernementales, et permet la participation active des citoyens »¹⁰⁸⁷. Dans le cas examiné, l'État chilien n'a pas expliqué la raison pour laquelle l'information demandée par la société Terram sur l'investissement étranger était réservée, ce qui justifie l'engagement de sa responsabilité internationale.

¹⁰⁸⁷ Cour IDH, Affaire Claude Reyes et autres contre Chili, arrêt du 19 septembre, 2006 in <http://www.corteidh.or.cr/>

Sur le deuxième cas de figure, la Com IDH s'est prononcée dans plusieurs affaires comme Bustios et Rojas contre Pérou¹⁰⁸⁸, en indiquant que le refus d'information publique délivrée aux journalistes était une action de censure contre la société, supposant que les victimes de cette censure n'ont pas pu chercher, couvrir et diffuser l'information sur des faits publics. Elle s'est prononcée dans le même sens dans l'affaire Felix Miranda contre Mexique¹⁰⁸⁹ où la victime, étant alors directeur adjoint de l'hebdomadaire Zeta, dans lequel il écrivait une colonne intitulée "Un poco de algo", a été assassinée pour avoir dénoncé des actes de corruption au sein de l'État. Après que la Com IDH ait rassemblé les preuves, elle est arrivée à la conclusion que sa mort a été provoquée par des agents de l'État qui cherchaient à « le faire taire ». Cette série de faits qui recouvrent non seulement la violation de la liberté de pensée et d'expression, mais qui met également en cause des violations du droit à la vie, ont été retenus par la Com IDH comme une censure dans la mesure où ils empêchent la société d'être libre. Dans l'affaire Oropeza contre Mexique¹⁰⁹⁰ les faits se sont présentés de façon semblable,

¹⁰⁸⁸ Com IDH, Rapport N° 38/97 Hugo Bustíos Saavedra, Cas 10.548 (Pérou). Dans ce cas les journalistes Bustios Saavedra et Rojas Arce réalisaient une enquête sur la mort de deux paysans apparemment aux mains des forces militaires péruviennes. Ils se sont alors déplacés vers le hameau où les faits ont eu lieu et se sont vu refuser l'accès par les militaires de garde. Ils ont obtenu auprès du bataillon de la zone l'accès au lieu du crime pour couvrir l'information. Alors que les journalistes s'y dirigeaient ils ont été attaqués par des individus en civil masqués qui n'ont pas écouté les cris des deux journalistes qui cherchaient à s'identifier en tant que correspondants de leurs journaux respectifs. Pendant l'attaque Mr. Bustios Saavedra a été blessé à côté du véhicule alors que Mr. Rojas Arce a réussi à s'échapper avant d'être atteint par les balles. Un des hommes masqués s'est approché de Mr. Bustios, l'a exécuté puis l'a immolé, in <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Peru10.548.htm>

¹⁰⁸⁹ Com IDH, Rapport No. 50/ 99, Héctor Félix Miranda c. Mexique). Le 20 avril 1988 le journaliste Héctor Félix Miranda a été assassiné dans la ville de Tijuana au Mexique. Ce jour-là, le journaliste conduisait son automobile en direction de son travail, l'hebdomadaire Zeta, quand il a commencé à être poursuivi par deux véhicules. Un individu est descendu d'un des véhicules et lui a tiré dessus à bout portant avec un fusil de calibre 12, le tuant sur le coup. Victoriano Medina Moreno, ancien policier judiciaire de l'État de Basse Californie et son chef, Antonio Vera Palestina, responsable de la sécurité de l'hippodrome Agua Caliente de Tijuana ont été accusés et condamnés en tant qu'auteurs matériels du crime.

M. Héctor Félix Miranda était directeur adjoint de l'hebdomadaire Zeta, dans lequel il écrivait une colonne intitulée "Un poco de algo" contenant des indiscrétions du milieu politique et des commentaires sarcastiques sur des fonctionnaires du gouvernement. Les requérants considèrent que son assassinat est en relation directe avec la publication de sa colonne, et ont donc demandé qu'une enquête soit ouverte pour rechercher l'auteur intellectuel des faits. Dans ce sens, la demande met en avant que le jour du crime, Vera Palestina avait reçu l'équivalent de 10 000 dollars, fait qui n'a fait l'objet d'aucune enquête de la part des organes judiciaires de l'État. L'enquête sur l'assassinat est encore ouverte à ce jour afin de déterminer l'auteur intellectuel mais les requérants dénoncent que le fait que cette enquête soit paralysée depuis longtemps en raison du manque de volonté de l'État mexicain, in <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.739.htm>.

¹⁰⁹⁰ Com IDH, Rapport No.130/99, Victor Oropeza c. Mexique, du 19 Novembre 1999 in <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Mexico11.740.htm>

pour finir par la mort du journaliste Victor Manuel Oropeza qui dirigeait une colonne d'opinion dans laquelle il présentait des dénonciations contre les forces de police de la ville de Juarez¹⁰⁹¹, leurs liens avec les narcotrafiquants de la zone et leur inaction face aux meurtres qui se produisaient dans la zone.

Le consensus de l'OEA sur l'accès à l'information a été unanime, c'est ainsi que la Résolution du 3 juin 2006 de l'Assemblée Générale a « instamment prié les États de respecter et de faire respecter l'accès à l'information publique pour tous et à promouvoir l'adoption de dispositions législatives ou de tout autre sorte qui soient nécessaires pour le garantir et en assurer l'application effective »¹⁰⁹². Dans le même sens, la Constitution Démocratique Interaméricaine¹⁰⁹³ promeut la transparence et la participation des citoyens comme une condition nécessaire pour le plein exercice de la démocratie et son effectivité ». La Déclaration de Nuevo León, adoptée en 2004, établit que les États doivent compter sur les cadres juridiques et normatifs, ainsi que sur les structures et les conditions nécessaires pour garantir aux citoyens le droit d'accès à l'information »¹⁰⁹⁴.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation No.582 a été adoptée le 23 janvier 1970 par une partie de l'Assemblée Parlementaire et présente le droit à la liberté d'information de tout citoyen¹⁰⁹⁵. D'autres Déclarations ont ensuite été votées et ont signalé que les autorités devaient permettre l'accès

¹⁰⁹¹ Sur ce sujet voir le rapport de la CIDH « La situación de los derechos de la mujer en ciudad juarez (Mexico): El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, 7 mars 2003 in <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm>. L'affaire de la Cour IDH, « Campo Algodonero c. Mexique, arrêt du 18 novembre 2009. Dans le domaine littéraire, voir « La parte de los crímenes » dans le roman de l'écrivain décédé Roberto Bolaño, « 2666 », Editorial Anagrama, 2004, pp. 441-793.

¹⁰⁹² Résolution AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) du 6 juin 2006 sur « Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia », point de résolution 2.

¹⁰⁹³ Constitution Démocratique Interaméricaine approuvée par l'Assemblée Générale de l'OEA le 11 septembre 2001 lors de la Vingt Huitième Période Extraordinaire de Session qui a eu lieu à Lima, Pérou. La Constitution démocratique est un traité à la lumière de la Convention de Vienne de 1969.

¹⁰⁹⁴ Déclaration de Nuevo León, approuvée le 13 janvier 2004 par les Chefs d'État et de Gouvernement des Amériques, lors du Sommet extraordinaire des Amériques, qui a eu lieu dans la ville de Monterrey, État de Nuevo León, Mexique.

¹⁰⁹⁵ Recommandation N° 582 adoptée le 23 janvier 1970 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

à l'information à tout citoyen dans les limites du raisonnable et qu'un système d'information¹⁰⁹⁶ devrait être créé.

Le Comité des Ministres a adopté en 1982 une « Déclaration sur la liberté d'expression et d'information », dans laquelle il exprimait l'objectif de rechercher une politique de mise à disposition de l'information dans le secteur public¹⁰⁹⁷. En 1998, la « Convention sur l'accès à l'information, la participation du public dans la prise de décision et l'accès à la justice dans des affaires d'environnement » a été adoptée. Quatre ans plus tard, « le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a émis une recommandation sur le droit d'accès à des documents officiels qui se trouvent entre les mains des autorités publiques¹⁰⁹⁸, et dans le principe IV il établit les exceptions possibles, tout en signalant que « ces restrictions devront être exposées de façon précise par la loi, être nécessaires dans une société démocratique et être proportionnelles à l'objectif de protection »¹⁰⁹⁹.

La Cour EDH a considéré que la transparence de l'État envers ses citoyens promeut la responsabilité des fonctionnaires pour les actes de gestion publique¹¹⁰⁰. En résumé, tant en Amérique qu'en Europe, l'information est essentielle à la construction du processus démocratique. De la même façon, nous devons comprendre qu'en Europe la dimension de sa protection a été abordée sous différents aspects, sans que ne se représente un cas d'engagement de la responsabilité de l'État causée par le meurtre d'un

¹⁰⁹⁶ Résolution N° 428 adoptée le 23 janvier 1970 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe et la Résolution N° 854 adoptée le 1er février 1979 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, qui a recommandé au Comité des Ministres "d'inviter les États membres qui ne l'aurait pas encore fait à introduire un système de liberté d'information" (*traduction non officielle*), qui comprenne le droit à chercher et à recevoir l'information des agences et des départements du gouvernement; et la Directive 2003/4/CE du Parlement Européen et du Conseil du 28 janvier 2003 au sujet de l'accès du public à l'information sur l'environnement.

¹⁰⁹⁷ Déclaration sur la liberté d'expression et d'information adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 29 avril 1982.

¹⁰⁹⁸ Recommandation N° R (2002)2, adoptée le 21 février 2002.

¹⁰⁹⁹ À ce sujet, voir l'arrêt de la Cour IDH, Claude Reyes c Chile, du 19 septembre 2006, qui parle de cette évolution de la réglementation, § 79-81 in <http://www.corteidh.or.cr/>.

¹¹⁰⁰ Cour EDH, Affaire Feldek v. Slovakia, arrêt du 12 Juillet 2001, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Feldek%20%20SLOVAQUIE&sessionId=15546237&skin=hudoc-fr> p. 83, et Surek and Ozdemir v. Turquie, Pag. 60 arrêts du 8 Juillet 1999, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Surek%20%20et%20%20Ozdemir%20%20TURQUIE&sessionId=15543735&skin=hudoc-fr>.

citoyen qui ne peut obtenir cette information. Dans ce sens, les tribunaux ont été les garants de la prohibition de la censure, défendant ainsi la dimension sociale de la liberté d'expression garantissant que les citoyens soient informés.

L'examen de la jurisprudence tant en Amérique qu'en Europe nous conduit à conclure que la Cour IDH a été beaucoup plus stricte en ce qui concerne la justification invoquée par les États se rapportant à la sécurité nationale. Cela se vérifie en ce que l'observatoire de la liberté d'expression¹¹⁰¹ de la Com IDH a signalé que : « *la Cour et la Commission interaméricaine ont soutenu de façon répétée que le test de nécessité des limitations doit être appliqué de façon plus stricte à chaque fois qu'il s'agit d'expressions en relation avec l'État, sur des affaires d'intérêt public, de fonctionnaires publics en exercice de leurs fonctions ou de candidats destinés à occuper des postes publics, ou de particuliers volontairement engagés dans des affaires publiques, ainsi que le discours et le débat politiques* »¹¹⁰². Ce test n'est rien d'autre que l'évaluation du principe de nécessité de la limitation imposé sur le discours, que traduit la liberté d'expression.

§ 2 : La balance entre la liberté d'expression et la défense de l'impartialité de l'autorité judiciaire

L'impartialité de la justice a constitué un des éléments que les Etats ont utilisé pour limiter la liberté d'expression. Cette notion a été abordée par la Cour EDH à de nombreuses reprises à propos de différentes atteintes à la liberté d'expression, mais non par la Cour IDH. C'est donc l'approche développée dans le système européen qui nous retiendra dans ce paragraphe.

¹¹⁰¹ Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la CIDH, 2008, §. 144 in www.cidh.org.

¹¹⁰² Cour IDH. Affaire Ivcher Bronstein, arrêt du 6 février 2001, Affaire Herrera Ulloa, arrêt du 2 juillet 2004, Affaire Ricardo Canese, arrêt du 31 août 2004, Affaire Palamara Iribarne, arrêt du 22 novembre 2005, Cour IDH, Affaire Eduardo Kimel, arrêt du 2 mai 2008 in <http://www.corteidh.or.cr/>. Voir aussi Com IDH, Rapport Annuel 1994. Chapitre V: Rapport sur la compatibilité entre les lois d'outrage et la Convention Américaine sur les droits de l'homme, entre autres, cité dans le Rapport de l'Observatoire de la liberté d'expression de la Com IDH, 2008, p. 144 in www.cidh.org.

Les discours qui ont été contesté par l'État prétendant qu'ils entrent en tension avec l'intérêt public, sont ceux qui font référence à la dignité du pouvoir judiciaire.

Dans le système européen, la Cour EDH s'est prononcée à plusieurs reprises. Le premier arrêt de principe a été rendu dans l'affaire *Sunday Times* où le tribunal européen a condamné le Royaume-Uni¹¹⁰³ pour avoir violé la liberté d'expression du journal « *Sunday Times* » car ce journal a publié une dénonciation contre l'entreprise « *Distillers Compagny* » qui commercialise des sédatifs pour les femmes, réalisés à base de « *thalidomide* » qui, quand ils étaient prescrits à des femmes enceintes, produisait des effets nocifs comme des malformations dans les nœuvres. Face à cette dénonciation, la Divisional Court de la Queen's Bench Division a demandé au journal de ne publier aucune nouvelle sorte d'information en vertu de la théorie de la « *Contempt of Court* » qui empêche la publication de toute information qui soit en relation avec une procédure judiciaire en cours. Il existait à ce moment une procédure légale contre l'entreprise. La raison de l'intervention judiciaire a eu comme fondement pour le Royaume-Uni la protection de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Cour EDH a considéré que les mesures prises n'étaient pas compatibles avec une société démocratique et que malgré les raisons de contrôle du droit invoquées par les autorités britanniques, elles n'étaient pas suffisantes et nécessaires pour empêcher l'exercice de la liberté d'expression.

Plus tard, la Cour EDH a changé d'orientation avec l'affaire *Worm* contre Autriche dans laquelle l'État autrichien n'a pas été condamné pour avoir violé la liberté d'expression d'un journaliste qui avait publié un article prenant parti dans une affaire judiciaire en cours. Dans l'affaire, la Cour EDH a conclu que les déclarations du journaliste avaient dépassé les limites de l'administration de la justice Elle a dans ce sens rappelé que « *le pouvoir national*

¹¹⁰³ Cour EDH, Affaire *Sunday Times* c. Royaume Uni, arrêt du 26 avril 1979 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 § 2. En ce qui concerne la notion « d'autorité et d'impartialité du pouvoir judiciaire », la Cour a déjà relevé son caractère objectif et le fait qu'en la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Sunday Times (n°1) précité, p. 36, § 59). Cela ne veut pas dire qu'une uniformité absolue s'impose : comme les Etats contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées, la Cour ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs (ibidem, pp. 37-38, § 61). Dès lors, la Cour ne saurait dire que la condamnation du requérant fût contraire à l'article 10 de la Convention du simple fait qu'elle n'aurait peut-être pas été prononcée dans le cadre d'un autre système juridique »¹¹⁰⁴.

Ultérieurement, l'affaire Radio Hele Norge contre Norvège¹¹⁰⁵ a permis à la Cour EDH de confirmer l'argumentation avancée dans l'arrêt Worm contre Autriche en reconnaissant une importante marge d'appréciation à l'État dans la mesure où elle a considéré qu'il avait la possibilité d'empêcher la diffusion en direct d'une procédure judiciaire ; pour cette raison cette circonstance empêche la bonne administration de la justice. Cet arrêt s'explique selon le professeur Levinet en raison de l'absence de consensus en Europe sur ce mode de protection de l'autorité judiciaire¹¹⁰⁶.

Une deuxième ligne d'expression est celle qui concerne les déclarations des avocats dans les tribunaux ou au sujet des procédures qu'ils défendent. Dans cette affaire la Cour EDH a été unanime pour reconnaître une importante marge d'appréciation à l'État comme le montrent les solutions adoptées dans deux de ses arrêts de principe. Dans l'affaire Schopfer contre Suisse, la Cour

¹¹⁰⁴ Cour EDH, Affaire Worm c. Autriche, arrêt du 29 août 1997, § 49 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Worm%20%7C%20AUTRICHE&sessionid=52283761&skin=hudoc-fr>

¹¹⁰⁵ Cour EDH, Affaire Radio Hele Norge c. Norvège, arrêt du 6 mai 2003 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹¹⁰⁶ F. SUDRE, J-P- MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE ET M. LEVINET, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, op.cit., p. 617.

EDH n'a pas condamné l'État pour avoir violé la liberté d'expression en considérant que les mesures prises contre l'avocat M.S ont été nécessaires et suffisantes et se justifiaient dans l'existence d'une société démocratique en tenant compte du fait que le juriste avait réalisé une conférence de presse en dénonçant des comportements de corruption contre son client. L'État a jugé que la conduite de l'avocat avait porté atteinte au principe d'impartialité de la justice. La Cour EDH a indiqué sur ce sujet : « (...) que l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public (arrêt *De Haes et Gijssels contre la Belgique* du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-I*, p. 234, § 37). Eu égard au rôle clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci »¹¹⁰⁷.

On signalera en deuxième lieu l'affaire Lindner contre Allemagne où la Cour EDH a confirmé son arrêt précédent, et rappelé aux avocats que même s'ils bénéficient de la liberté d'expression dans le fonctionnement de la justice, elle ne peut dépasser les limites qui permettent de préserver le bon fonctionnement de celle-ci. En résumé, la liberté d'expression des avocats est, pour reprendre les mots du professeur Renucci, une liberté de second rang¹¹⁰⁸ qui doit être compatible avec le service public de la justice.

Ces deux arrêts révèlent que le principe d'impartialité de l'autorité judiciaire est protégé de façon stricte par la Cour EDH et que la détermination du test de proportionnalité privilégie le principe démocratique sous l'angle de l'exigence de respectabilité des institutions qui représentent l'État. Cette vision de la Cour EDH permet de conclure que les marges d'appréciation des Etats sur ce sujet sont une conséquence de convergence qui existe entre le tribunal et les Etats en vertu du dialogue qui existe entre l'ordre interne et le juge international.

¹¹⁰⁷ Cour EDH, Affaire Schopfer c. Suisse, arrêt du 20 mai 1998, § 29 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Schopfer%20%7C%20SUISSE&sessionId=52286928&skin=hudoc-fr>

¹¹⁰⁸ J-F. RENUCCI, *Traité de droit Européen des droits de l'homme*, op.cit., p.188.

§ 3 : La balance entre la liberté d'expression et l'intégrité du territoire

Comme précédemment pour l'impartialité de l'autorité judiciaire, la Cour IDH ne s'est pas prononcée sur ce point en tenant compte du fait qu'il n'existe pas de menaces séparatistes dans la région. Au contraire, il est nécessaire d'indiquer que la Cour EDH a développé un important travail d'interprétation autour de cette thématique, particulièrement avec la situation de la Turquie, pays assiégé d'un côté par un courant théocratique qui prétend modifier sa structure laïque, et par conséquent attaquer la notion de société démocratique, déterminée par son caractère pluraliste, tolérant et d'ouverture d'esprit, et de l'autre, par des groupes séparatistes kurdes qui prétendent construire un nouvel Etat se détachant du territoire turc. A partir de ces deux variantes, la Cour EDH a pris plusieurs arrêts. Nous exposerons les arrêts de principe déterminant s'il existe une plus grande ou une moindre marge d'appréciation. Si par rapport à la première variante, la Cour EDH s'est prononcée au regard de la protection du droit d'association, ceci n'empêche pas d'intégrer les effets des arrêts dans le but de comprendre la position de la Cour sur la portée de l'intégrité du territoire et de la démocratie. Cette symbiose dans une conception élargie de la liberté d'expression est si évidente que la Cour EDH l'explique en déclarant que : « *la protection des opinions et de la liberté de les exprimer au sens de l'article 10 de la Convention constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée par l'article 11* »¹¹⁰⁹.

En ce qui concerne les secteurs islamiques, qui appartiennent en grande partie au gouvernement turc, la Cour EDH a eu l'opportunité de se prononcer dans l'affaire Refah Partisi contre la Turquie¹¹¹⁰ ou le tribunal a considéré que cet État n'avait pas violé la liberté d'association du parti politique « Refah

¹¹⁰⁹ Cour EDH, Affaire Refah Partisi c. Turquie, arrêt du 13 février 2003, § 89 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Refah%20%7C%20partisi%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52296493&skin=hudoc-fr>.

¹¹¹⁰ Cour EDH, Affaire Refah Partisi c. Turquie, arrêt du 13 février 2003 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Refah%20%7C%20partisi%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52296493&skin=hudoc-fr>.

Partisi » quand la Cour Constitutionnelle l'a dissout car ses membres avaient manifesté le besoin de construire en Turquie un système multijuridique dont l'islam faisait parti. Cette proposition avait pour but l'idée d'instaurer la charia¹¹¹¹. La Cour EDH a été emphatique en donnant la possibilité à l'État turc de contrôler ces attaques contre l'État démocratique. Elle a également considéré que : « *les mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux ont pu par le passé s'emparer du pouvoir politique dans certains Etats, et ont eu la possibilité d'établir le modèle de société qu'ils envisageaient. Elle considère que chaque Etat contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique* ». Elle poursuit en disant que : « *le régime théocratique islamique a déjà été imposé dans l'histoire du droit ottoman. La Turquie, lors de la liquidation de l'ancien régime théocratique et lors de la fondation du régime républicain, a opté pour une vision de la laïcité confinant l'Islam et les autres religions à la sphère de la pratique religieuse privée. Rappelant l'importance du respect du principe de la laïcité en Turquie pour la survie du régime démocratique, la Cour considère que la Cour constitutionnelle avait raison lorsqu'elle estimait que le programme du Refah visant à établir la charia était incompatible avec la démocratie* »¹¹¹². Sur la formule d'un Etat multijuridique, la Cour a indiqué que « *la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction. La liberté de conclure des contrats ne saurait empiéter sur le rôle de l'Etat consistant à organiser d'une façon neutre et impartiale l'exercice des religions, cultes et*

¹¹¹¹ Cette affaire diffère de l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998) où la Cour EDH a condamné la Turquie pour la violation de la liberté d'association pour avoir annulé la personnalité juridique du parti communiste, la tribunal a rappelé aux turcs que les partis politiques permettent le bon fonctionnement de la démocratie qui est sans aucun doute l'élément fondamental de l'ordre public européen. Dans cette affaire, le parti communiste faisait partie de l'engrenage démocratique du pays et ne remettait pas en cause les fondements de l'Etat de droit, dans l'affaire du Refah Partisi la situation était radicalement différente.

¹¹¹² Cour EDH, Affaire Refah Partisi c. Turquie, arrêt du 13 février 2003, § 124-125 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Refah%20%7C%20partisi%20%7C%20TURQUIE&sessionId=52296493&skin=hudoc-fr>.

croyances »¹¹¹³.

La jurisprudence dégagée dans cet arrêt de principe de la Cour EDH a été utilisée dans la décision d'inadmissibilité prise dans l'affaire Kalifatstaat contre Allemagne¹¹¹⁴ dans laquelle un citoyen turc résidant dans ce pays, a été condamné par la justice allemande, du fait qu'il proclamait l'instauration d'un régime islamique mondial fondé sur la charia, ce qui allait à l'encontre des fondements de l'existence de la République allemande. La Cour EDH a considéré que ces manifestations étaient contraires à l'existence d'une société démocratique et de l'esprit de pluralisme, de tolérance, et d'ouverture d'esprit qui définit cette société.

Devant les aspirations séparatistes des kurdes, on notera que la Cour EDH a condamné la Turquie à de nombreuses occasions comme nous le verrons *infra* pour la violation de la liberté d'expression contre des écrivains ou des poètes qui s'expriment en langue kurde. Cette jurisprudence n'est pas applicable dans ce cas car c'est le principe d'intégrité du territoire qui est en jeu dans cette section, c'est-à-dire, la protection du territoire en tant qu'élément de l'État moderne. Dans ce sens, la Cour EDH s'est prononcée dans deux affaires emblématiques. La première, Zana contre Turquie¹¹¹⁵ où le tribunal européen a reconnu à l'État turc une importante marge d'appréciation, comme il l'avait fait sept ans auparavant à l'Allemagne¹¹¹⁶, en tenant compte de la sanction imposée contre un membre arrêté appartenant au groupe terroriste séparatiste PKK (*Parti des travailleurs du Kurdistan*) qui avait concédé une entrevue en faisant la promotion de la séparation du

¹¹¹³ Cour EDH, Affaire Refah Partisi c. Turquie, arrêt du 13 février 2003, § 128 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Refah%20%7C%20partisi%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52296493&skin=hudoc-fr>.

¹¹¹⁴ Cour EDH, Affaire Kalifatstaat c. Allemagne, arrêt de recevabilité du 11 décembre 2006 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kalifatstaat%20%7C%20ALLEMAGNE&sessionid=52301748&skin=hudoc-fr>

¹¹¹⁵ Cour EDH, Affaire Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=zana%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52296493&skin=hudoc-fr>.

¹¹¹⁶ Voir, Cour EDH, Affaire Hogefeld c. Allemagne, arrêt du 20 janvier 2000 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

territoire de son pays¹¹¹⁷. Dans cette affaire, la Cour EDH a considéré que les déclarations de Zana aggravaient la situation de conflit dans la région et attisaient la violence. Dans cette affaire, le tribunal a déterminé que la sanction imposée contre Zana était justifiée, appropriée et était légitimée par un « *besoin social impérieux* » pour préserver la société démocratique.

Dans un second cas d'espèce, dans l'affaire Surek contre Turquie¹¹¹⁸, la Cour, en confirmant sa jurisprudence « Zana », s'est abstenue de condamner ce pays pour une violation de la liberté d'expression en considérant que les sanctions prises contre un journaliste étaient suffisantes, appropriées et nécessaires pour préserver l'État démocratique, surtout dans une situation de tension générale. L'action de la justice turque a eu pour objet la sanction d'un journaliste qui avait écrit deux lettres dans le journal « *Haberde Yorumda Gerçek* » où il dénonçait l'État turc pour la violation des droits de l'homme contre son peuple dans le sud-est du pays et invitait à la rébellion et à la libération du joug turc¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Il a indiqué dans l'entrevue « Je soutiens le mouvement de libération nationale du PKK ; en revanche, je ne suis pas en faveur des massacres. Tout le monde peut commettre des erreurs et c'est par erreur que le PKK tue des femmes et des enfants. (...) ».

¹¹¹⁸ Cour EDH, Affaire Surek c. Turquie, arrêt du 8 juillet 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=surek%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52292224&skin=hudoc-fr>.

¹¹¹⁹ Les lettres disaient: « *Les armes ne peuvent rien contre la liberté face à l'escalade de la guerre de libération nationale au Kurdistan, l'armée turque fasciste continue les bombardements. Le « massacre de Şırnak », révélé par les journalistes de Gerçek à leurs dépens, en est un autre exemple concret survenu cette semaine. Les brutalités qui ont lieu au Kurdistan sont en fait les pires de ces dernières années. Les massacres perpétrés à Halepçe, au Sud du Kurdistan, par l'administration réactionnaire BAAS se produisent maintenant au Nord du Kurdistan. Şırnak en est une preuve concrète. En se livrant à des provocations au Kurdistan, la République de Turquie allait au-devant d'un massacre. Il y a eu de nombreux morts. Au bout de trois jours d'un assaut mené avec des chars, des obus et des bombes, Şırnak était rayé de la carte.*

Toute la presse bourgeoise a écrit sur le carnage. Comme elle l'a dit, beaucoup de questions restent effectivement sans réponse. En tout cas, l'attaque de Şırnak est l'action la plus efficace de la campagne menée dans toute la Turquie pour supprimer les Kurdes. Le fascisme n'en restera pas là ; il y aura encore beaucoup de Şırnak.

Mais la lutte de notre peuple pour la libération nationale au Kurdistan a atteint un stade où elle ne peut plus être enrayée par les massacres, les chars et les obus. Chaque attaque lancée par la République de Turquie pour éliminer les Kurdes amplifie la lutte pour la liberté. La bourgeoisie et la presse à sa botte, laquelle dénonce tous les jours les brutalités commises en Bosnie-Herzégovine, ne voient pas celles qui se produisent au Kurdistan. Bien sûr, on peut difficilement attendre des fascistes réactionnaires qui appellent à l'arrêt des brutalités en Bosnie-Herzégovine qu'ils fassent la même chose pour le Kurdistan.

Le peuple kurde, arraché à ses foyers et à sa terre natale, n'a plus rien à perdre, mais beaucoup à gagner. »

Le deuxième document dit: b) « C'est notre faute

La bande d'assassins de la République de Turquie continue à sévir (...) sous couvert de « protéger la République de Turquie ». Mais au fur et à mesure que les gens prennent conscience de ce qui se passe et apprennent à défendre leurs droits, et que l'idée que « ce qu'on ne nous donne pas, nous

En contrepoint de cette ligne jurisprudentielle laissant à l'État une importante marge d'appréciation, remarquons l'affaire Odabaşı et Niyazi Koçak contre Turquie dans laquelle la Cour EDH limite cette marge d'appréciation quand elle sanctionne des personnes pour avoir réalisé des interprétations de l'histoire nationale qui ne reflètent pas le point de vue de l'histoire officielle du pays, tout en offensant les symboles de la patrie, en particulier l'hymne national. De façon ponctuelle, les écrivains MM. Odabaşı et Niyazi Koçak ont publié un livre intitulé « *Düş ve Yaşam* (Le rêve et la vie) » dans lequel ils attaquent l'idéologie d'Ataturk, le père de la Turquie moderne. A ce sujet la Cour EDH a indiqué : « *En l'occurrence, la Cour ne peut négliger qu'Atatürk, père fondateur de la Turquie, est une figure emblématique de la Turquie moderne. En sanctionnant les requérants, les autorités turques ont voulu agir pour empêcher que la société turque, attachée à cette figure, ne se sente attaquée dans ses sentiments de manière injustifiée. Cependant, lorsque l'on examine les affirmations litigieuses dans leur ensemble, force est de constater qu'elles ne visaient pas directement et personnellement Atatürk, mais l'idéologie « kémaliste ». Dès lors, la Cour observe que les requérants n'ont pas porté de jugement de valeur et se sont contentés de relater certains faits sous la forme introductive, invitant le lecteur, et plus précisément la gauche turque, à y répondre. Quant à la pertinence des faits relatés dans l'ouvrage, la Cour note que l'auteur se fondait sur des informations déjà communiquées à un large public et que le défaut de mention de ses sources*

le prendrons par la force » prend forme dans leur esprit et acquiert de jour en jour plus de force – tant qu'il en est ainsi, les meurtres vont à l'évidence aussi se poursuivre (...) en commençant bien sûr par ceux qui ont mis ces idées dans la tête des gens – selon les généraux, les assassins à la solde de l'impérialisme et, selon les Turgut, Süleyman et Bülent nantis et arrogants (...) D'où les événements du 12 mars, ceux du 12 septembre (...) D'où les exécutions, les emprisonnements, les gens condamnés à des peines de 300 ou 400 ans. D'où les gens torturés jusqu'à ce que mort s'ensuive « afin de protéger la République de Turquie ». D'où les Mazlum Doğan exterminés dans la prison de Diyarbakır (...) D'où les révolutionnaires récemment assassinés officiellement (...) La bande d'assassins de la TC continue – et continuera – ses meurtres. Parce que le réveil du peuple est comme une irrésistible vague d'enthousiasme (...) D'où Zonguldak, les ouvriers municipaux, les employés du service public (...) D'où le Kurdistan. Les « bandes de criminels » peuvent-elles arrêter cette vague ? Certains, en voyant le titre de cette lettre, doivent se demander quel peut bien en être le rapport avec le texte.

Les « assassins engagés » par l'impérialisme, c'est-à-dire les auteurs du coup d'Etat du 12 septembre, et leurs successeurs d'hier et d'aujourd'hui, ceux qui recherchent encore la « démocratie », qui ont pris part dans le passé d'une manière ou d'une autre à la lutte pour la démocratie et la liberté, qui critiquent maintenant sous cape ou ouvertement leurs actions passées, qui embrouillent les masses et présentent le système parlementaire et l'état de droit comme la planche de salut, donnent le feu vert aux exactions de la bande d'assassins de la TC.

n'est pas de nature à mettre en doute leur pertinence »¹¹²⁰. Dans cette d'appréciation on retrouve l'affaire *Kommersant Moldovy contre Moldavie*¹¹²¹ dans laquelle la Cour EDH a condamné cet Etat pour avoir sanctionné un journal coupable d'avoir publié une série d'articles. Dans la procédure, la Cour EDH a considéré que l'État n'avait pas prouvé le lien de causalité entre le contenu des articles et la sanction de l'État fondée sur le danger d'atteinte au territoire de l'État. Pour la Cour EDH, l'Etat devait préciser ces circonstances pour justifier l'existence d'un « *besoin social impérieux* » qui justifierait une mesure de contrôle.

En résumé, la Cour EDH concède une importante marge d'appréciation quand l'expression tend à se référer à l'intégrité du territoire de l'État. Cet aspect limitatif de la liberté doit être appliqué en utilisant le principe de proportionnalité et en répondant aux critères développés dans cette thèse. La limitation de la liberté d'expression doit s'appliquer quand le principe démocratique est remis en cause et met en danger l'équilibre de l'État de droit. On signalera que la marge d'appréciation de l'État a connu certaines précisions résultant des arrêts *Odabaşı* et *Niyazi Koçak* contre Turquie et *Kommersant Moldovy* contre Moldavie qui ont permis de déterminer que l'État devait prouver quelles étaient les déclarations qui remettaient en question l'existence du territoire de l'État afin de déterminer leur suffisance et leur pertinence. Une fois que l'État aura établi cela, il sera possible de déterminer si les sanctions imposées étaient nécessaires pour l'existence d'une société démocratique et s'il existait une proportionnalité au sens concret conformément aux critères déjà étudiés. Ainsi, est mise en valeur une jurisprudence dégageant une importante marge d'appréciation de l'État sur ce point.

¹¹²⁰ Cour EDH, *Affaire Odabaşı et Niyazi Koçak c. Turquie*, arrêt du 3 juillet 2006, § 23 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ODABA%u015EI%20%7C%20ET%20%7C%20KO%7AK%20%7C%20TURQUIE&sessionid=52301748&skin=hudoc-fr>.

¹¹²¹ Corte EDH, *Affaire Kommersant Moldovy c. Moldova*, arrêt du 9 janvier 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Section II : Les tensions entre la liberté d'expression, les conceptions religieuses et la morale publique

Nous diviserons ici l'analyse en deux parties. La première traitera de la tension qui existe entre la liberté d'expression et les conceptions religieuses, alors que la seconde abordera la tension qui existe entre l'exercice de la liberté d'expression et la morale publique. Il est nécessaire de tenir compte du fait que l'on se réfère au comportement accepté dans une société à un moment déterminé dans le temps. Cette notion est en soi difficile à uniformiser, et pourrait à notre avis se matérialiser à travers la construction de deux conceptions qui entrent en conflit quand elles sont mises en contact avec la liberté d'expression : le respect sur la diversité sexuelle et des discours sur les minorités ou les sujets de protection spéciale. A partir de l'étude de ces tensions il sera possible de déterminer le niveau de protection de la liberté d'expression accordé par la Cour EDH et IDH ainsi que le niveau de la marge d'appréciation attribuable à l'État dans ces situations.

§ 1 : La liberté d'expression face aux conceptions religieuses

La liberté d'expression souffre de tensions permanentes avec la liberté de religion. Avant de les mettre en évidence il est nécessaire de définir la liberté de religion. Elle est conçue comme la capacité de toute personne à exprimer son consentement envers n'importe quelle religion, mouvement ou croyance religieuse¹¹²². Ce genre de manifestations externes comprend la pratique du culte, matérialisée par une série d'actes qui font vivre la liturgie. Sans rapport avec Dieu ou Dieux pour les religions polythéistes, il n'y a pas de culte, et par conséquent, il n'y a pas de relation de causalité entre le croyant, le culte et Dieu.

¹¹²² Sur ce point, il est nécessaire de prendre en compte que la religion ou les croyances religieuses n'ont pas une relation endogène avec la communauté, mais plutôt comme l'avance le professeur Jacques Fialaire dans son article « Droit et religions, carrefour des mutations sociales » qu'il est possible d'observer des influences des religions dans des sociétés laïques, Dans ce sens, la liberté de religion est reliée à des droits comme la liberté d'expression et la liberté d'association » Voir, J. FIALAIRE, L'exemple de la France, in : « Droit et cultes 2009 » Éds des PUAM, 2009.

La liberté de conscience religieuse consiste dans la faculté des personnes à discerner entre le bien et le mal. La liberté de religion implique qu'il est nécessaire de prendre en compte sa relation intrinsèque avec la liberté d'expression, ce qui présente des tensions multiples entre les deux droits¹¹²³. Le professeur Fialaire nous rappelle que « *si la liberté de religion ne serait rien sans la liberté de conscience, elle ne s'y laisse pas enfermer. En s'extériorisant, elle est en relation avec la liberté d'expression, ce qui ressort nettement des dispositions de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹¹²⁴.

Dans le système interaméricain, la position jurisprudentielle souligne que tout discours religieux est possible, alors que dans le système européen le tribunal a admis dans certains cas la censure, en privilégiant le droit d'une communauté religieuse à n'être pas critiquée. A notre avis, la nature de discours protégé doit être prépondérante dans les deux systèmes. L'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe a indiqué que « *la tension entre la liberté de religion et la liberté d'expression ne pouvait passer que par le rétablissement d'une censure, via la réinstauration du délit de blasphème* »¹¹²⁵. Une protection induite de cette liberté et un usage de la censure impliqueraient un fractionnement du tissu démocratique, alors que la liberté de pensée et d'expression joue un rôle essentiel dans la formation d'une société libre.

La jurisprudence de la Cour EDH a été beaucoup plus nourrie que celle de la Cour IDH. Dans l'affaire Windrove contre Royaume-Uni, le tribunal a donné son aval à la position assumée par cet État qui a permis qu'un film « Vision of Ecstasy » qui portait atteinte aux valeurs religieuses d'une communauté ne soit pas projeté et, pour cette raison, n'a pas violé la liberté de pensée et

¹¹²³ Ce point de rencontre entre la liberté de religion et la liberté d'expression est matérialisé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹¹²⁴ J. FIALAIRE, Droit et religion, carrefour des mutations sociales ?, *ibid.*, p. 7.

¹¹²⁵ Résolution présentée par la Commission de la culture, de la science et de l'éducation, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lors de sa séance du 28 juin, 2006- Liberté d'expression et respect des croyances religieuses, résolution 1510, 2006, cité par J. FIALAIRE, p. 8, « Droit et religions, carrefour des mutations sociales ? *ibidem*

d'expression¹¹²⁶. Dans une autre décision¹¹²⁷, elle a considéré que l'État autrichien n'avait pas violé la liberté de pensée et d'expression en empêchant la projection du film « Das Liebekonzil » de Werner Schroeter dans la ville d'Innsbruck en raison de son caractère nocif pour l'enfance et l'adolescence. Le moyen soulevé par l'autorité locale a été reçu par la Cour EDH dans la mesure où l'interdiction de la projection et la confiscation du film s'explique en raison de la campagne publicitaire qui avait porté atteinte aux principes religieux de la communauté.

Dans les affaires Murphy contre Irlande¹¹²⁸ et I.A. contre Turquie¹¹²⁹, la Cour EDH prend parti pour que les États bénéficient d'une importante marge d'appréciation en ce qui concerne la conception religieuse.

Dans l'affaire Murphy contre Irlande, la Cour EDH a considéré que l'État n'avait pas violé la liberté d'expression pour avoir empêché une émission religieuse sur une station de radio commerciale.

Dans l'emblématique affaire I.A. contre Turquie, la Cour EDH a estimé que l'État n'avait pas engagé sa responsabilité en sanctionnant une maison d'édition pour avoir publié un ouvrage qui diffamait et offensait la religion en général et l'islam en particulier. Effectivement, le livre interdit racontait les relations sexuelles présumées que le prophète Mahomet avait avec des animaux.

Ces arrêts confirment donc la tendance de la jurisprudence du tribunal européen dans laquelle le principe de neutralité et de laïcité de l'État est primordial ; d'où il découle que les États possèdent une importante marge

¹¹²⁶ Cour EDH, affaire Windrove contre le Royaume Uni, arrêt du 25 Novembre 2006, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>.

¹¹²⁷ Cour EDH, affaire Otto Premier Institut contre l'Autriche, arrêt du 20 septembre 2004, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>.

¹¹²⁸ Cour EDH, affaire Murphy contre l'Irlande, arrêt du 10 juillet 2003, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=15466903&skin=hudoc-fr>
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Murphy%20|%20IRLANDE&sessionid=15240014&skin=hudoc-fr>

¹¹²⁹ Cour EDH, affaire I.A. contre la Turquie, arrêt du 13 septembre 2005, in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=TURQUIE%20|%2010&sessionid=15240120&skin=hudoc-fr>.

d'appréciation devant les manifestations où les discours qui peuvent porter atteinte à l'équilibre entre les idées religieuses dans un Etat¹¹³⁰.

A titre d'exemple, on notera l'importante décision en droit interne qui a été prise en France dans l'affaire Charlie hebdo où le tribunal de grande instance¹¹³¹ a considéré que le fait d'avoir publié des caricatures satiriques du prophète Mahomet qui avaient auparavant été publiées par un journal danois, ne constituait pas une violation des conceptions religieuses d'un groupe déterminé puisque l'intention ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression. Comme le commente Michel Verpeaux : « (...) *pour relaxer Charlie Hebdo, le tribunal invoque le contexte de la publication. Il considère à cet égard qu'il n'est que la reproduction d'une caricature publiée par un journal danois. En outre, cette publication ne peut être regardée que comme participant à la réflexion dans le cadre d'un débat d'idées sur les dérives de certains tenants d'un islam intégriste ayant donné lieu à des débordements violents* »¹¹³².

Contrairement à l'architecture prévalant dans le système européen, la Cour IDH s'est prononcée dans l'affaire Olmedo Bustos (La Dernière Tentation du Christ¹¹³³) contre Chili¹¹³⁴ en considérant que « l'existence de normes constitutionnelles qui permettent la censure préalable de films viole le droit à la liberté d'expression et le devoir principal acquis par les États de respecter et d'adapter le droit interne aux dispositions de la Convention Américaine sur

¹¹³⁰ On remarquera parmi celles-ci les arrêts de principe suivants : Cour EDH, Affaire Leyla Sahin c. Turquie, arrêt 10 novembre 2005, l'affaire Ahmet Arslan c. Turquie, arrêt du 23 février 2010 sur l'interdiction de porter des tenues religieuses dans les lieux publics et l'affaire Lautsi c. Italie, arrêt du 3 novembre 2009 sur les crucifix dans les écoles (Voir AJDA, C. PAUTI 22 mars p. 563- 567).

¹¹³¹ Tribunal de Grande instance de Paris- TGI-, 17 chambre, arrêt du 22 mars 2007. Sur ce procès voir le film « C'est dur d'être aimé par des cons », 2009.

¹¹³² M. VERPEAUX, La liberté d'expression, Bruxelles, Editions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 191.

¹¹³³ Ce film raconte la vie de Jésus de Nazareth depuis une perspective différente de celle qui apparaît dans la Bible. Elle a été dirigée par le cinéaste nord-américain Martin Scorsese en 1988. Son adaptation a été tirée du livre de Nikos Kazantzakis.

¹¹³⁴ Cour IDH, Affaire Olmedo Bustos c. Chili, arrêt du 5 février 2001. En 1988 l'entreprise United International Pictures Ltda. présente devant le conseil de qualification cinématographique du Chili la demande de projection du film "la dernière tentation du christ". Le film a été interdit en première instance, puis autorisé après appel, aux plus de 18 ans. En 1997 plusieurs individus sont intervenus au nom de l'église catholique, et ont présenté un appel à l'encontre de la décision du conseil cinématographique afin d'interdire de façon définitive la projection du film, recours qui fut accepté et présenté devant la Cour Suprême de Justice du Chili. Cette même année une réforme constitutionnelle a été présentée visant à éliminer la censure cinématographique en vigueur, mais ne fut pas acceptée par le congrès, in http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc.

les droits de l'homme, car ces dispositions déterminent le fonctionnement des pouvoirs judiciaire, législatif et de l'exécutif en empêchant par action ou par omission d'éliminer de l'ordre national la législation contraire à la Convention ». Dans ce cas, la Cour IDH fonde clairement sa décision sur la notion de liberté¹¹³⁵. La cour n'accepte pas pour ce genre de situation la possibilité pour l'État d'invoquer une limitation, ce qui produirait en conséquence une marge d'appréciation plus importante que celle qui doit exister dans des situations analogues. Pour la Cour IDH, la liberté d'expression ne peut faire l'objet de censure préalable, mais de la mise en place de responsabilités ultérieures. Il faut ajouter que ces dernières, ne peuvent apparaître que dans le cadre des limites contenues dans l'article 13 de la CADH, ou en vertu d'un conflit de droits, qui suite à un jugement de proportionnalité conclut que la liberté d'expression doit céder devant un autre droit.

§ 2 : La liberté d'expression face à la morale

Nous aborderons en premier lieu la liberté d'expression au regard de l'existence de conceptions sexuelles et, en second lieu les expressions qui portent atteinte aux groupes minoritaires. Ces formulations sont le produit de l'œuvre de la jurisprudence des Cours régionales des droits de l'homme.

A) La liberté d'expression devant les conceptions sexuelles

La liberté d'expression entre en conflit avec des intérêts juridiquement protégés liées aux conceptions sexuelles. Ce genre de confrontations apparaît en présence d'expressions qui se réfèrent à un sujet de caractère sexuel. A ce sujet, les sanctions qui s'imposent à l'émetteur font l'objet d'un contrôle de proportionnalité qui observe le caractère approprié, nécessaire et proportionnel au sens strict dans l'existence d'une société démocratique.

¹¹³⁵ A.A. CANCADO TRINDADE, Aproximations and convergences in the case –law of the european and inter-american courts of human rights in « Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (G. COHEN-JONATHAN ET J-F- FLAUSS (DIR), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 125.

Cette situation n'est pas facile à déterminer. Néanmoins, son existence peut être établie au vu de la présence ou non des caractéristiques de cette société, c'est-à-dire, son caractère pluraliste, tolérant et d'ouverture d'esprit. Ces éléments devraient déterminer l'action des Cours régionales des droits de l'homme dans leur travail de protection.

La réalité a été toute autre. La Cour EDH a considéré dans l'affaire Handyside contre Royaume-Uni qu'il n'était pas possible de construire une définition précise de la morale, ce qui dès le début permet aux Etats selon la Cour de « *fixer chacun leur attitude à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs ; ils ont eu égard notamment aux différentes manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique* »¹¹³⁶. Cette porte ouverte de la Cour EDH pour une libre approche des Etats a permis dans un premier temps que ce tribunal considère dans certaines affaires, que l'État ne violait pas la liberté d'expression en sanctionnant des comportements qui, à son avis, ne reconnaissaient pas les valeurs d'une société, en visant concrètement la sexualité. Dans l'affaire en question Handyside contre Royaume-Uni, la Cour EDH a considéré que l'État n'avait pas violé la liberté d'expression en ordonnant de confisquer le livre pour enfants « Le Petit livre rouge à l'usage des écoliers » car il abordait des sujets comme la pornographie, l'homosexualité et l'avortement.

Dans l'affaire Muller contre la Suisse, la Cour EDH a considéré que l'État suisse n'avait pas violé la liberté d'expression de l'artiste à qui l'on avait confisqué ses toiles, car elles représentaient des personnes ayant des relations sexuelles avec des animaux, ce qui portait atteinte à la morale suisse sur ce sujet. Pour la Cour EDH « *les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années. Ayant examiné les toiles litigieuses, elle ne trouve pourtant pas déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour « de nature à blesser brutalement », par l'accent mis sur la sexualité*

¹¹³⁶ Corte EDH, Affaire Handyside c. Royaume Uni, arrêt du 7 décembre 1976, § 57 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

dans certaines de ses formes les plus crues, « la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale » (paragraphe 18 ci-dessus). Eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 § 2 (art. 10-2), ils étaient en droit d'estimer « nécessaire » à la protection de la morale d'infliger aux requérants une amende pour publication obscène »¹¹³⁷.

Plus tard, la Cour EDH a contrôlé cette marge d'appréciation reconnue de façon absolue à l'État dans l'affaire *Open Door et autre contre Irlande*¹¹³⁸ où elle a retenu la violation de la liberté d'expression de femmes qui avaient été sanctionnées pour avoir livré de l'information aux femmes souhaitant se faire avorter à l'étranger. La conception absolutiste dérivée de la morale irlandaise ne tenait compte ni de l'âge, ni de l'état de santé des intéressées, ni des raisons pour lesquelles les femmes désiraient avorter. Enfin, la Cour EDH a opéré un revirement de jurisprudence en condamnant l'État dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler contre Autriche*¹¹³⁹ où elle a considéré qu'une œuvre d'art montrant une peinture avec un collage de 34 personnalités publiques ayant des pratiques sexuelles était respectueux du pluralisme et de la tolérance dans une société démocratique.

Cette nouvelle inclinaison de la Cour EDH à contrôler la marge d'appréciation des Etats n'a pas pu être constatée dans la jurisprudence de la Cour IDH. Cependant, la Com IDH a rejoint dans plusieurs affaires le tribunal européen en protégeant non la liberté d'expression mais d'autres droits liés aux convictions sexuelles, à savoir le droit à l'intimité, à l'honneur et la dignité¹¹⁴⁰. Ces positions paraissent anticiper une nouvelle position de la Cour IDH dans

¹¹³⁷ Cour EDH, *Affaire Muller c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988 p. 36 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=muller%20%7C%20SUISSE&sessionid=52170858&skin=hudoc-fr>

¹¹³⁸ Cour EDH, *Affaire Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹¹³⁹ Cour EDH, *Affaire Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, arrêt du 25 janvier 2007. Sur cette décision voir la chronique de J - F- FLAUSS, *AJDA*, 2007, p. 909.

¹¹⁴⁰ Sur ce point on remarquera deux rapports de la Com IDH. Le premier contre la Colombie pour l'affaire de *Martha Lucia Alvarez Giraldo* (Com IDH, Rapport 71/99, *Martha Lucia Álvarez Giraldo c. Colombia*, du 4 mai 1999 et le deuxième contre le Chili pour l'affaire de *Karel Atala* (Com IDH, Informe No. 42/08, *Karen Atala e Hijas c. Chile*, du 23 juillet 2008) in <http://www.cidh.org/anual.esp.htm>.

la même ligne que la jurisprudence de la Cour EDH.

B) La liberté d'expression devant les manifestations minoritaires –ethniques et raciales- et les sujets de protection spéciale

Comme en matières religieuses ou sexuelles, les discours sur les minorités ont produit de multiples controverses sur la liberté d'expression. Dans ce sens, les manifestations de l'État qui méconnaissent ces discours, portent atteinte au pluralisme qui caractérise une société démocratique.

Parmi les conduites qui ont été rejetées par les tribunaux régionaux se trouve l'empêchement manifesté dans plusieurs États d'utiliser des langues minoritaires¹¹⁴¹.

Le système européen a protégé la population minoritaire face à des mesures de discrimination ou des discours de haine ou d'intolérance qui sont propagés par les États contre des groupes qui ne parlent pas la même langue. Dans l'arrêt sur le régime linguistique des écoles belges, la Cour EDH a condamné la Belgique pour avoir empêché la communauté d'enfants francophones (Wallons) d'accéder aux écoles où est enseigné le français comme langue maternelle, à chaque fois qu'une loi a ordonné cette discrimination. Dans ce cas, la liberté d'expression des mineurs a été mise en cause, par le refus de l'enseignement de leur langue communautaire, et l'attention sur ce sujet, se focalisant sur la protection des droits des mineurs. L'État Belge s'est vu dans l'obligation de créer des écoles bilingues afin de respecter la diversité culturelle qui existe dans cet État¹¹⁴². Après cet arrêt, la Cour EDH a été réticente à aborder la liberté d'expression des minorités¹¹⁴³. Peut-être deux

¹¹⁴¹ Voir sur le débat entre l'universalisme et le régionalisme dans le domaine des droits de l'homme Rajagopal, Balakrishnan, *Le Droit International vu d'en bas. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, Bogotá, op.cit p. 242 y Giusti, Miguel, *Las criticas culturalistas de los derechos humanos en Justicia Global, derechos humanos y responsabilidad*, op. cit p.306 et Kymlicka, W, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 112.

¹¹⁴² Cour EDH, *Affaire sur le régime linguistique de l'enseignement en Belgique v. Belgique*, 23 juillet, 1968.

¹¹⁴³ Sans aborder la liberté d'expression des minorités, la Cour EDH s'est prononcée sur la protection de ces groupes mais sur la base d'autres droits. Parmi les décisions on remarquera les arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Chapman c. Royaume Uni*, arrêt du 18 janvier 2001 ou il a été reconnu que la vie en caravane fait partie de la façon de vivre des Roms. Dans une autre décision *D.H c. République tchèque* du 7 février 2006, la Cour EDH a décidé que l'État tchèque avait violé l'article 14 posant le « principe de non-discrimination » pour avoir placé les enfants de la communauté Rom

affaires méritent-elles une attention, l'affaire Karatas contre Turquie¹¹⁴⁴ et Ulusoy contre Turquie¹¹⁴⁵. Dans l'une comme dans l'autre, l'État turc a été sanctionné pour avoir condamné l'écrivain Karatas pour son livre de poèmes qui glorifient la résistance kurde et dans l'autre pour avoir empêché la représentation d'une pièce de théâtre en langue kurde. Dans ce sens, le professeur Tavernier indique : « *Il est vrai que l'on peut mentionner une liste impressionnante d'arrêts où la Cour a abordé les problèmes des minorités, mais elle reste en général très prudente et tend à résoudre ces problèmes sans s'appuyer expressément sur la problématique minoritaire, ce qui diminue d'autant l'intérêt des décisions jurisprudentielles* »¹¹⁴⁶. L'Organisation des Nations Unies a reconnu l'utilisation des langues des minorités dans le cadre du droit d'action en justice. On peut le constater dans les communications Cadoret¹¹⁴⁷ et Guesdon¹¹⁴⁸ contre France, du Comité des Droits de l'Homme où il a été considéré que dans le cas où un accusé ne connaîtrait pas la langue du tribunal, il doit avoir droit à un service d'interprétariat. L'impossibilité de son utilisation comporterait à notre avis, non seulement la violation du droit d'agir en justice, mais censurerait également son expression, en portant atteinte au passage à la liberté de pensée et d'expression.

Dans le système interaméricain, la Cour IDH a déterminé dans l'affaire López Alvarez contre Honduras¹¹⁴⁹ la responsabilité de l'État pour empêcher

dans des collèges spéciaux et non dans des collèges officiels. Une dernière décision qui aborde ce sujet des minorités est l'affaire Stoica c. Roumanie, arrêt du 4 mars 2008, où l'État a été condamné pour avoir traité de façon inhumaine un citoyen Rom. Cette décision confirme la ligne de jurisprudence établie avec l'affaire Natchova et autres c. Bulgarie, arrêt du 6 juillet 2005 qui oblige l'État à protéger d'une façon plus importante les minorités ethniques.

¹¹⁴⁴ Cour EDH, Affaire Karatas c. Turquie, arrêt du 8 juillet 1999 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹¹⁴⁵ Cour EDH, Affaire Ulusoy et al c. Turquie, arrêt du 3 mai 2007 in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹¹⁴⁶ P. TAVERNIER, Quelques réflexions sur la protection des minorités par la CEDH in « Un droit pour des hommes libres : Études en l'honneur du professeur A FENET », Paris, Lexis/Nexis, 2008, p. 256.

¹¹⁴⁷ Dans cette décision le Comité a signalé qu'il est obligatoire de fournir des services d'interprétariat si l'accusé ou les témoins à charge ont des difficultés pour comprendre la langue du tribunal ou s'exprimer dans cette langue. Comité DDHH, Affaire Cadoret c. la France, Communication No. 323/1988, §.5 du 11 Avril, 1991.CCPR/C/41/D/323/1988.

¹¹⁴⁸ Comité DDHH, Affaire Guesdon c. la France, Communication No 219/1986, §.10, 25 juillet, 1990, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/219/1986 (1990). Dans ce cas, un étranger s'est vu refuser d'utiliser la langue de son pays lors d'un procès.

¹¹⁴⁹ Cour IDH, Affaire López Álvarez c. Honduras, arrêt du 1 février 2006 in <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

l'expression des indigènes dans leur langue natale. Le tribunal a indiqué que « *un des piliers du droit à la liberté d'expression est le droit de parler, et que cela implique nécessairement le droit des personnes à utiliser la langue de leur choix pour exprimer leur pensée* ». Dans ce sens, la Cour souligne que « *les personnes qui sont enfermées dans une prison ont le droit de s'exprimer par tous les moyens ou langue qu'ils choisiront, sinon cela irait à l'encontre du minimum essentiel à une vie digne. L'État ne peut imposer aucune restriction tendant à limiter cette capacité d'expression et de communication des prisonniers* ». Dans l'arrêt, le tribunal a été incisif en indiquant que s'il s'agit de minorités ou de groupes indigènes « *la limitation de l'usage de la langue de préférence pour exprimer de l'information ou des idées, devient plus grave* ». Cet arrêt a été pour la professeur Bourgorgue Larsen un « *pas de plus dans la valorisation par la Cour des droits que peuvent revendiquer certains groupes -essentiellement indigènes- qui se différencient par une culture et, par voie de conséquence, une langue spécifique* »¹¹⁵⁰. Plus tard, la Cour IDH¹¹⁵¹ a signalé dans l'opinion consultative numéro 18 sur la condition juridique des sans-papiers, que les personnes qui font l'objet d'instances judiciaires et qui ne connaissent pas la langue du tribunal doivent pouvoir bénéficier d'une assistance linguistique non seulement pour protéger leur action en justice, mais également leur liberté d'expression.

En résumé, les décisions des organismes internationaux de protection des droits de l'homme n'ont pas accepté de restrictions des cultures minoritaires ou des restrictions contre les manifestations artistiques dans le cadre de leur liberté d'expression, qui dans de nombreux cas portent atteinte à d'autres droits comme celui du droit d'action en justice de tout citoyen devant la loi. Quant aux minorités il faut rappeler qu'elles interviennent au sein du droit international des droits de l'homme en raison de leur caractère incluant dans une société. La liberté d'expression protège, comme nous l'avons expliqué tout au long de cette étude, le droit à l'égalité des groupes traditionnellement

¹¹⁵⁰ L. BURGORGUE LARSEN et A.ÚBEDA DE TORRES, Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, op.cit., 578.

¹¹⁵¹ Cour IDH, Avis consultative No. 18 « Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. AC-18/03 du 17 septembre 2003 » du 17 Novembre 2003 in <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

exclus. Dans ce sens, les discours sur les minorités ou les discours des minorités, ont leur place dans le cadre de la protection de la liberté de pensée et d'expression et leur expression ne peut faire l'objet de censure d'aucune sorte.

CONCLUSION DU TITRE II DE LA SECONDE PARTIE

Les limites jurisprudentielles de l'action des Cours IDH et EDH ont été abordées devant la liberté d'expression. Ces limites, matérialisées par le biais de multiples tensions avec les intérêts abstraits et concrets de ce droit, permettent de déterminer deux réactions. D'un côté, le niveau de la marge d'appréciation de l'État qui permet de savoir dans quelle mesure il donne un sens à la liberté d'expression, et de l'autre, le niveau d'intervention des Cours régionales des droits de l'homme sur cette marge nationale d'appréciation.

Notre analyse fait ressortir que l'action jurisprudentielle des Cours devant la marge nationale d'appréciation a non seulement répondu à des manifestations normatives similaires, mais également à certaines particularités culturelles¹¹⁵², comme nous avons pu le constater dans le cas des tensions entre la liberté d'expression et l'intégrité du territoire. Cependant, malgré l'existence de nuances, il est nécessaire de remarquer que l'universalisme qui dérive de l'application de la jurisprudence européenne et américaine est plus évident que ce que l'on pouvait attendre. Dans ce sens, l'utilisation de mécanismes herméneutiques comme le principe de proportionnalité abordé dans le deuxième chapitre du premier titre de cette seconde partie, a permis un dialogue fructueux des juges entre l'une et l'autre partie du continent comme le rappelle la référence constante de la jurisprudence de la Cour IDH à laquelle sont ajoutées les décisions du système européen. On pourrait espérer qu'un développement de la jurisprudence interaméricaine attire l'attention, à l'avenir, de la justice européenne.

¹¹⁵² Sur ce point remarquons l'article du professeur P.WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation : Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression » in « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1025 y ss. Dans cet article WACHSMANN rappelle que la marge nationale d'appréciation et l'action du juge international cherchent à déterminer « la contradiction entre les exigences de la société démocratique, partie intégrante d'un ordre public européen identique dans l'espace couvert par la Convention et celles d'une préservation des diversités nationales ».

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans le premier titre nous avons développé les limites extrinsèques données par la Cour EDH et la Cour IDH à la marge d'appréciation de l'État, alors que dans la seconde nous avons mis l'accent sur les limites de la marge d'appréciation de l'État au regard de l'action interprétative des tribunaux régionaux des droits de l'homme.

Nous avons tout d'abord exposé les conditions de forme générales encadrant l'intervention du juge international des droits de l'homme sur la base des traités régionaux. L'étude établit que l'épuisement des voies de recours internes et des règles de compétence des tribunaux constituent des mécanismes de l'État pour conserver sa compétence afin de résoudre les conflits judiciaires qui apparaissent sur son territoire et qui concernent les droits de l'homme. La formulation de la requête par les victimes présumées de cette violation établit une relation juridique procédurale entre l'État et les instances régionales des droits de l'homme. Cette relation fait apparaître le principe de « *subsidiarité procédurale* » qui permet de vérifier les conditions formelles expliquées, impliquant une extension de la marge d'appréciation que conserve encore l'État. Dans le cas où ces conditions seraient outrepassées -*que ce soit du fait de leur non accomplissement ou du fait des exceptions à la règle d'épuisement des voies de recours internes*-, une relation juridique matérielle sera établie entre l'État et les tribunaux des droits de l'homme enclenchant les mécanismes d'interprétation et d'application du droit applicable au litige. Dans cette dernière relation, les tribunaux imposent à l'État leur critère d'interprétation respectif, ce qui permet une mutation ou une adaptation de la marge nationale d'appréciation.

Ces conditions rencontrées dans la première partie de la procédure internationale, s'imposent comme des limites extrinsèques à la marge nationale d'appréciation, à condition qu'elles n'apparaissent pas dans le fonctionnement interne de l'État, mais au contraire qu'une action des

justiciables intéressés ait fait démarrer la procédure internationale. Néanmoins, l'État détient dans cette procédure initiale des moyens -*comme nous l'avons démontré*- pour conserver cette marge d'appréciation qui commence à se limiter lorsque la procédure se transporte sur le plan international, après avoir bénéficié d'une liberté absolue dans l'ordonnement interne.

De même, la condition matérielle qui limite la marge nationale d'appréciation de l'État a été développée pour ce qui a trait à la liberté d'expression. Dans ce sens, cette condition se traduit par l'application du principe de proportionnalité à condition que la réaction juridique matérielle ait été établie entre les pétitionnaires et l'État et que ceci permette d'établir l'existence de la « *subsidiarité matérielle* ». Le principe de proportionnalité a connu des développements de caractère théorique dans le droit constitutionnel qui ont été postérieurement appliqués de façon dynamique¹¹⁵³ par la Cour EDH et la Cour IDH. Dans cet ordre d'idées, nous avons pu démontrer comment ces tribunaux ont réalisé ce travail herméneutique en utilisant plusieurs droits, dont la liberté d'expression. Avec cette condition matérielle, le juge international des droits de l'homme impose une nouvelle limite extrinsèque, qui repose cette fois sur le principe de proportionnalité.

Dans le second titre, les limites fixées par la jurisprudence des Cours IDH et EDH ont été abordées en ce qui concerne la protection de la liberté d'expression. Ces limites, matérialisées par de multiples tensions avec les intérêts abstraits et concrets de ce droit, s'analysent sur deux plans. D'un côté, le niveau de la marge d'appréciation de l'État qui permet de savoir dans quelle mesure il donne un sens à la liberté d'expression, et de l'autre, le niveau d'intervention des Cours régionales des droits de l'homme sur cette marge nationale d'appréciation.

Après avoir parcouru la jurisprudence interaméricaine et européenne régulant les tensions de la liberté d'expression avec la réputation d'autrui, à partir de notions abstraites comme l'ordre public, la sécurité nationale, l'impartialité de

¹¹⁵³ Wei LIU, Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention Européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour Européenne des droits de l'homme, Diffusion ANRT, 2001, p.304-305

l'action judiciaire, l'intégrité du territoire et la morale publique, nous pourrions proposer le corollaire suivant : le niveau de méfiance envers l'État sur le continent américain est plus élevé, ce qui explique que la marge nationale d'appréciation est moindre que dans le système européen. L'application du principe de proportionnalité permet d'observer que l'Amérique latine se trouve dans une étape préalable à celle qui existe en Europe en raison d'une relative faiblesse de la société démocratique¹¹⁵⁴.

Ainsi, nous avons constaté par le biais de la jurisprudence constante des Cours IDH et EDH, qu'elle a consisté en une méthodologie interprétative - principe de proportionnalité- où se retrouvent les similitudes et les différences non seulement d'un continent à l'autre, mais également entre les Etats du même continent. Cette formule interprétative se transforme alors en une façon de comprendre la construction de la marge nationale d'appréciation et une façon de concevoir un dialogue de juges qui va au-delà d'une distinction entre le droit interne et le droit international, et qui invite à une conjonction des objectifs entre les différents systèmes juridiques qui composent chaque système.

¹¹⁵⁴ Voir le rapport « La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas » Pnud, Buenos Aires, Aguilar/Alfaguara, 2005.

CONCLUSION GENERALE

L'appréciation des limites de la marge nationale d'appréciation devant la liberté d'expression dans le cadre d'une étude comparée des systèmes américains et européens des droits de l'homme, a permis de résoudre non seulement l'hypothèse initiale que nous avons posée, mais également d'approfondir les concepts abordés, et dans le cas de la marge nationale d'appréciation, de démontrer son existence.

Ainsi, le concept de marge nationale d'appréciation a été formulé à partir de l'existence même de l'État et non au moyen d'une simple reconnaissance des instances régionales des droits de l'homme. La notion a été décrite par ses éléments constitutifs, c'est-à-dire l'existence d'un État de droit et de la démocratie, qui sont des éléments distinctifs permettant la protection des droits de l'homme selon la CEDH et la CADH.

La marge nationale d'appréciation a fait l'objet d'âpres débats entre les postures doctrinales universalistes et relativistes des droits de l'homme qui débouchent au-delà des controverses, sur l'idée qu'il existe une pluralité dans cet universalisme des droits de l'homme. La pluralité est une des conditions essentielles d'une société démocratique, élément à son tour décrit à de nombreuses reprises par les Cours EDH et IDH. La pluralité coïncide avec une relativité où se situe la marge nationale d'appréciation. La marge nationale d'appréciation est devenue, en fin de compte, un aspect central dans la relation parfois tortueuse entre la souveraineté de l'État et la justice internationale¹¹⁵⁵.

Enfin, l'existence de la marge nationale d'appréciation a été constatée à travers une analyse de droit comparé entre les systèmes interaméricain et

¹¹⁵⁵ Voir P. PACZOLAY, "Consensus et discrétion: évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme?" in Dialogue entre juges, Ed. ECHR, Strasbourg, 2008, p. 113.

européen des droits de l'homme, en déterminant ses éléments et en construisant ses limites. Nous avons également démontré que loin d'être un concept sans contenu, elle joue un rôle essentiel dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme.

Une fois la marge nationale d'appréciation décrite et comprise, il était nécessaire d'aborder ses limites intrinsèques devant le droit international des droits de l'homme quant aux obligations de l'État de respecter les obligations générales, et à son devoir d'adapter sa législation aux standards internationaux des droits de l'homme. Des obligations complémentaires limitant sa marge d'appréciation ont aussi été abordées, comme celles qui encadrent l'obligation de sanction, en restreignant sa compétence pour définir le mode de réparation, ainsi que les effets de l'obligation nationale de respecter les mesures internationales de protection.

Pour saisir plus précisément ces limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation, il était nécessaire d'aborder la liberté d'expression, ce qui a permis d'approfondir son concept et d'invoquer les limites imposées à l'État à partir des descriptions normatives de la liberté d'expression consacrée dans l'article 10 et 13 de la CEDH et de la CADH. Parmi ces limitations, les restrictions et les suspensions générales ressortent, tout en tenant compte des discours qui ne font pas partie du domaine de protection de la liberté d'expression et qui peuvent faire l'objet de censures. Pour parvenir à nos fins, une étude jurisprudentielle a permis de comprendre comment se justifiait une modulation de la marge d'appréciation de l'État, quand la liberté d'expression définie par les Traités régionaux des droits de l'homme ratifiés par les Etats est en jeu.

Les limites intrinsèques de la marge nationale d'appréciation n'ont pas été suffisantes pour comprendre son fonctionnement, et pour cette raison, une fois enregistrées les plaintes contre la violation des droits de l'homme, ainsi qu'en présence du principe de subsidiarité, il était nécessaire d'aborder les limites extrinsèques exposées découlant des règles formelles générales

s'imposant au juge international des droits de l'homme sur le fondement des traités régionaux ainsi que les conditions matérielles.

Dans les premiers, l'épuisement des voies de recours interne et des conditions de compétence des tribunaux permettent à l'Etat de résoudre ses affaires sans aucune ingérence. Cette faculté provient de l'autonomie de l'Etat pour résoudre les affaires sous sa juridiction. Dans le cas où l'Etat omettrait son devoir de rendre la justice, les victimes de violation des droits de l'homme peuvent alors faire appel aux organismes régionaux des droits de l'homme en établissant une relation juridique en vertu du principe de « *subsidiarité procédurale* ».

Les conditions formelles ont été étudiées par le biais des mécanismes d'interprétation des Cours régionales des droits de l'homme autour de l'existence et de l'application du principe de « *subsidiarité matérielle* ». Ces moyens d'interprétation des droits qui sont imposés par les Cours aux Etats reposent sur le principe de proportionnalité qui a été utilisé de façon dynamique par le biais de la réalisation d'une analyse d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict, comme en témoigne la multiplicité des décisions des Cours régionales, qui ne se limitent pas seulement à la liberté d'expression. Une fois les instruments herméneutiques établis, il est possible de mettre en place une analyse comparée de jurisprudence des Cours IDH et EDH sur la liberté d'expression.

A partir de l'observation de cette œuvre jurisprudentielle, il ressort que l'action des Cours devant la marge nationale d'appréciation a répondu à certaines particularités culturelles¹¹⁵⁶, comme nous avons pu le constater dans le cas des tensions entre la liberté d'expression et l'intégrité du territoire. Cependant, malgré l'existence de nuances, nous remarquons que l'universalisme qui

¹¹⁵⁶ A ce sujet on signalera l'article du professeur P.WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation : Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression » in « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1025 y ss. En este artículo WACHSMANN recuerda que el margen nacional de apreciación y la acción del juez internacional busca determinar « la contradicción entre las exigencias de la sociedad democrática, parte integrante d'un ordre public européen identique dans l'espace couvert par la Convention et celles d'une préservation des diversités nationales ».

dérive de l'application de la jurisprudence européenne et américaine est plus présent que ce que l'on pouvait attendre. Dans ce sens, l'utilisation de mécanismes herméneutiques comme le principe de proportionnalité permet un dialogue fructueux des juges¹¹⁵⁷ entre l'une et l'autre partie du continent comme nous pouvons le constater à travers la référence constante de la jurisprudence de la Cour IDH aux décisions du système européen.

La reconnaissance des réalités nationales par la jurisprudence des Cours régionales des droits de l'homme a permis de conjuguer la pluralité¹¹⁵⁸ avec l'application universelle de la liberté d'expression. Comme le signale la professeur Burgogne Larsen : « *la Cour interaméricaine représente une institution judiciaire existentielle pour le continent latino-américain. Ses pouvoirs -qui à de nombreux égards dépassent ceux de son homologue de Strasbourg- lui permettent d'avoir les moyens de sa jurisprudence passablement audacieuse. Grâce à la force inhérente des traités internationaux des droits de l'homme dans les ordres internes, la Cour de San José construit patiemment un ensemble de valeurs communes dont les juges nationaux se font les porte étendards* »¹¹⁵⁹. Cette possibilité d'exprimer leurs cultures et leurs pluralités a des limites qui dans le cas de la liberté d'expression impliquent pour l'État, comme dit le professeur Wachsmann : « *une obligation de cohérence et ne peut à la fois adopter une conduite libérale, tolérant certains comportements, et prétendre justifier l'intervention de mesures restrictives de la liberté d'expression* »¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ A ce sujet on mentionnera l'article de J-F- FLAUSS, Variations autour de l'influence extra-muros de la Convention Européenne des droits de l'homme, in « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers (J-F-FLAUSS), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 129-155 et J-F. FLAUSS, La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une Cour Constitutionnelle ?, in « La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 91-92.

¹¹⁵⁸ M. DELMAS- MARTY et M-L. IZORCHE, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste, in Revue de droit de Mc Gill (2001), Vol. 46, p. 954

¹¹⁵⁹ L. BURGORGUE LARSEN, Vers la création d'une culture commune en matière de droits fondamentaux en Amérique Latine in « Un homme pour des hommes libres » Études en l'honneur du professeur Alain Fenet, Lexis Nexis, Lonrai, 2008, p.27.

¹¹⁶⁰ P.WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation : Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression » in « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.1041.

On retiendra que cette thèse tend à démontrer comment la doctrine de la marge nationale d'appréciation a une incidence sur l'exercice d'interprétation des droits de l'homme, en particulier s'agissant de la protection de la liberté d'expression, dans le système européen comme dans le système interaméricain. Cette incidence peut se résumer avec le corollaire suivant : le niveau de méfiance envers l'État sur le continent américain est plus élevé, ce qui fait que la marge nationale d'appréciation est moindre que dans le système européen. En deuxième lieu, les limites de cette marge nationale d'appréciation se sont rationalisées à travers l'étude des limites intrinsèques et extrinsèques. Ces deux hypothèses résolues apportent une solution à une problématique qui partait du postulat fallacieux que la marge nationale d'appréciation était une notion ambiguë et sans contenu qui aurait été introduite dans le domaine jurisprudentiel pour maintenir un équilibre politique entre le droit interne et le droit international.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. TRAITES, MANUELS et COURS

ALLAND D, Droit international Public, Paris, P.U.F, 2000.

ALSTON P, STEINER, H et GOODMAN, R, International Human Rights in context, 3 edition, Oxford University Press, 2007.

ALVARADO GARAICOA, T Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano, Quito, 1951.

ÁLVAREZ, A, Le droit International Américain, Paris, 1910.

ARAI, U, VAN HOOF, F, BLEICHRODT, E, VAN RIJN, A, FLINTERMAN, C, VERMEULEN, WILLEM HERINGA MARC, V, SCHOKKENBROEK, J, ZWAAK, L, VAN DIJK, P, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007.

BARBOSA DELGADO, F, Litigio Interamericano, Bogotá, Editorial Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2002.

BARRON, J et DIENES, T, First Amendment law in a nutshell, Minnesota, West Publishing, 1993.

BECK, U, “¿Qué es la globalización?”, Madrid, Editorial Paidós, 2001.

BEIGNIER, B, De la langue perfide, délivre-moi, Réflexions sur la loi du 13 juillet, 1990 dite loi Gayssot, Melanges Mourgeon, Bruxelles, Bruylant, 1998.

BERTONI, E, Libertad de prensa y derecho penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

BOBBIO, N, “Teoría General de la Política”, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

BOBBIO, N, L'Età dei diritti, Turín, Einaudi, 1990.

BRAUD, P, La démocratie politique, Paris, Éditions du Seuil, 1997.

BRAUD, P, Sociologie Politique, 9e édition, Paris, L.G.D.J, 2008.

BRAULT, P, RENAUDINEAU, G, ET SICARD, F, Le principe de subsidiarité, Paris, La documentation Française, 2005.

BROTONS, R, RIQUELME, R, DIEZ, J, ORIHUELA, E ET PEREZ, P, DURBAN, L., *Derecho internacional*, editorial Mc Graw Hill, 1997.

BROWNLEY, I, Principles of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 1998.

BUERGENTHAL, T, International human rights in a nutshell, Minnesota, St Paul, 2009.

BUERGENTHAL, T, GROSSMAN, C et NIKKEN, P, Manual internacional de derechos humanos, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de derechos humanos, 1990.

BURDEAU, G, Les libertés publiques, Paris, L.G.D.J, 1972.

BURGORGUE- LARSEN, L, ET UBEDA DE TORRES, “ Les grandes décisions de la Cour Interamericaine de droits de l’homme”, Bruxelles, Bruylant, 2008.

CANÇADO TRINDADE, A.A, Derecho Internacional de los Derechos de l’Homme - Esencia y Trascendencia (Votes en la Cour Interamericana de Derechos de l’Homme, 1991-2006), México, Edit. Porrúa / Universidad Iberoamericana, 2007.

CASTBERG, F et SIJOFF-LEIDEN, A, The European Convention on Human Rights, por W.Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, NY, 1974.

CHATILLON, G (Dir), Le droit international de l’internet, Bruxelles, Bruylant, 1990.

CHECA DROUET, B, La doctrina americana del uti possidetis de 1810, Lima, 1936.

COHEN-JONATHAN, G, Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen, Bruylant, Bruxelles, 2004, Vol 1 et 2.

COHEN JONATHAN, G et KLAUS, J-F, (dir), Mesures conservatoires et droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2005.

COLLIARD, A ET LETTERON, R, Libertés Publiques, Paris, Dalloz, 8 édition, 2005.

COUFFIGNAL, G, Réinventer la démocratie: le défi latino-américain, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.

DAHL, R, On democracy, Yale University, Press New Haven, 1998.

DECAUX, E, Crise de l’Etat de droit, droit de l’État de crise, Bruxelles, Bruylant, 1998.

DELMAS- MARTY, M, Le relatif et l’universel, Paris, Seuil, 2004

DELMAS- MARTY, M, Raisonner la raison d’état. Vers une Europe des droits de l’homme, Paris, Les voies du droit, 1989.

DÍEZ-PICAZO, L.M, Sistema de derechos fundamentales, Madrid, Ed. Thompson-Civitas, 2005.

DÍEZ VELASCO, M, Instituciones del derecho internacional público, Madrid, Tecnos, 2002.

DWORKIN, R, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1977.

ERGEC, R, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1987.

ERGEC, R et VELU, J, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1990.

FAÚNDEZ LEDESMA, H, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

FAVOREU, L, GAIA, P, GHEVONTIAN, R, MELIN- SOUCRAMANIEN, F, PENASOLER- A, PFERSMANN, O, PINI, J, ROUX, A, SCOFFONI, G, TREMEAU, J, Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 4 édition, 2007.

FENET, A, « Le droit et les minorités, Paris, Schulte-Tenckhoff, 2002.

FIALAIRE, F et MONDIELLI, E Droits fondamentaux et libertés publiques, Ellipses, Paris, 2005.

FLEINER, F, Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris, Eisenmann, 1933.

GARGARELLA, R, "Las teorías de la justicia después de Rawls", Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

GARGARELLA, R, « Fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860), Siglo XXI, 2005.

GAUCHET, M, La révolution moderne, Éditions Gallimard, 2007.

GAUCHET, M, La crise du libéralisme, Paris, Editions Gallimard, 2007.

GELLNER, E, Naciones y Nacionalismos, Buenos Aires, Alianza, 1993.

GICQUEL, J et GICQUEL, J-E, Droit constitutionnel et institutions politiques, 22e Edition, Paris, Domat droit public, 2008.

HANNIKAINEN, L, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988.

HARRIS, O'BOYLE et WARBRICK, Law eo the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2 édition, 2009.

HART, H.L, El concepto del derecho, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1963.

HELD, D., "La democracia y el orden global", Barcelona, Paidós, 1997.

HEYMANN- DOAT, A, Libertés publiques et droits de l'homme, Paris, L.G.D.J, 2002.

JAYAWICKRAMA, N, The judicial application of Human Rights Law, Nacional Regional and Internacional Jurisprudente, Cambridge University Press, 2002.

- KAUFMANN, A**, Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- KELSEN, H**, Théorie Pure du droit, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- KELSEN, H**, La démocratie, sa nature, sa valeur, Paris, Economica, 1988.
- KOLB, K**, Théorie d'Ius Cogens International, Paris, PUF, 2001.
- KYMLICKA, W**, Ciudadanía Multicultural, Paidós, Barcelona, 1996, p. 112.
- LEBRETON, G**, « Libertés publiques et droits de l'homme », Paris, Dalloz, 8 édition, 2009.
- LEFORT, C**, "L'invention démocratique", Paris, Biblio essais, 1981.
- LOEWENSTEIN, K**, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1964.
- MARGUENAUD, J.P**, La Cour Européenne des droits de l'homme, Paris, Dalloz, 2da éd, 2002.
- MARTÍN, C, RODRÍGUEZ, D, et GUEVARA, J-A**, Derecho internacional de los derechos humanos, Méjico, Distribuciones Fontamara, 2004.
- MATSCHER, F**, « Quarante ans d'activité de la Cour Européenne des droits de l'homme, Paris, 1997.
- MEDINA, C**, (editora) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual de Enseñanza, Soc. Imp. La Unión Ltda, 1990.
- MILL, J-S**, On liberty, New York, Prometheus Books, 1986.
- MONDEILLI, ERIC** Un homme pour des hommes libres » Études en l'honneur du professeur Alain Fenet, Lonrai, Lexis Nexis, 2008.
- MORANGE, J**, La liberté d'expression, ¿Que sais-je?, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.
- NIETO NAVIA, R**, *Introducción al Sistema Interamericano*, editorial Temis, 1993.
- NOGUERA, R**, Introducción General al Derecho, Vol. I, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996.
- NOZIK, R**, Anarquía, Estado y utopía, México, FCE, 1988.
- O'DONNELL, D**, Derecho Internacional de derechos humanos, Bogotá, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004.
- OETHEIMER, M**, La liberté d'expression en Europe, Bruxelles, Conseil of Europe, 2002.
- PACTET, P ET MÉLIN- SOUCRAMANIEN, F**, Droit Constitutionnel, 27 édition, Paris, Dalloz, 2008.

PETTITI, L-D, DECAUX, E, IMBERT, P-H, Convention Européenne des droits de l'homme", Paris, Economica, 1999.

RAWLS, J, Teoría de la Justicia, Méjico, Fond de Cultura Económica, 2001.

REMIRO BRETONS, RIQUELME, R, DÍEZ, J, PEREZ, L y ORIHUELA, E, Derecho Internacional, Madrid, Mc Graw Hill, 1997.

RENUCCI, J-F, Traité de droit Européen des droits de l'homme, Paris, LGDJ, 2008.

REVEL. J-F, Le regain démocratique, Fayard Coll, Pluriel, 1992.

ROSANVALLON, P, La contre-démocratie. La politique á l'age de la defiance, Paris, Seuil, 2006.

ROSANVALLON, P, La légitimé démocratique; Impartialité, réflexivité, proximité, Paris, Seuil, 2008.

ROUSSEAU, J. J, Du contrat social, Paris, Nathan, 2004.

RYSSDAL, R, Mélanges á la memoire de R. RYSSDAL, Bonn, Carl Heymans Verlag KG, 2000.

SHELTON, D, Remedies in Internacional Human Rights Law, Second Edition, Oxford University Press, 2005.

SHELTON D, Regional Protection of Human Rights, Oxford University Press, 2008.

SOYER, J- C ET DE SALVIA, M, Le recours individuel supranational : mode d'emploi, Paris, LDDJ, 1992.

SUDRE, F, Droit Européen et international des droits de l'homme, Paris, 9 Edition, 2008.

SUDRE, F, MARGUÉNAUD, J-P, ANDRIANTSIMBAZOVINA, GOUTTENOIRE, J.A, et LEVINET, M, « Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme, 5^e édition, Paris, Puf, 2009.

SUNSTEIN, C, The parcial constitution, Cambridge, Harvard University, 1999.

TOCQUEVILLE, A, De la démocratie en Amérique, Paris, Flammarion, 2008.

TOMAS DE AQUINO, "Summa Teológica", II-II, c, 58, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2002.

VERPEAUX, M, La liberté d'expression, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2009.

VINCENT, J, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER ET A. VARINARD, Institutions juridictionnelles, 11 édition, Paris, Dalloz, 2008.

WACHSMANN, P, Libertés publiques, Paris, Dalloz, 6 édition, 2009.

WEBER, M, Économie et société, Paris, Plon, 1922.

WEBER, M, « Le savant et le politique », Paris, Union Générale d'édition, 1963.

ZOLLER, E, Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats- Unis, Paris, P.U.F, 2000.

B. AUTRES OUVRAGES

ABRAMOVICH, V et COURTIS, C, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

ÁLVAREZ, A, Le Panaméricanisme et la VI Conférence panaméricaine, Paris, 1928.

ALEXY, R, Teoría de los derechos fundamentales, E. GARZON VALDEZ (trad), Madrid, Centre d'Études Constitutionnelles de Madrid, 1997.

ALEXY, R, La teoría del discurso y de los derechos humanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, R et BULYGIN, E, La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá, Universidad Externado, 2001.

AMERASINGHE, C.F, Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius Publications, 1990.

ANDERSON, B, Comunidades Imaginadas, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1997.

ANZUATEGUI, F, De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BARBOSA DELGADO, F, BOHÓRQUEZ J. Et FONNEGRA, C.C Ética Pública: Cómo promover una cultura de legalidad, Bogotá, Conciencia, 2004.

BERNAL PULIDO, C, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado, 2004.

BERNAL PULIDO, C, El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

BODIN, J, Les six livres de la République, (1568), 6 Vols. Corpus des ouvres de philosophie en langue francaise, Paris, Fayard, 1986.

BOLAÑO, R, 2666, Barcelona, Anagrama, 2005 (Roman)

BOROWSKI, M, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BURGORGUE- LARSEN, L, Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international, Pedone, Paris, 2003.

CANCADO TRINDADE, A.A, Evolution du droit international au droit des gens: L'accès des individus à la justice internationale. Le regard d'un juge, Paris, Ed. Pedone, 2008.

CASTELLS, M, La société en réseaux, "L'ère de l'information", Edit, Fayard, 2003.

CHARTIER, J-L, Portalis : Père du code civil, Paris, Fayard, 2004.

CLAUSEWITZ VON, C, De la guerre, Paris, Ed. Payot, 2006.

CICÉRON, La República, III, comentario de Antonio Pérez García, Madrid, Imprenta de Repulles, 1848.

COURTIS, CHRISTIAN, Ecos cercanos "Estudios sobre derechos humanos y justicia", Bogotá, Universidad de los Andes/Derecho y sociedad, 2009.

DARNTON, R, Le Diable dans un bénitier. L'art de la calomnie en France, 1650-1800, Paris, Gallimard, 2010.

DE SCHUTTER, O ET VAN DROOGHENBROECK, S, Droit International des droits de l'homme devant le juge national, Bruxelles, Larcier, 1999.

DE SOUSA SANTOS, B, La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e ILSA (Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos) 1998.

DELORS, J et DOLLÉ, M Investir dans le social, Paris, Odile Jacob, 2009

DELPEREE, F Le principe de subsidiarité, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002.

DEWEIL, B, La démocratie: histoire des idées, Paris, Les presses de l'Université, Collection zéthesis, 2005.

DUBET, F, Les places et les chances « Repenser la justice sociale », Paris, Edit, Seuil, 2010.

FISS, O, La ironía de la libertad de expresión, Barcelona, Gedisa, 1996.

FUKUYAMA, F, La fin de l'histoire et le dernier homme, Paris, Flammarion, 1993.

GARCÍA AMADO, J-A, La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

GARCIA, P, El Drama de la Autonomía Militar, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1995.

GARCIA ROCA, J, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de DH: soberanía e integración, Madrid, Civitas, 2010.

GIDDENS, A, Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, Madrid, Editorial Taurus, 2000.

GIDDENS, A, Consecuencias de la modernidad, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

GIUSTI, M, Las críticas culturalistas de los Derechos Humanos en Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad, Bogotá, Editorial siglo XXI, 2005.

- HOBBSAWM, E**, Naciones y nacionalismo desde 1780, Barcelona, Editorial Crítica, 1990.
- JAEGGER, W**, *Paideia*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- JAFFRELOT, C**, “Démocraties d’ailleurs”, Karthala, 2001.
- KANT, E**, Vers la paix perpétuelle, Paris, Hatier, 2001.
- KASPI, A, DURPAIRE, F, HARTER, H, LHERN, A**, La Civilisation américaine, Paris, Nouvelle Edition, 2004.
- LANZMANN, C**, « Le lièvre de Patagonie », Paris, Ed. Gallimard, 2009. (Memoires)
- LANATA, J**, Argentinos Buenos Aires, Lecturas Biblioteca, 2003.
- LATRIVE, F**, Le livre noir de la censure, Paris, Seuil, 2008.
- LEWIS, A**, « Make no law. The Sullivan’s case and the first Amendment”, New York, Vintage Books, A division of Random House, 1992.
- LITTEL, J**, Les Bienveillantes, Paris, Folio, 2006 (Roman)
- MACHIAVEL, Le Prince**, Paris, Folio Classique, 2001.
- MAHONEY, P**, Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights, 1990.
- MANENT P**, Tocqueville et la nature de la démocratie, Paris, Gallimard, 1993.
- MELKEVIK, B**, Rawls o Habermas: Un debate de filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MORIN, E**, “Pour une politique de civilisation”, Paris, Edit, Arlea, 1997.
- NACK, E ET WILHEIM**, El país y el pueblo de los antiguos helenos, Méjico, Editorial Porrúa, 1954.
- NICOLOUDIS, E.P**, La nullité de jus cogens et le développement contemporain du Droit international public, Athènes, Éd. Papazissi, 1974.
- PALACIOS, M**, “Entre la legitimidad y la violencia: Colombia, 1875-1994, Bogotá, segunda edición, Editorial Norma, 2006.
- OST, F**, Le Temps du droit, Paris, Editions Odile Jacob, 1999.
- PENCH, T et ROSANVALLON, P**, La République des Idées, La Nouvelle critique sociale, Paris, Seuil /Le Monde, 2006.
- PEREZ LUÑO, A-E**, La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

POPPER, K, “ La société ouverte et ses ennemis”, Tomes I y II, Paris, Le Seuil, 2002.

RAJAGOPAL, B, El Derecho Internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo, Bogotá, ILSA, 2005.

RAMIREZ, G, (Editeur), El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

RENAN, E, Qu'est-ce qu'une nation? Paris, P. Bordas et fils, 1991.

RODRÍGUEZ, C, La Decisión Judicial, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

ROSENBERG, J, “Contra la retórica de la Globalización”, Ensayos Polémicos, Bogotá, Ancora Editores, p.199, 2004.

RUTHERS, B, “Carl Schmitt en el Tercer Reich”, Bogotá, Universidad Externado, 2004.

SABATO, E, “Nunca más”, Rapport de la Commission sur la disparition de personnes dans la République d'Argentine, 1985.

SAMPEDRO, J.L., El mercado y la globalización, Barcelona, Editorial Destino, 2002.

SCHACHTER, M, Law of internet speech, Durham, Carolina Academic Press, 2001.

SCHMITT, C, La dictature, Paris, Seuil, 2000.

TOURAINE, A, Qu'est-ce que la démocratie, Paris, Fayard, 1994.

TEUBNER, G, El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

TWINING, W, “Derecho y Globalización”, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.

UPRIMNY, R, FUENTES A, BOTERO C, et JARAMILLO, J-F, Libertad de prensa y derechos fundamentales- Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Bogotá, Dejusticia, 2005.

UPRIMNY, R, BOTERO, C, RESTREPO, E et SAFFON, M.P, ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá, Dejusticia, 2006.

VAL, P, Reviens Voltaire, Ils sont devenus fous, Paris, Grasset, 2008.

VERDUSSEN, M, La Cour Européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel, Bruxelles, Mel, Eissen, Bruylant, 1995.

VAN DE KERCHOVE, M et OST, F, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2002.

YEPES, J-M, Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954, Caracas, Academia Nacional de Historia, 1955.

YEPES, J-M, Le Panaméricanisme du point de vue historique, juridique et politique, Paris, Éditions internationales, 1936.

YOUROW, H.C., The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996.

ZOLLER, E, La liberté d'expression aux Etats-Unis et Europe, Paris, Dalloz, 2008.

ZORGBIBE, C. METTERNICH, « Le séducteur diplomate », Paris, Fallois, 2009.

C. THÈSES ET MEMOIRES

AFROUKH, M, La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Thèse de l'Université de Montpellier, 2009. Dactylographiée.

ARAI- TAKAHASHI, A, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2002.

AUVRAY, M, Le dialogue entre Conseil d'État et cours européennes, Thèse de l'Université de Montpellier, 2009. Dactylographiée.

BERNAL PULIDO, C, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOUMGHAR, M, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention Européenne de droits de l'homme", Dactylographiée, 2006.

CANCADO TRINDADE, A.A, The Application of the rule of Exhaustion of local remedies in international law, New York, Cambridge University Press, 1983.

CASENOVE, E, "Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, Dactylographiée, 1994.

DELABIE, L, Approches américaines de droit international : Entre unité et diversité, thèse dactylographiée, 2009.

DOCQUIR, P-F., Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États- Unis, Bruxelles, Bruylant, 2007.

DUARTE, B, Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme, thèse dactylographiée. Université de Lille 2, 2005.

DUCOULOMBIER, P, Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour Européenne des droits de l'homme, Dactylographiée, 2008.

GRABARCZYK, K, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, PUAM, 2008.

HENNEBEL, L, La Convention Américaine des droits de l'homme "Mécanismes de protection étendue des droits et libertés, Bruxelles, Bruylant, 2007.

JOSENDE, J, Liberté d'expression et démocratie, Bruxelles, Bruylant, 2010.

KASTANAS, E, Unité et diversité : Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1996.

LIU, W, Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention Européenne des droits de l'homme utilisés par la Cour Européenne des droits de l'homme, Diffusion ANRT, 2001.

MARCHADIER, F, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2007.

MELCHIOR, M, Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours internes à l'égard de la CEDH, Bruxelles, Mél, Helmons, Bruylant, 2004.

MUZNY, Petr, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme: Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Marseille, Presses Universitaires D'Aix- Marseille, Tome II 2005.

OETHEIMER, M, L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume- Uni, Paris, Éditions Pedone, 2001.

PASQUALUCCI, JO. M., "The practice and procedure of the Inter-american Court of Human Rights", Cambridge University Press, 2003.

PECH, L, La liberté d'expression et sa limitation : Étude de droit comparé : Allemagne, États- Unis, France et Convention Européenne des droits de l'homme, LGDJ- Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont- Ferrand, 2003.

PLATON, S, "La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français, Paris, L.G.D.J, 2008.

RADUSZYNSKI, F, Le contrôle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'Internet, Th Paris XII, 2002.

RAMIREZ, G, Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

SEMINARA, L, "Les effets des arrêts de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009.

SCHUTTER de O, Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens, Bruxelles, Bruylant, 1999.

SZYMCZAK, D, "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, Bruxelles, Bruylant, 2007.

ÚBEDA DE TORRES, A, "Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los Derechos de l'Homme, Madrid, Colección jurídica general, Editorial Reus, 2007.

VAN DROOGHENBROECK, S, La proportionnalité Européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001.

VASAK, K, La convention Européenne des droits de l'homme, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.

VOCAT, C, La censure des arts graphiques de 1881 à nos jours, Université de Nantes, 2006, Dactylographiée.

VOYATIS, P, La Cour Européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression, Dactylographiée, Université de Paris I, 1999.

WALTON, C, Policing Public Opinion in the French Revolution. The Culture of Calumny and the Problem of Free Speech, New York, Oxford University Press, 2009.

XYNOPOULOS, G, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, Paris, LGDJ, 1996.

D. DICTIONNAIRES

ALLAND D ET RIALS S, Dictionnaire de culture juridique, Lamy/PUF Paris, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J, GAUDIN, H, MARGUENAUD, J.P, RIALS, S et SUDRE, F (dir) Dictionnaire des droits de l'homme, Paris, PUF, 2008.

CADIET L, Dictionnaire de la justice, Paris, PUF, 2004.

CHAGNOLLAUD D. ET DRAGO G, Dictionnaire des droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 2006.

FOULQUIE, P, Vocabulaire des sciences sociales, PUF, 1978.

GUINCHARD S ET MONTAGNER G, Lexique de termes juridiques, Paris, Dalloz, 2005.

RAYNAUD, P et RIALS S, Dictionnaire de Philosophie politique, Paris, PUF, 2003.

VERRI, P, Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados, Comité International de la croix rouge, Madrid, Tercer mundo Editores, 2002.

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ABS, S et BEGUIN, S, A qui profite la publicité comparative? : Y a-t-il un effet de récence au bénéfice des marques non connues en publicité comparative? /Louvain-la-Neuve : UCL, 2001.

ALEXY, R, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales en la “Revista Española de derecho constitucional, No. 66., 2002, p. 32.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, JOEL, “L’Etat et la société démocratique, Libertés, justice, tolérance” in Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen- Jonathan, Bruxelles, Bruylant, Volume I, 2004, p. 57-78.

AUBERT, C, Concrétisation et aménagement de la liberté d’expression sur Internet en droit européen, Mel, COHEN JONATHAN, Bruxelles, Bruylant, 2004.

BALKIN, J-M, Digital Speech and democratic culture: a Theory of freedom of expression for the information society, 79 N.Y.U. L. Rev. 1, 2004.

BEERNAERT, M.A., De l’épuisement des voies de recours internes en cas de dépassement du délai raisonnable, Revue Trimestrielle des Droits de l’homme, 2004.

BERGER, V, Publicité professionnelle et liberté d’expression, in Protection des droits de l’homme : la perspective européenne: Mélanges à la memoire de R. RYSSDAL, Bonn, Carl Heymans Verlag KG, 2000, p. 103.

BERRADA, S, Subsidiarité et proportionnalité dans l’ordre juridique communautaire, Revue des affaires européennes, Paris, 1998. P.48-61.

BERTONI, E. A., « New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina » in Libertad de expresión en el Estado de derecho, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

BERTONI, E. A, El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de derechos humanos in « Derecho Internacional de los derechos humanos » México, Distribuciones Fontamara, 2004, p.443.

BOVINO, A y CHIRINOS, J-P, Publicidad comercial y libertad de expresión: Las tabacaleras contraatacan, p. 1-17 in Blog de Alberto Bovino « No hubo derecho » in <http://nohuboderecho.blogspot.com/2010/03/leyes-antifumadores-y-libertad-de.html>.

BURGORGUE LARSEN, L, Vers la création d’une culture commune en matière de droits fondamentaux en Amérique Latine in « Un homme pour des hommes libres » Études en l’honneur du professeur Alain Fenet, Lexis Nexis, Lonrai, 2008, p.27.

BURGORGUE- LARSEN, L, Vers la création d’une culture commune en matière des droits fondamentaux en Amérique Latine. De la force du juge in « Un droit pour des hommes libres », Normandie, LexisNexis, 2008, p. 21-24.

BURGORGUE- LARSEN, L, « De l'internationalisation du dialogue des juges, missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois » in *Dialogue de juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (1999), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2000, p. 1081.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2000), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2001, p.693.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2001), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2002, p.1011.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2002), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2003, p. 961.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2003), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2004, p.1051.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2004), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2005, p.1113.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2005), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2006, p.1105.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2006), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2007, p.1099.

BURGORGUE- LARSEN, L, « Jurisprudence européenne comparée (2007), *Chronique de jurisprudence*, RDP, 2008, p.1435.

BURGORGUE- LARSEN, L, *De l'internationalisation du dialogue des juges: Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois* in "Dialogue de juges", *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113-115.

BRAIBANT, G, *Le principe de proportionnalité*, in "Le juge et le droit public" *Mélanges à M. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 298 ss.

BASSIONI, CH, "La Represión de Crímenes Internacionales: *ius cogens* y obligatorio *erga omnes*", dans *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, –sistemas romano-germánicos–. Rapport de la réunion d'Experts, Genève, 23 au 25 septembre 1997, Comité International de la Croix Rouge, CICR, Service de Conseil en Droit international humanitaire, Genève; pp. 29-55.

BUERGENTHAL, T, *The European and Inter-american human rights courts: Beneficial interaction in Protection des droits de l'homme: La Perspective européenne*, « Mélanges à la mémoire de ROLV RYSSDAL Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 128-129.

CANÇADO TRINDADE, A.A "La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Avances de Su Capacidad Jurídica Internacional en la Primera Década del Siglo XXI", in *Jornadas de Derecho Internacional* (Buenos Aires, novembre de 2006), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 2007, pp. 246-249.

CANÇADO TRINDADE, A.A "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), chap. XII, pp. 336-346 cité dans le Vote raisonné du juge Cancado Trindade dans la arrêt d'Interprétation du Penal Castro Castro du 2 Août 2008.

CANCADO TRINDADE, A.A Aproximations and convergences in the case –law of the european and inter-american courts of human rights in « Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (G. COHEN-JONATHAN ET J-F- FLAUSS (DIR), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 125.

CALLEWAERT, J, La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : La dimension substantielle, in « L'Europe de la subsidiarité », Bruylant, Bruxelles, 2000, p.52.

CALLEWAERT, J, "Justification du principe de subsidiarité", in "Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.350.

CASSESE A ET CLAPHAM, A (éd), La télévision transfrontière en Europe dans la perspective des droits de l'homme, Nomos 1990 et Libertés fondamentales et télévision européenne, RCADE, Florence, 1990.

COHEN, JONATHAN, G, Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme in Protection des droits de l'homme : La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rovi Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Bonn, p. 258.

COHEN- JONATHAN, G, La Liberté d'expression et le message publicitaire, RTDH janvier 1993, No spécial : Liberté d'expression, son étendue et ses limites, p. 69.

COHEN- JONATHAN, G, Liberté d'expression et publicité, RD, 1986, No, spécial « La publicité en Europe ».

COHEN- JONATHAN, G, « La libre circulation des informations par satellite » 1990, p. 313 s.

COMBACAU, J, "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", in *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981.

COUVREUR, P, L'épuisement des voies de recours internes et la Cour Européenne de droits de l'homme, Rev droit Belge, 1991.

CREMONA, J.J, « The thick hide of politicians and article 10 of the european convention on human rights in Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu- Tome Troisième, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.1805-1807.

DE FONTBRESSIN, P, La liberté d'expression, les obligations positives et un juste équilibre, R. T.D. H, 2001, p. 95 et ss

DE SALVIA, M, "L'élaboration d'un `jus commune' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'œuvre accomplie par la

Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. WIARDA* (eds. F. Matscher y H. Petzold), 2a. ed., Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990.

DELMAS- MARTY, M et IZORCHE, M-L, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit común pluraliste, in *Revue de droit de Mc Gill* (2001), Vol. 46, p. 925.

DUMAS, R, « La liberté d'information dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme et du Conseil Constitutionnel, pp. 447-457 in *Protection des droits de l'homme : La Perspective européenne*, « Mélanges à la memoire de ROLV RYSSDAL, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

DUFFY, P.F, « The Sunday Times case: Freedom of expression, Contempt of court and European, 1980.

DUFFY, P, Note sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans *Droits intangibles et états d'exception*, Bruylant, 1996, p.193.

DUPUY, P-M, Jus Cogens, dans "Dictionnaire des droits de l'homme" sous la direction de **ANDRIANTSIMBAZOVINA, J, GAUDIN, H, MARGUENAUD, J-P, RIALS, S ET SUDRE, F**, Paris, Puf, 2008, pp. 566-570.

FABRE- ALIBERT, V, La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 465-496.

FARBER, D, L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain in « La liberté d'expression aux États Unis et en Europe », Paris, Dalloz, 2008, p. 71-95.

FARINHA, P, L'article 15 de la Convention, Mel, Wiarda, Carl Heymanns, KG, 1990, p.521.

FIALAIRE, J, L'exemple de la France, in : « Droit et cultes 2009 » éds des PUAM, 2009.

FISS, O, Efecto silenciador de la Libertad de expresión, revue de théorie et de philosophie du droit « Isonomia », No. 4, Avril, 1996, pp. 18-27.

FLAUSS, J-F, La réparation due en cas de violation de la CEDH, *Journal de droit Européen*, 1996.

FLAUSS, J-F, La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une Cour Constitutionnelle ?, in « La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 91-92.

FLAUSS, J-F, Variations autour de l'influence extra-muros de la Convention Européenne des droits de l'homme, in « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers (J-F-FLAUSS), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 129-155

FLAUSS, J-F, La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme, Paris, R.T.D.H, 2005, p. 313-331.

FLAUSS, J-F, La Cour Européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression in « La liberté d'expression aux États Unis et en Europe », Paris, Dalloz, 2008, p. 104

FROMONT, M, Le principe de proportionnalité, Paris, AJDA, 1998, p. 156.

GALAND, Y, Les obligations de journalistes dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, R.T.D.H, 2002, p. 853-874.

GARCIA RAMIREZ, S, Las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, Estudios jurídicos, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2000, pp. 407 et sv.

GARCÍA RAMÍREZ, S, "Actualidad y perspectiva de la Cour Interamericana de derechos humanos" in BECERRA RAMIREZ, M, La Cour Interamericana de derechos humanos, (Compilador), México, UNAM, 2007, p. 23,

GIUSTI, M, Las criticas culturalistas de los Derechos Humanos en Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad (Editores: F. CORTÉS et M. GIUSTI) Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios filosóficos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Filosofía e Instituto de estudios políticos de la Universidad de Antioquia, 2007, p.304.

GREGORIO, C.G, de l'Institut de Recherche pour la Justice, travail présenté lors du Séminaire "Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC", Quito, Ecuador, 27 et 28 juin 2006, organisé par FLACSO avec le soutien de l'IDRC sur <http://www.ijlac.org/docs/censura.htm>

GROSSMAN, C, "La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" ("Freedom of Speech in the Inter-American System for the Protection of Human Rights"), 46 REVISTA IIDH 159, 2007.

GROSS ESPIELL, H, "Comisión et Cour Interaméricaines" in "Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettit, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 441.

JAFFRELOT, C, Comment expliquer la démocratie hors d'Occident » in « Démocraties d'ailleurs », Karthala, 2001, pp. 7-12.

KRSTICEVIC, V, VIVANCO, J.M, MENDEZ, J Y POTTER, D, « Libertad de expresión y seguridad nacional en el sistema interamericano de protección de derechos humanos in « Estudios básicos de derechos humanos », Tomo X, San José (CR), Instituto Interamericano de derechos humanos, 1998, p. 92.

KLEBES- PELISSIER, K, Internet et la liberté d'expression (à propos de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12, p. 393 sv, Liberté d'expression dans le champ de l'audiovisuel et Convention Européenne des droits de l'homme: les nouvelles Technologies, Mel Robert, Libertés, Montchrestien, 1998, p.391.

LAMBERT, P-H, « L'apparente simplicité des droits de l'homme: réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits », Paris, R.U.D.H, 1989, P. 24.

LAMBERT, P, « Racisme et liberté d'expression dans la Convention Européenne des droits de l'homme, pp. 735-742 in Protection des droits de l'homme : La Perspective européenne, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

LAMBERT, P, Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité in "L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p. 89.

LARRALDE, J-M, La liberté d'expression des fonctionnaires européens, RTDH, 2002.

LATRIVE, F, L'internet, in Le livre noir de la censure, Seuil, Paris, 2008 p.104-107.

LE MIRE, P, "article 17" dans "La Convention Européenne des droits de l'homme, L-D. PETTITI, E. DECAUX, Emmanuel, P-H IMBERT, Economica, 1995, pp. 511-522.

LESTER, Q.C, Universality versus Subsidiarity ; A replay, E.H.R.L.R, 1998, p.71-81.

LEFORT, CLAUDE, ¿Renaissance de la démocratie?, in Revue Pouvoirs, 1990, p. 8.

LEURQUIN DE VISSCHER, F, "Existe-t-il un principe de subsidiarité? in "Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.22.

LEVASSEUR, A, Liberté d'expression in « Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national : Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 183-196.

LOUCAIDES, L, Freedom of expression, in « Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national : Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 197-217.

LUKES, S Cinco Fábulas sobre los Derechos de l'Homme, en "De los Derechos de l'Homme", Madrid, Editorial Trotta 1998, p.29-46.

MACDONALD, R.ST.J. , Politicians and the presse in Protecting Human Rights : The European dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p.361-372.

MACDONNALD, R, The margin of appreciation, The Europe system for the protection of human rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 83- 124.

MACKAY OF CLASHFERN, L, The margin of appreciation and the need for balance, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 840.

MAILLARD, J, Freedom of Speech, The Internet and the cost of control: The french example dans « International law and politics, Vol. 33, 2001, p.1179-1234.

MALWE, C, « La Protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme »: Salvador Chiriboga c Equateur, 6 mai, 2008, Rev Trim, Droits de l'homme, 78/2009 in www.rtdh.eu.

MARGUENAU, J-P, Le juge judiciaire et l'interprétation européenne in L'interprétation de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1998 p. 249.

MATHIEU-IZORCHE, M-L « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, n° 1, p.25.

MEDINA, C, La libertad de expresión in « El Derecho Internacional de los Derechos Humanos », en C. Medina y J. Mera (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.

MORAN, (Ch-A), “La fin des règles fixes”, *Revue européenne des sciences sociales, Cahiers de Wilfredo Pareto*, 1996/2, No. 104, pp. 195-205.

MOURGEON, J, L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit in « Libertés, justice, tolérance ». *Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN- JONATHAN*, Vol II, Bruxelles, Bruylant, 2004 p. 1278.

MORANGE, J, La liberté d'expression, ¿Que sais-je ?, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p.72.

MORANGE, J, La conception française de la liberté d'expression, in « La liberté d'expression aux États- Unis et en Europe », Paris, Dalloz, 2008,

NAQVI, Y, El derecho a la verdad en el derecho internacional : ¿Realidad o ficción ? in *International Review of the red Cross*, Juin 2006, No 862.

NIKKEN, P, El concepto de los derechos humanos in *Estudios básicos de derechos humanos*, Vol I, Instituto Interamericano de derechos humanos, 1985.

O'DONNELL, G, “Delegative democracy” *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, 1994, pp. 55 et 56.

OLINGA, A.D et C. PICHERAL, C, “La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des droits de l'homme, Paris, RTDH 1995.

PACZOLAY, P, "Consensus et discretion: evolution ou erosion de la protection des droits de l'homme?" en *Dialogue entre juges*, Ed. ECHR, Strasbourg, 2008, p. 113.

PAUTI, C, Sur l'affaire Lautsi c. Italie, arrêt du 3 novembre 2009, 2010, *AJDA*, p. 563- 567.

PETTITI, L-E Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel, *Liber amicorum*, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995, p.319 s.

PETTITI, L-E, La liberté d'expression dans la Convention Européenne des droits de l'homme et la vie politique » in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos « Droit et justice »*, Paris, Éditions A. Pedone, 1999, p. 459.

PUECHAVY, M, La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour Européenne des droits de l'homme dans « Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen G. COHEN- JONATHAN, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, p. 1299-1315.

KAISER, M et LAMBERT, P, “Le délai de six mois” dans “La procédure devant la nouvelle Cour Européenne des droits de l’homme après le Protocole N.11, p.61 et ss.

RIVERA JUARISTI, F, “La competencia racione temporis de la Corte Interamericana en casos de desapariciones forzadas: una crítica del caso Heliodoro Portugal vs Panamá in Revista CEJIL, año IV, N.5 Diciembre 2009, p. 20-37.

RODRIGUEZ- PINZON, D, “La Comisión Interamericana de derechos humanos” in Derecho Internacional de los derechos humanos (C. MARTIN- D. RODRIGUEZ- PINZON et J. A. GUEVARA. Compiladores), México, Editorial Fontamara- Universidad Iberoamericana, 2004, p. 201.

SALVIOLI, F.O, “Derechos, Acceso y Rol de las Víctimas”, in *El futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 295-342.

SCHAUER, F, The boundaries of the first Amendment: a Preliminary exploration of Constitutionnal salience, Harvard Rev. 1765, 2004.

SUDRE, F, Les aléas de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme, in *Melanges en hommage à L.E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 686 et ss.

SUDRE, F, « Les obligations positives dans la jurisprudence Européenne des droits de l’homme, in *Protection des droits de l’homme : La Perspective européenne*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p.1362.

SUDRE, F, « Le pluralisme saisi par le juge Européen » “Universalisme et pluralisme, Droit et pluralisme, Dir. L. FONTAINE, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.286.

TAVERNIER, P, Quelques réflexions sur la protection des minorités par la CEDH in « Un droit pour des hommes libres : Études en l’honneur du professeur Alain Fenet », Paris, Lexis/Nexis, 2008, p. 256.

TAVERNIER, P, « L’ONU et l’affirmation de l’universalité des droits de l’homme dans R.T.D.H, 1997, p. 393.

TAVERNIER, P, Article 15 in L-D. PETTITI, E. DECAUX ET P. IMBERT, La Convention Européenne de droits de l’homme, *Economica*, 1999, p.498.ss.

TAVERNIER, P, The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention on Human rights: It’s leegitimacy in Theory and application in practice, *H.R.L.J*, 1998, P. 1-36.

THIESSE, A-M, Les identités nationales : un paradigme transnational, dans « Repenser le nationalisme, sous la direction de Alain Dieckhoff et Christophe Jaffrelot, Paris, Sciences Po, 2006, p. 193-226.

TORDEURS, E, “La publicité comparative : comment le rejet du (des) concurrent(s) est-il mis en oeuvre dans les publicités comparatives ? Sont-elles perçues différemment par le public en fonction de la manière dont elles traitent le(s)

concurrent(s) / Elyse Tordeurs, Gisèle Warichet ; Philippe Marion, promoteur, Editeur Louvain-la-Neuve : UCL, 2004.

TRIGROUDJA, H et PANOUSSIS, La Cour interaméricaine des droits de l'homme, in « Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse », Bruxelles, Bruylant, 2003.

TROPER, M, "Le pouvoir judiciaire et la démocratie in " Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen- Jonathan, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1571- 1586.

TRUJILLO, A et I. TRUJILLO, I "La polémique relative à la juridicité des droits sociaux" in Fondations et naissances des droits de l'homme, L. Harmattan, 2003, pp. 429-438.

TULKENS F et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, n°1.

UPRIMNY, R, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales formas de justicia transicional y el cas colombiano in ¿Justicia transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá, Dejusticia 2004, p.17-45.

UPRIMNY, R, BOTERO,C, JARAMILLO, J-F, La información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada, in "Libertad de prensa y derechos fundamentales, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 19-20.

VAN BOVEN, T, Democratie, droits de l'homme et solidarité in "Démocratie et droits de l'homme, Strasbourg, Editions N.P. Engel 1990, p. 127.

VAN COMPERNOLE, J, " Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts, in Nouveau itinéraires en droit, Hommage à Francois Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495-506.

VAN HOOF, G.H.J, The legal nature of economic, social and cultural rights: A Rebuttal of some tradicional views, en P. ALSTON et K. TOMASEVSKI, The right to food, Utrecht, 1984.

VERDUSSEN, M, "Subsidiarité et circularité", dans Le principe de subsidiarité sous la direction de F. DELPEREE, Bruxelles, L.G.D.J, Bruyant, 2002, p.315.

VIVANCO, J.M., "Las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I, editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

WACHMANN, P, "Participation, communication, pluralisme" in Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?, *A.J.D.A* No. spécial, juillet-août 1998, p. 166.

WACHSMANN, P, « Une certaine marge d'appréciation : Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression » in « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1025 et ss.

WECKEL, P, Les mesures conservatoires devant les juridictions internationales de caractère universel in G COHEN JONATHAN, J.F KLAUS (dir), Mesures conservatoires et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2005.

XYNOPOULUS, G, Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce dans P.J. Pararas, État-loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas. P. Spilitopoulos, Bruxelles/Athènes, Bruylant, 1998.

ZOLLER, E, La Cour Suprême des États- Unis et la liberté d'expression in « La liberté d'expression aux États- Unis et en Europe », Paris, Dalloz, 2008, pp. 253-288.

III. JURISPRUDENCE, RAPPORTS RÉGIONAUX ET OBSERVATIONS

Documents fondamentaux en matière de droits de l'homme sur : www.oas.org

1. Jurisprudence interaméricaine

a. Comisión Interamericana des droits de l'homme

Les rapports généraux et spéciaux de la Com IDH sont consultables sur la base de données <http://www.cidh.org/Default.htm>

i. Rapports généraux

Rapports généraux de la Com IDH 1980-2010

ii. Rapport spéciaux par pays ou par thème

Rapports de l'Observatoire de la Liberté d'Expression 1999- 2009.

Rapport spécial sur la situation des droits de l'homme en Argentine du 11 avril 1980.

Rapport spécial sur la situation des droits de l'homme au Pérou, 1993.

Rapport spécial sur la situation des droits de l'homme au Salvador du 11 février 1994.

Rapport spécial *sur sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos* du 17 février 1995.

Rapport spécial sur la situation des droits de l'homme en Colombie, le 26 février 1999.

Rapport spécial de la CIDH, Derechos Humanos y Terrorismo, 2002.

Rapport « La situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juarez (Méjico): El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, 7 mars 2003.

Rapport spécial sur la situation des droits de l'homme en Paraguay /2001.

iii. Rapports individuels

- Com IDH, Rapport No. 6/84, ABC Color c. Paraguay du 17 mai, 1984.
- Com IDH, Rapport No. 14/87, Radio Ñanduti c. Paraguay, du 28 mars 1987.
- Com IDH, Rapport No. 15/89, Jorge Blanco c. Republique Dominicaine, 12 avril 1989.
- Com IDH, Rapport 31/93, Salas et autres c. États- Unis du 14 octobre, 1993.
- Com IDH, Rapport No. 1/95, Alan García c Pérou du 7 février 1995.
- Com IDH Rapport No. 11,673, Marzioni c. Argentina, 15 octobre 1996.
- Com IDH, Rapport No.2/96, Clark c. la Grenade, 1 mars 1996.
- Com IDH, Rapport No. 11/96, Martorell c. Chili, 3 mai 1996.
- Com IDH, Rapport No. 29/96, Gomez Lopez c. Guatemala, 16 Octobre 1996.
- Com IDH, Rapport No.39/96, Marzioni c. Argentina du 15 Octobre 1996.
- Com IDH, Rapport N.º 5/97, Reniciar et autres c. Colombie du 12 mars 1997.
- Com IDH, Rapport No. 36/96, Héctor Marcial Garay Herмосilla et autres c. Chili du 14 mars 1997.
- Com IDH, Rapport No. 30/97, Gustavo Carranza c. Argentine du 30 septembre 1997.
- Com IDH, Rapport No. 47 de 1997, Tabacalera Boquerón c. Paraguay du 16 octobre 1997.
- Com IDH, Rapport No. 38/97, Hugo Bustíos Saavedra c. Pérou, 16 octobre 1997.
- Com IDH, Rapport No. 8/98; Saccone c. Argentine, 2 mars 1998.
- Com IDH, Rapport No. 3/98, Tarcisio Medina c. Colombie, 7 avril 1998.
- Com IDH, Rapport No. 87/98, Vila Masot c. Venezuela, 12 octobre 1998.
- Com IDH, Rapport No. 1/99, Lucio Parada Cea et autres c. El Salvador du 27 janvier 1999.
- Com IDH, Rapport No. 50/ 99, Héctor Félix Miranda c. Mexique du 13 avril 1999.
- Com IDH, Rapport No. 103/99, Bernard Merens y Familia c. Argentina du 27 septembre 1999.
- Com IDH, Rapport No.130/99, Victor Oropeza c. Mexique, 19 Novembre 1999.
- Com IDH, Rapport No. 71/99, Martha Lucia Alvarez Giraldo c. Colombia, 4 mai 1999.
- Com IDH, Rapport No. 39 de 1999, Mevopal c. Argentina du 11 mars 1999.

- Com IDH, Rapport No. 38/00 Baptiste c. Grenada, du 13 avril, 2000.
- Com IDH, Rapport No. 25/00 Schroeter y Bowleg c. Bahamas du 27 septembre, 2000.
- Com IDH, Rapport No. 55/00, Alejandra Mattus c. Chili du 2 Octobre, 2000.
- Com IDH, Rapport No. 34/01, Massacre de Mapiripán c. Colombie du 22 février 2001.
- Com IDH, Rapport No. 69/01, Cristian Scheib Campos c. Chile du 14 juin 2001.
- Com IDH, Rapport No. 122 /01, Wilma Rosa Posadas c. Argentina du 10 octobre 2001.
- Com IDH, Rapport No. 3/04, Horacio Verbitsky c. Argentina du 24 Février 2004.
- Com IDH, Rapport No. 02/05, C. Alberto Mohamed c Argentina du 22 février 2005.
- Com IDH, Rapport N.83 /05, Carlos Alberto López Urquía c Honduras, 24 Octobre, 2005.
- Com IDH, Rapport No.90/05, Alejandra Mattus c. le Chili du 24 Octobre 2005.
- Com IDH, Rapport No. 11/07, Nicaragua c Costa Rica du 8 mars 2007.
- Com IDH, Rapport No. 42/08, Karen Atala e Hijas c. Chile du 23 juillet 2008.

b. Cour Interamericaine de Droits de l'homme

Les arrêts, les avis consultatifs et les mesures provisoires de la Cour IDH sont consultables sur la base de données <http://www.corteidh.or.cr/>

1. Arrêts utilisés

- Cour IDH, Affaire Viviana Gallardo et autres, arrêt du 13 novembre 1981.
- Cour IDH, Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras arrêt de fond et réparations du 26 juin 1987.
- Cour IDH, Affaire Godínez Cruz c. Honduras, arrêt du 20 janvier 1989.
- Cour IDH, Affaire Fairén Garbi et Solís Corrales c. Honduras, arrêt du 15 mars 1989.
- Cour IDH, Affaire Gangaram Panday c. Surinam, arrêt d'exceptions préliminaires du 4 décembre 1991.
- Cour IDH, Affaire Neira Alegría et autres c. Perou, arrêt de fond du 19 janvier 1995.
- Cour IDH, Affaire Genie Lacayo c. Nicaragua, arrêt d'exceptions préliminaires du 27 janvier 1995.
- Cour IDH, Affaire Caballero Delgado et Santana c. Colombia, arrêt du 8 décembre 1995.

- Cour IDH, Affaire Paniagua Morales et autres, arrêt d'exceptions préliminaires du 25 janvier 1996.
- Cour IDH, Affaire Blake c. Nicaragua, arrêt d'exceptions préliminaires du 2 juillet 1996.
- Cour IDH, Affaire Castillo Páez c. Perú, arrêt d'exceptions préliminaires du 30 janvier 1996.
- Cour IDH, Affaire Genie Lacayo c. Nicaragua, arrêt de fond et réparations du 29 janvier 1997.
- Cour IDH, Affaire Blake c. Nicaragua, arrêt d'exceptions préliminaires du 24 janvier 1998.
- Cour IDH, Affaire Garrido et Baigorria c. Argentine, arrêt fond et réparations du 27 août 1998.
- Cour IDH, Affaire Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires du 3 septembre 1998.
- Cour IDH, Affaire Castillo Páez c. Pérou, arrêt de fond et réparations du 27 novembre 1998.
- Cour IDH, Affaire Loayza Tamayo c. Perú, arrêt de réparations du 27 novembre 1998.
- Cour IDH, Affaire Castillo Petruzzi c. Pérou, arrêt fond et réparations du 4 septembre 1998.
- Cour IDH, Affaire Suárez Rosero c. Ecuador, arrêt du 20 janvier 1999.
- Cour IDH, Affaire Blake c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 22 janvier 1999.
- Cour IDH, Affaire Tribunal Constitucional c. Pérou, arrêt sur la compétence du 24 septembre 1999.
- Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c. Pérou, arrêt sur la compétence du 24 septembre 1999.
- Cour IDH, Affaire Baena Ricardo c. Panamá, arrêt de fond et réparations du 18 novembre, 1999.
- Cour IDH, Affaire Villagrán Morales et autres c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 19 novembre 1999.
- Cour IDH, Affaire Comunidad Mayagna c. Nicaragua, arrêt de fond et réparations du 1 février, 2000.
- Cour IDH, Affaire Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt de fond et réparations du 18 août 2000.

- Cour IDH, Affaire de Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 25 novembre 2000.
- Cour IDH, Affaire Las Palmeras c. Colombie, arrêt de fond et réparations du 4 février 2000.
- Cour IDH, Affaire Dernière tentation du Christ c. Chili, arrêt d'exceptions préliminaires du 5 février 2001.
- Cour IDH, Affaire Ivcher Bronstein c Pérou, arrêt de fond et réparations du 6 février, 2001.
- Cour IDH, Affaire Barrios Altos c Pérou, arrêt de fond et réparations du 14 mars 2001.
- Cour IDH, Affaire Paniagua Morales et autres c. Perou, arrêt de fond et réparations du 25 mai 2001.
- Cour IDH, Affaire Benjamín et autres c. Trinidad et Tobago, arrêt d'exceptions préliminaires du 1 septembre 2001.
- Cour IDH, Affaire Cantos c. Argentine, arrêt d'exceptions préliminaires du 7 septembre 2001.
- Cour IDH, Affaire Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt de fond et réparation du 3 décembre 2001.
- Cour IDH, Affaire Trujillo Oroza c. Bolivie, arrêt de fond et réparation du 27 février 2002.
- Cour IDH, Affaire Bámaca Velásquez c. Guatemala, arrêt de fond et réparations du 22 février 2002.
- Cour IDH, Affaire, Hilaire, Constantine, Benjamín et autres c Trinidad y Tobago, arrêt de fond et réparations du 21 juin 2002.
- Cour IDH, Affaire El Caracazo c. Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 29 août 2002.
- Cour IDH, Affaire Cinco Pensionistas c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparation du 28 février, 2003.
- Cour IDH, Affaire Juan Humberto Sanchez c Honduras, arrêt du 7 juin 2003.
- Cour IDH, Affaire Bulacio c Argentina, arrêt de fond et réparation du 18 septembre 2003.
- Cour IDH, Affaire Myrna Mack Chang c. Guatemala, arrêt de fond et réparation du 25 novembre 2003.
- Cour IDH, Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 2 juillet 2004.

- Cour IDH, Affaire 19 comerciantes c. Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 5 juillet 2004.
- Cour IDH, Affaire Molina Theissen c Guatemala, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 3 juillet 2004.
- Cour IDH, Affaire Frères Gómez Paquiyauri c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 8 juillet 2004.
- Cour IDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 31 août 2004.
- Cour IDH, Affaire Tibi c. Equateur, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 7 septembre, 2004.
- Cour IDH, Affaire Carpio Nicolle et autres c. Guatemala, arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations du 22 novembre 2004.
- Cour IDH, Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 1^{er} mars 2005.
- Cour IDH, Affaire Huilca Tecse c. Perou, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 3 mars 2005.
- Cour IDH, Affaire Caesar c Trinidad et Tobago, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 11 mars 2005.
- Cour IDH, Affaire Moiwana c Suriname, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 15 juin, 2005.
- Cour IDH, Affaire Yakye Axa c Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 17 juin, 2005.
- Cour IDH, Affaire Yatama c Nicaragua, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 23 juin, 2005.
- Cour IDH, Affaire Gutiérrez Soler c. Colombia, arrêt d'exception préliminaire, fond, réparations du 12 septembre 2005.
- Cour IDH, Affaire Massacre de Mapiripán c. Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 15 septembre 2005.
- Cour IDH, Affaire Blanco Romero c Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations 5 du Nov, 2005.
- Cour IDH, Affaire Palamara Iribarne c. Chili, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 22 de noviembre de 2005.
- Cour IDH, Affaire López Álvarez c. Honduras, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 1^{er} février 2006.
- Cour IDH, Affaire Sawhoyamaxa c Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 29 mars, 2006.

- Cour IDH, Affaire des Massacres de Ituango c. Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 1^{er} juin 2006.
- Cour IDH, Affaire Claude Reyes et autres c. Chili, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 19 septembre, 2006.
- Cour IDH, Affaire Goiburú et autres c. Paraguay, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 22 septembre 2006.
- Cour IDH, Affaire du Massacre de Pueblo Bello c. Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 31 janvier 2006.
- Cour IDH, Affaire Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations du 7 février 2006.
- Cour IDH, Affaire du Massacre de la Rochela c. Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 11 mai 2007.
- Cour IDH, Affaire García Prieto et autres c. Salvador, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 20 novembre 2007.
- Corte IDH, Affaire Chaparro Álvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 21 de Noviembre de 2007.
- Cour IDH, Affaire Pueblo Saramaka c. Surinam, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 28 Novembre 2007.
- Cour IDH, Affaire Kimel c. Argentine, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 2 mai, 2008.
- Cour IDH, Affaire Salvador Chiriboga c Equateur, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 6 mai, 2008.
- Cour IDH, Affaire Heliodoro Portugal c. Panamá, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 12 août 2008.
- Cour IDH, Cas Bayarri c. Argentina, arrêt d'exception préliminaire, fond, réparations et dépends du 30 octobre 2008.
- Cour IDH, Affaire Ticona Estrada et autres c Bolivia, arrêt de fond, réparations et dépends du 27 novembre 2008.
- Cour IDH, Affaire Valle Jaramillo c Colombie, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 27 Novembre 2008.
- Cour IDH, Affaire Tristán Donoso c. Panamá, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 27 janvier 2009.
- Cour IDH, Affaire Ríos et autres c. Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations 28 janvier 2009.
- Cour IDH, Affaire Perozo et autres c Venezuela, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 29 janvier 2009.

- Cour IDH, Affaire *Kawas c Nicaragua*, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 3 avril 2009.
- Cour IDH, Affaire *Reverón Trujillo c. Venezuela*, arrêt d'exception préliminaire, fond, réparations du 30 juin 2009.
- Cour IDH, Affaire *Campo Algodonero c. Mexique*, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 18 novembre 2009.
- Cour IDH, Affaire *Usón Ramírez c Venezuela*, arrêt d'exceptions préliminaires fond et réparations du 20 Novembre 2009.
- Cour IDH, Affaire *Masacre de las dos Erres c. Guatemala*, arrêt de fond et réparations du 24 novembre 2009.

2. Avis consultatifs

- Cour IDH, "Otros Tratados", objet de la fonction consultative de la Cour, article 64, Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, OC-1/82 du 24 septembre 1982.
- Cour IDH, "Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos de l'Homme", articles 74 et 75, OC-2/82, du 24 septembre 1982.
- Cour IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 et 29 Convención Americana sobre Derechos de l'Homme). OC-5/85 du 13 novembre 1985.
- Cour IDH, "La Expresión 'Leyes'". Article 30 de la Convention Américaine sur les droits de l'homme, OC-6/86 du 9 mai 1986.
- Cour IDH "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta". Articles 14.1, 1.1 et 2º de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, OC-7/86 du 29 août 1986.
- Cour IDH, "El Hábeas Corpus Bajo la Suspensión de Garantías". Article 27.2, 25.1, 7.6 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, OC N°. 8/87 du 30 janvier 1987.
- Cour IDH, "Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos", articles 46.1, 46, 2a. y 46.2b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-11/90 du 10 août 1990.
- Cour IDH, avis consultatif No. 18 "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", OC-18/03 du 17 septembre 2003.

3. Mesures Provisoires

- Cour IDH, Mesures provisoires, Herrera Ulloa c Costa Rica, 7 septembre, 2001.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Castañeda Guzmán c México, 25 Novembre, 2005.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Communauté Sumo Awas Tingni c. Nicaragua, 6 septembre, 2002.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Liliana Ortega c Venezuela, (Radio Caracas Televisión. RCTV, 6 Juillet, 2004.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Castañeda Guzmán c Mexique, 25 Novembre, 2005.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Kankuamo c Colombie, 4 Juillet 2005.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Urso Blanco c Venezuela, 7 Juillet 2004.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Massacre Plan Sanchez c Guatemala, 11 Novembre 2006.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Haïtienne". et Dominicains d'origine haïtienne" c. République Dominicaine, 2 Février 2006.
- Cour IDH, Mesures provisoires, Kankuamo c Colombie, 5 juillet, 2004.

2. Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme

Les arrêts de la Cour EDH sont consultables sur la base de données <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

- Cour EDH, Affaire Greece c. Royaume Uni, arrêt du 1958.
- Com EDH, Rapport De Becker c. Belgique du 8 janvier, 1960.
- Cour EDH, Affaire Lawness c. Irlande, arrêt du 15 novembre, 1960.
- Cour EDH, Affaire linguistique belge (condamnation de la Belgique), arrêt du 23 juillet, 1968.
- Com EDH, Affaire Danemark, Norvège, Suède et Pays Bas c. Grèce (The Greek Case) arrêt du novembre 1969.
- Cour EDH, Affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 10 mars 1972.
- Cour EDH, Affaire Syndicat national de police belge c Belgique, arrêt du 27 octobre 1975.
- Cour EDH, Affaire Golder c Royaume Uni, arrêt du 21 février, 1975.

- Cour EDH, Affaire Irlande c Royaume- Uni, arrêt du 25 janvier 1976.
- Cour EDH, Affaire Handyside c. Royaume Uni, arrêt du 7 Décembre, 1976.
- Cour EDH, Affaire Sunday Times c. Royaume Uni, arrêt du 26 avril 1979.
- Cour EDH, Affaire Dudgeon c. Royaume Uni, arrêt du 22 octobre 1981.
- Com EDH, Affaire X et Y c. Belgique, arrêt du 13 mai, 1982.
- Cour EDH, Affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, arrêt du 10 octobre 1982.
- Cour EDH, Affaire Campbell et Cosans c Royaume- Uni, arrêt du 22 mars 1983.
- Cour EDH, Affaire De Jong, Balget et Van den Brink c. Pays Bas, arrêt du 22 mai 1984.
- Cour EDH, Affaire Colozza et Rubinat c Italie, arrêt du 12 février 1985.
- Cour EDH, Affaire Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985.
- Cour EDH, Affaire Lingens c l'Autriche, arrêt du 8 juillet, 1986.
- Cour EDH, Affaire Verlag Gmbh et al c. Allemagne, arrêt du 18 décembre 1987.
- Cour EDH, Affaire Norris c. Irlande, arrêt du 26 octobre 1988.
- Cour EDH, Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, arrêt du 20 novembre 1989.
- Cour EUR. Affaire D. H.Kruslin c. France, arrêt du 24 avril 1990.
- Cour EDH, Affaire Autronic AG c. Suisse, arrêt, 22 mai, 1990.
- Cour, EDH, Affaire Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990.
- Cour EDH, Affaire Groppera Radio c Suisse, arrêt 28 mars, 1990.
- Cour EDH, Affaire McCallun c. Royaume Uni, arrêt du 30 aout 1990.
- Cour EDH, Affaire Darby c. Suede, arrêt du 23 octobre 1990.
- Cour EDH, Affaire Cardot c France, arrêt du 19 mars, 1991.
- Cour EDH, Affaire Oberschlick c. l'Autriche, arrêt du 23 mai 1991.
- Cour E.D.H., Affaire Motta c. Espagne, arrêt du 19 février 1991.
- Cour EDH, Affaire X c. France, arrêt du 31 mars 1992.
- Cour EDH, Affaire Castells c. Espagne, arrêt du 23 avril 1992.
- Cour EDH, Affaire Thogeir Thogeirson c Islande, arrêt du 25 juin 1992.
- Cour EDH, Affaire Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, arrêt du 29 octobre 1992.
- Cour EDH, Affaire Hadjianastassiou c. Grèce, arrêt du 16 décembre, 1992.
- Cour EDH, Affaire kokinnakis c. Grece, arrêt du 25 mai 1993.

- Cour EDH, Affaire Ruiz Mateos c Espagne, arrêt du 23 juin, 1993.
- Cour EDH, Affaire Chorherr c. l'Autriche, arrêt du 23 Aout, 1993.
- Cour EDH, Affaire Informationsverein Lentia c Autriche, arrêt du 24 novembre 1993.
- Cour EDH, Affaire Casado Coca c. Espagne, arrêt du 24 février 1994.
- Com EDH, Affaire Brind et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 9 mai 1994.
- Cour EDH, Affaire Otto-Preminger-Institut c. l'Autriche, arrêt du 20 septembre 1994.
- Cour EDH, Affaire Lala c. Pays-Bas, arrêt du 22 septembre 1994.
- Cour EDH, Affaire Pelladoah c. Pays-Bas, arrêt du 22 septembre 1994.
- Cour EDH, Affaire Jersild c Danemark, arrêt du 23 septembre, 1994.
- Cour EDH, Affaire Kroon et autres c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre, 1994.
- Cour EDH. Affaire Boner c. Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 1994.
- Cour EDH, Affaire Ruiz Torija c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994.
- Cour EDH, Affaire Vereniging Weekblad *Bluf !* c. Pays-Bas, arrêt du 9 février 1995.
- Cour EDH, Affaire Loizidou versus Turkey, arrêt du 23 mars 1995.
- Cour EDH, Affaire Kefalas et autres c Grèce, arrêt du 8 juin, 1995.
- Corte EDH, Affaire Prager et Oberschlick c. Autriche, arrêt du 26 avril 1995.
- Cour EDH, Affaire Tolstoy Miloslavsky v Royaume Uni, arrêt du 13 juillet 1995.
- Cour EDH, Affaire Mc Cann et autres c Royaume Unie, arrêt du 27 septembre 1995.
- Cour EDH, Affaire Goodwin c. Royaume Uni, arrêt du 27 mars, 1996.
- Com EDH, Affaire Kustannus Oy Vappa Ajatteliija AB et al c Finlande, arrêt du 15 Avril, 1996.
- Com EDH, Affaire Guerra et autres c Italie, arrêt du 6 juin 1996.
- Cour EDH, Affaire Akdivar contre Turquie, arrêt du 16 septembre 1996.
- Cour EDH, Affaire Aksoy contre Turquie, arrêt du 18 décembre 1996.
- Cour EDH, Affaire Guillemin c. France, arrêt du 21 février 1997.
- Cour EDH, Affaire De Haes et Gijssels c. Belgique, arrêt du 24 février 1997.
- Cour EDH, Affaire D c. Royaume- Uni, arrêt du 2 mai 1997.
- Cour EDH, Affaire Worm c. Autriche, arrêt du 29 août 1997.
- Cour EDH, Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, arrêt du 30 janvier 1998.

- Cour EDH, Affaire El Guarti c France, arrêt du 23 avril 1998.
- Cour EDH, Affaire Schopfer c. Suisse, arrêt du 20 mai 1998.
- Com EDH, Affaire Durrand c France, arrêt du 20 mai 1998.
- Cour EDH, Affaire Muller c. Suisse, arrêt 24 mai 1998.
- Cour EDH, Affaire Parti socialiste et autres c Turquie, arrêt du 25 mai 1998.
- Cour EDH, Affaire Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998.
- Cour EDH, Affaire Hertel c Suisse, arrêt du 31 Aout 1998.
- Cour EDH, Affaire Lehideux et Isorni c. France, arrêt du 23 septembre 1998.
- Cour EDH, Affaire Osman c. Royaume Unie, arrêt du 28 Octobre 1998.
- Corte EDH, Affaire Fressoz er Roire c. France, arrêt du 21 janvier 1999.
- Cour EDH, Affaire Janowski contra Pologne, arrêt du 21 janvier 1999.
- Cour EDH, Affaire Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, arrêt du 9 avril 1999.
- Cour, EDH, Affaire Cakici c. Turquie, arrêt du 8 juillet 1999.
- Cour EDH, Affaire Surek and Ozdemir c. Turquie, arrêt du 8 Juillet 1999.
- Cour EDH, Affaire Karatas c. Turquie, arrêt du 8 juillet 1999.
- Cour EDH, Affaire Okcuoglu c Turquie, arrêt du 8 juillet 1999.
- Cour EDH, Affaire Dalban c. Roumanie, arrêt du 28 septembre 1999.
- Cour EDH, Affaire Almeida Garrêtt et autre c Portugal, arrêt du 11 janvier 2000.
- Cour EDH, Affaire Ozgur Gundem c. Turquie, arrêt 16 mars 2000.
- Cour EDH, Affaire Rotaru c Roumanie, arrêt du 4 mai 2000.
- Cour EDH, Affaire Aksoy c. Turquie, arrêt 28 mars 2000.
- Cour EDH, Affaire Kiliç c. Turquie, arrêt du 28 mars 2000.
- Cour EDH, Affaire Timurtas c Turquie, arrêt du 13 juin 2000.
- Cour EDH, Affaire Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH c. Autriche arrêt du 21 Septembre, 2000.
- Cour EDH, Affaire Diez de Revenga et Lopez Galiacho Perona c. Espagne, arrêt du 12 décembre 2000.
- Cour EDH Affaire Lopes Gomes Da Silva c. Portugal, arrêt du 28 décembre 2000.
- Cour EDH, Affaire Chapman c. Royaume Uni, arrêt du 18 janvier 2001.
- Cour EDH, Affaire Jerusalem c. Autriche, arrêt du 27 février 2001.
- Cour EDH, Affaire Thoma c. Luxembourg, arrêt du 29 mars 2001.
- Cour EDH, Affaire Tammer c. Estonie, arrêt du 4 avril 2001.

- Cour EDH, Affaire Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, arrêt du 28 juin 2001.
- Cour EDH, Affaire Feldek c. Slovaquie, arrêt du 12 Juillet 2001.
- Cour EDH, Affaire Horvat c. Croatie, arrêt du 26 juillet 2001.
- Cour EDH, Affaire Al Adsani c. Royaume Uni, arrêt du 21 novembre 2001.
- Cour EDH, Affaire Vogt c. Allemagne, arrêt 22 novembre 2001.
- Cour EDH, Affaire Pedersen et Baadsgaard, arrêt du 22 novembre 2001.
- Cour EDH, Affaire Dichand and others c. Autriche, arrêt du 26 février 2002.
- Cour EDH, Affaire Krone Verlag GMBH et Co KG c. Autriche, arrêt du 26 février 2002.
- Cour EDH, Affaire Karaboc et autres c Turquie, arrêt du 15 octobre 2002.
- Cour EDH, Affaire Colombani et autres c. France, arrêt du 25 septembre 2002.
- Cour EDH, Affaire Stambuk c. Allemagne, arrêt du 17 octobre 2002.
- Cour EDH, Affaire Demuth c. Suisse, arrêt du 5 Novembre 2002.
- Cour EDH, Affaire Broniowski c Pologne, arrêt du 19 décembre 2002.
- Cour EDH, Affaire Mamatkulov et Askarov c Turquie, arrêt du 6 février 2003.
- Cour EDH, Affaire Refah Partisi c. Turquie, arrêt du 13 février 2003.
- Cour EDH, Affaire Novoseletskiy c Ukraine, arrêt du 11 mars 2003.
- Cour EDH, Affaire Garaudy c. France, arrêt du 24 mars 2003.
- Cour EDH, Affaire Radio Hele Norge c. Norvège, arrêt du 6 mai 2003.
- Cour EDH, Affaire Ste Prisma Presse c. France, arrêt du 1 juillet 2003.
- Cour EDH, Affaire Murphy c. Irlande, arrêt du 10 juillet 2003.
- Cour EDH, Affaire Krone Verlag Gmbh et Co K.G c. Autriche, arrêt 11 février 2004.
- Cour EDH, Affaire Radio- France c. France, arrêt du 30 mars 2004.
- Cour EDH, Affaire Assanidze c Georgia, arrêt du 8 avril 2004.
- Cour EDH, Affaire Editions Plon c. France, arrêt 18 mai 2004.
- Cour EDH, Affaire Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie, arrêt du 27 mai 2004.
- Cour EDH, Affaire Caldeheiros Lopes et autres c Portugal, arrêt du 3 juin 2004.
- Cour EDH, Affaire Broniowski c Pologne, arrêt du 22 juin 2004.
- Cour EDH, Affaire Chauvy et autres c. France, arrêt du 29 juin 2004.
- Cour EDH, Affaire Von Hannover c. Allemagne, arrêt du 24 septembre 2004.

- Cour EDH, Affaire Karhuvaara and another c. Finland, arrêt du 16 novembre 2004.
- Cour EDH Cumpana et Mazare c. Roumanie, arrêt du 17 décembre 2004.
- Cour EDH, Affaire Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, arrêt du 17 décembre 2004.
- Cour EDH, Affaire Grinberg c. Russie, arrêt du 21 janvier 2005.
- Cour EDH, Affaire Steel et Mores c Royaume Uni, arrêt du 15 février 2005.
- Cour EDH, Affaire Natchova et autres c. Bulgarie, arrêt du 6 juillet 2005.
- Cour EDH, Affaire Steel et Morris c. Royaume Uni, arrêt du 15 mai 2005.
- Cour EDH, Affaire Bulga c Turquie, arrêt du 20 septembre 2005.
- Cour EDH, Affaire I.A. contre la Turquie, arrêt du 13 septembre 2005.
- Cour EDH, Affaire Leyla Sahin c. Turquie, arrêt du 10 novembre 2005.
- Cour EDH, Affaire Aoulmi c France, arrêt du 17 janvier 2006.
- Cour EDH, Affaire Giniewski c. France, arrêt du 31 janvier 2006.
- Cour EDH, Affaire D.H c. République tchèque, arrêt du 7 février 2006.
- Cour EDH, Affaire Sejdivic c. Italie, arrêt du 1^{er} mars 2006.
- Cour EDH, Affaire Scordino c Italie, arrêt du 21 mars 2006.
- Cour EDH, Affaire Brasilier c. France, arrêt du 11 avril 2006.
- Cour EDH, Affaire Olachea c. Espagne, arrêt du 10 août 2006.
- Cour EDH, Affaire Halis Dogan c. Turquie, arrêt du 10 octobre 2006.
- Cour EDH, Affaire Medya FM Radio c. Turquie, arrêt du 16 novembre 2006.
- Cour EDH, Affaire Windrove c. Royaume Uni, arrêt du 25 Novembre 2006.
- Cour EDH, Affaire Odabaşı et Niyazi Koçak c. Turquie, arrêt du 3 juillet 2006.
- Cour EDH, Affaire Mamère c. France, arrêt du 7 novembre 2006.
- Cour EDH, Affaire Kalifatstaat c. Allemagne, arrêt de recevabilité du 11 décembre 2006.
- Cour EDH, Affaire Kommersant Moldovoy c. Moldovie, arrêt du 9 janvier 2007.
- Cour EDH, Affaire Falakaoglu c. Turquie, arrêt du 23 janvier 2007.
- Cour EDH, Affaire Vereinigung Bilbender Künstler c. Autriche, arrêt du 25 janvier 2007.
- Cour EDH, Affaire Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique, arrêt du 9 février 2007.
- Cour EDH, Affaire Ulusoy et al c. Turquie, arrêt du 3 mai 2007.
- Cour EDH, Affaire Goreslishvili c. Géorgie, arrêt du 5 juin 2007.
- Cour EDH, Affaire L c. Lituanie, arrêt du 11 septembre 2007.

- Cour EDH, Affaire Erbakan c. Turquie, arrêt du 11 octobre 2007.
- Cour EDH, Affaire Lindon, Otchakovsky- Laurens et July c. France, arrêt du 23 octobre 2007.
- Cour EDH, Affaire Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 2007.
- Cour EDH, Affaire Stoica c. Roumanie, arrêt du 4 mars 2008.
- Cour EDH, Affaire Vajnai c Hongrie, arrêt du 8 juin 2008.
- Cour EDH, Affaire Aleksanyan c Russie, arrêt du 22 décembre 2008.
- Cour EDH, Affaire Brunet Le Compte et Sarl Lyon Mag c. France, arrêt du 20 février 2009.
- Cour EDH, Affaire Hachette Filipacchi Presse Automovile et Dupuy c. France, arrêt 5 mars 2009.
- Cour EDH, Affaire Standard Verlags Gmbh c. Autriche, arrêt du 4 juin 2009.
- Cour EDH, Affaire Hachette Filipacchi Associés c. France, arrêt du 13 juillet 2009.
- Cour EDH, Affaire Féret c. Belgique, arrêt du 16 juillet 2009.
- Cour EDH, Affaire Lautsi c. Italie, arrêt du 3 novembre 2009.
- Corte EDH, Affaire Brunet-Lecomte et Tanant c. France, arrêt du 8 janvier 2010.
- Cour EDH, Affaire Ahmet Arslan c. Turquie, arrêt du 23 février 2010.

3. Jurisprudence et Observations des instances de l'Organisation de Nations Unies

a. Cour International de Justice- CIJ-

Les arrêts et les avis consultatifs de la CIJ sont consultables sur la base de données <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=fr>

- Cour International de Justice, Avis Consultif, Sur la nature des réserves de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide, arrêt du 28 mai 1951.
- Cour International de Justice, Affaire Interhandel Suisse c. États Unis d'Amérique, arrêt du 21 mars 1959.
- Cour Internationale de Justice, Affaire Otages de Téhéran, États-Unis c. Iran, arrêt du 24 mai 1980.

- Cour International de Justice, Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires-et- Avena et autres ressortissants mexicains c Etats-Unis, arrêt du 31 mars, 2004.

b. Comité de Droits de l'homme

Les observations du Comité de droits de l'homme sont consultables sur la base de données <http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrc/>

- Comité de Droits de l'homme, Affaire Faurisson c. France, par. 9.3, communication 550/1993, 8 novembre 1996.
- Comité de Droits de l'homme, Affaire Cadoret c. France, communication No. 323/1988, par.5. 11 Avril, 1991.
- Comité de Droits de l'homme, Affaire Guesdon c. France, communication No 219/1986, par.10, 25 juillet, 1990.
- Comité de Droits de l'homme, Affaire Aduayom et autres c. Togo, décision du 12 juillet 1996, par. 7,4
- Comité de Droits de l'homme, Observation 24 adoptée le 24 novembre 1994.
- Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies, Observation Générale No. 3: La nature des obligations des États Membres (paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte), adoptée pendant la Cinquième Période de Sessions, 1990.

4. Jurisprudence par État

1- EEUU

Les arrêts de la Cour Suprême de Justice sont consultables sur la base de données <http://www.uscourts.gov/Redirect.aspx?URL=http://www.supremecourt.gov>

- Cour Suprême de Justice des États-Unis, Commonwealth c Davis, 162 Mass 510, 39 N.E. 113 (1895).
- Cour Suprême de Justice des États-Unis, Abrams c États- Unis, 250 US 616, 630 (1919).
- Cour Suprême de Justice des États Unis, Chaplinsky c. New Hampshire, 315 US 568- 572 (1942).
- Cour Suprême de Justice des États- Unis, New York Times c. Sullivan- 376 U.S. 254, (1964)

- Cour Suprême de Justice des États- Unis ,Rosenbloom c. Metromedia 403 US 29, (1971).
- Cour Suprême de Justice des États- Unis, Gertz c. Robert Welch, Inc (418 US 323/1974).
- Cour Suprême de Justice des États Unis, Perry Educator's Association c. Perry Local Educator's Association, 460 US 37 (1983).
- Cour de District de California, San Jose Division, 7 nov. 2002.

2. Colombie

Les arrêts de la Cour Constitutionnelle et du Conseil d'État colombien sont consultables sur la base de données www.ramajudicial.gov.co/

a. Cour Constitutionnelle

- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-080 de 1993.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-259 de 1994.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-225 de 1995.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-022 de 1996.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-609 de 1996.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-066 de 1998.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-605 de 1998.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt C-581 de 2001.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-036 de 2002.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-787 de 2004.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T- 312 de 2006.
- Cour Constitutionnelle de Colombie, arrêt T-370 de 2006.
- Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt T-460 de 2006.
- Cour Constitutionnelle de Colombie arrêt C-471 de 2009.

B. Conseil d'État

- Conseil d'État, troisième section, arrêt du 19 juillet 2000.
- Conseil d'État, troisième section, arrêt du 4 septembre 2003.
- Conseil d'État, troisième section, arrêt du 8 mars 2007.
- Conseil d'État, troisième section, arrêt du 30 août 2007.

- Conseil d'État, troisième section, arrêt du 20 février 2008.

3. France

Les arrêts du Conseil Constitutionnel, de la Cour de Cassation et du Conseil d'État sont consultables sur la base de données www.conseil-constitutionnel.fr/, www.conseil-etat.fr/, et Juris-Data (onglet Jurisprudence de LexisNexis-Jurisclasseur).

- Conseil Constitutionnel, Décision de 10-11, Octobre, 1984.
- Cour de Cassation de France, Décision du 21 février 1996.
- Tribunal de Grande instance de Paris, Décision du 13 Novembre 1998.
- Tribunal de Grande instance de Paris, arrêt du 22 mai, 2000 (UEJF c Yahoo)
- Tribunal de Grande instance de Paris, 17 Chambre, arrêt du 22 mars 2007.

4. Autres

Les arrêts sont consultables sur la base de données <http://www.mkab.hu/index.php?id=decisions>, <http://www.poder-judicial.go.cr/>, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/>, http://angl.concourt.cz/angl_verze/index_angl.php

- Chambre des Lords (Royaume Uni), Affaire Pinochet, arrêt du 25 Novembre 1998.
- Cour Constitutionnelle (Hongrie), arrêt du 28 septembre 2004.
- Cour Suprême de Justice du Costa Rica, Arrêt Félix Przedborski c. Mauricio Herrera Ulloa et La Nación, 24 janvier 2001.
- Cour Constitutionnelle de République Tchèque,- Sbírna zákonu- arrêt du 17 juillet 2007.

IV. RAPPORTS ET RECOMMANDATIONS UNIVERSELS

Les rapports et recommandations sont consultables sur la base de données : <http://www.un.org/fr/documents/index.shtml>

a. Organisation des Nations Unies

BASSIONI, CH. Rapport final de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, 56^e période de sessions. Le droit de restitution, d'indemnisation et de réhabilitation des victimes de violences graves contre les Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

JOINET, L, Rapport final sur la question de l'impunité sur les violations de droits de l'homme, ONU/Commission de Droits de l'homme doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, du 26 juin 1997, pp. 5-20.

JOINET, L. Rapport final de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, 49^e période de sessions. Rapport final révisé sur la question de l'impunité des auteurs de violations des Droits de l'Homme.

MAKAREVITCH, République Socialiste Soviétique de Ukraine. Sur les origines de l'expression *jus cogens*: "Troisième Rapport de Fitzmaurice, II ILC, Yearbook X", 1958, 26-28, 40-41.

VAN BOVEN ET CH BASSIONI, Rapport sur les Principes et directives de base sur le droit des victimes de violations des normes internationales de Droits de l'Homme et du droit international humanitaire à présenter des recours et à obtenir réparation.

WOLF, Rapport « Difficultés de la Cour Européenne des droits de l'homme, décembre 2005.

b. Société civile- ONG-

Rapport « Silenced: an international report on censorship and control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust, Septembre 2003.

Rapport Le prix du silence "Abus de la publicité officielle et autres formes de censure indirecte en Amérique latine" Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008.

Informe "La democracia en América Latina". Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, Programa para las Naciones Unidas para el desarrollo- Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 53.

c. Conseil de l'Europe

Les rapports et recommandations sont consultables sur la base de données :
http://www.coe.int/t/dgal/dit/ilcd/doc/Online_fr.asp

Recommandation N° 582 adoptée le 23 janvier 1970 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

Résolution N° 428 adoptée le 23 janvier 1970 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe et la Résolution N° 854 adoptée le 1er février 1979 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

Déclaration sur la liberté d'expression et d'information adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 29 avril 1982.

CDL-AD(2004)015 Avis relatif aux possibilités de suivi de la Recommandation 1629 (2003) de l'Assemblée parlementaire sur « l'avenir de la démocratie : renforcer les institutions démocratiques » adopté par la Commission de Venise lors de sa 58e session plénière (Venise, 12 - 13 mars 2004).

CDL(2004)020 Comments on the possible follow-up to Parliamentary Assembly Recommendation 1629 (2003) on "Future of Democracy: Strengthening Democratic Institutions" (K. Tuori).

CDL(2004)019 La Recommandation 1629 (2003) de l'Assemblée Parlementaire sur « L'avenir de la Démocratie: Renforcer les Institutions démocratiques».

CDL (2007)082 PACE Recommendation 1801(2007) on "Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe Member States: Second Report" Venice Commission's comments in view of the reply by the Committee of Ministers (J. HELGESEN).

CDL-AD(2007)016 Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité adopté par la Commission de Venise lors de sa 71ème Session plénière (Venise, 2 juin 2007).

CDL(2008)040 Rapport sur l'indépendance des organes de régulation des médias (C. GRABENWARTER), 7 avril 2008.

CDL(2008)038 Report on challenges faced by journalists in preserving their editorial independence in a media environment (D. Kevin).

Recommandation No R (99) 1, Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, "Mesures de promotion du pluralisme des médias" (adoptée le 19 janvier 1999).

V. LOIS ET CONSTITUTIONS NATIONALES

Les lois et la constitution politique sont consultables sur la base de données : http://servoaspr.imprenta.gov.co/portal/page?_pageid=416,427758&_dad=portal&_schema=PORTAL

1. En Colombie

- Constitution de la Colombie du 4 juillet 1991
- Code Civil Colombien- Loi 57 1887
- Code pénal colombien, Loi 599 2000
- Loi 975 2005- Loi de justice et paix

2. En France

Les lois et la constitution politique sont consultables sur la base de données : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

- La Constitution de la V^e République en France 4 octobre 1958 modifiée version consolidée intégrant la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^eme République.
- Loi no 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe
- La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

VI. TRAITES INTERNATIONAUX

1. En Amérique latine

Les rapports et recommandations sont consultables sur la base de données : <http://www.cidh.org/default.htm>

Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme de mai 1948.

Convention Américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969.

Statut de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme octobre 1979.

Règlement de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme du 13 novembre 2009.

Statut de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme octobre 1979.

Règlement de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme du 28 novembre 2009.

Charte Démocratique Interaméricaine approuvée par l'assemblée générale de l'OEA du 11 septembre 2001.

Traité interaméricain d'assistance réciproque, TIAR du 1947.

Charte de l'organisation des États Américaines de 1948.

Protocole de Buenos Aires du 27 février 1967.

Protocole de Carthagène des Indes du 5 décembre 1985.

Protocole de Washington du 14 décembre 1992.

Protocole de Managua du 10 juin 1993.

Protocole de San Salvador des droits économiques, sociaux et culturelles du 17 novembre 1998.

Déclaration Interaméricaine de Principes sur la Liberté d'Expression, adoptée pendant la 108e Session Ordinaire, 19 octobre 2000.

Convention Interaméricaine contre el Terrorisme, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02) du 3 juin 2002.

Déclaration de Nuevo León du 13 janvier 2004.

2. En Europe

Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et ses protocoles.

Déclaration des observateurs spéciaux sur la liberté d'expression de l'ONU, la OEA et l'OSCE dans leur déclaration conjointe de 2004.

3. Aux Nations Unies

Les traites et déclarations sont consultables sur la base de données :
<http://www.un.org/fr/documents/index.shtml>

Charte de l'Organisation de Nations Unies du 26 avril 1945.

Déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Pacte International de Droits Civils et Politiques du 16 décembre 1966.

Pacte International de Droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966.

Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 mai 1969.

Accord sur la répression de la prise illicite d'avion, du 16 décembre 1970.

Accord sur la répression des actes illicites contre la sécurité aérienne civile, du 23 septembre 1971.

Accord sur la prévention et le châtement de délits contre des personnes protégées internationalement, y compris les agents diplomatiques, du 14 décembre 1973.

Protocole Facultatif du Pacte International de Droits Civils et Politiques du 23 mars 1976.

Convention Internationale contre la prise d'otages, du 17 décembre 1979.

Accord sur la protection physique des matières nucléaires du 3 mars 1980.

Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969, élargie et complétée en 1986.

Protocole sur la répression des actes illicites de violence dans les aéroports où fonctionnent les services de l'aviation civile Internationale, complément de l'Accord

sur la répression des actes illicites contre la sécurité de l'aviation civile, du 24 février 1988.

Accord sur la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, du 10 mars 1988.

Protocole sur la répression des actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes installées sur la plate-forme continentale, du 10 mars 1988.

Déclaration de l'ONU sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, annexe de la Résolution 49/60 de l'Assemblée Générale, document A/RES/49/60 (17 février 1995).

Convention Internationale sur la répression des attentats terroristes commis avec des bombes, du 15 décembre 1997.

Statut de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998.

Convention Internationale sur la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999.

Les Principes de Limburg concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 2 Octobre, 2000.

Résolution 1373 du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies approuvée par le Conseil de Sécurité lors de sa session 4385, réalisée le 28 septembre 2001.

Protocole Facultatif du Pacte International de droits économiques, sociaux et culturels du 10 décembre 2008.

ANNEXES

a. Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles n^{os} 11 et 14

Rome, 4.XI.1950

Texte amendé par les dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194) à compter de la date de son entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010. Le texte de la Convention avait été précédemment amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 3 (STE n° 45), entré en vigueur le 21 septembre 1970, du Protocole n° 5 (STE n° 55), entré en vigueur le 20 décembre 1971 et du Protocole n° 8 (STE n° 118), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990, et comprenait en outre le texte du Protocole n° 2 (STE n° 44) qui, conformément à son article 5, paragraphe 3, avait fait partie intégrante de la Convention depuis son entrée en vigueur le 21 septembre 1970. Toutes les dispositions qui avaient été amendées ou ajoutées par ces Protocoles ont été remplacées par le Protocole n° 11 (STE n° 155), à compter de la date de son entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998. A compter de cette date, le Protocole n° 9 (STE n° 140), entré en vigueur le 1^{er} octobre 1994, était abrogé et le Protocole n° 10 (STE n° 146) était devenu sans objet.

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,

Considérant la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948;

Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés;

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament;

Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières

mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle,

Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 – Obligation de respecter les droits de l'homme

Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention :

Titre I – Droits et libertés

Article 2 – Droit à la vie

1 Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2 La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire:

- a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;
- b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

Article 3 – Interdiction de la torture

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 4 – Interdiction de l'esclavage et du travail forcé

1 Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

2 Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

3 N'est pas considéré comme «travail forcé ou obligatoire» au sens du présent article :

- a. tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle;

- b. tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire;
- c. tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté;
- d. tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales.

Article 5 – Droit à la liberté et à la sûreté

1 Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b. s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
- d. s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e. s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
- f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2 Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3 Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4 Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5 Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Article 6 – Droit à un procès équitable

1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2 Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3 Tout accusé a droit notamment à :

a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;

b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;

c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

e. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Article 7 – Pas de peine sans loi

1 Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit

national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2 Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 9 – Liberté de pensée, de conscience et de religion

1 Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2 La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 10 – Liberté d'expression

1 Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2 L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,

pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Article 11 – Liberté de réunion et d'association

1 Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2 L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.

Article 12 – Droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Article 13 – Droit à un recours effectif

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Article 14 – Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Article 15 – Dérogation en cas d'état d'urgence

1 En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2 La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3 Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

Article 16 – Restrictions à l'activité politique des étrangers

Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers.

Article 17 – Interdiction de l'abus de droit

Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

Article 18 – Limitation de l'usage des restrictions aux droits

Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

Titre II – Cour européenne des Droits de l'Homme

Article 19 – Institution de la Cour

Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des Droits de l'Homme, ci-dessous nommée "la Cour". Elle fonctionne de façon permanente.

Article 20 – Nombre de juges

La Cour se compose d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes.

Article 21 – Conditions d'exercice des fonctions

1 Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire.

2 Les juges siègent à la Cour à titre individuel.

3 Pendant la durée de leur mandat, les juges ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps; toute question soulevée en application de ce paragraphe est tranchée par la Cour.

Article 22 – Election des juges ¹¹⁶¹

Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante.

Article 23 – Durée du mandat et révocation ¹¹⁶²

1 Les juges sont élus pour une durée de neuf ans. Ils ne sont pas rééligibles.

2 Le mandat des juges s'achève dès qu'ils atteignent l'âge de 70 ans.

3 Les juges restent en fonction jusqu'à leur remplacement. Ils continuent toutefois de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis.

4 Un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises.

Article 24 – Greffe et rapporteurs ²

1 La Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour.

2 Lorsqu'elle siège en formation de juge unique, la Cour est assistée de rapporteurs qui exercent leurs fonctions sous l'autorité du président de la Cour. Ils font partie du greffe de la Cour.

Article 25 – Assemblée plénière ¹¹⁶³

La Cour réunie en Assemblée plénière

- a. élit, pour une durée de trois ans, son président et un ou deux vice-présidents; ils sont rééligibles;
- b. constitue des Chambres pour une période déterminée;
- c. élit les présidents des Chambres de la Cour, qui sont rééligibles;

¹¹⁶¹ Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

¹¹⁶² Article renuméroté, intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

¹¹⁶³ Article renuméroté, intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

- d. adopte le règlement de la Cour;
- e. élit le greffier et un ou plusieurs greffiers adjoints;
- f. fait toute demande au titre de l'article 26, paragraphe 2.

Article 26 – Formations de juge unique, comités, Chambres et Grande chambre ¹

1 Pour l'examen des affaires portées devant elle, la Cour siège en formations de juge unique, en comités de trois juges, en Chambres de sept juges et en une Grande Chambre de dix-sept juges. Les Chambres de la Cour constituent les comités pour une période déterminée.

2 A la demande de l'Assemblée plénière de la Cour, le Comité des Ministres peut, par une décision unanime et pour une période déterminée, réduire à cinq le nombre de juges des Chambres.

3 Un juge siégeant en tant que juge unique n'examine aucune requête introduite contre la Haute Partie contractante au titre de laquelle ce juge a été élu.

4 Le juge élu au titre d'une Haute Partie contractante partie au litige est membre de droit de la Chambre et de la Grande Chambre. En cas d'absence de ce juge, ou lorsqu'il n'est pas en mesure de siéger, une personne choisie par le président de la Cour sur une liste soumise au préalable par cette Partie siège en qualité de juge.

5 Font aussi partie de la Grande Chambre, le président de la Cour, les vice-présidents, les présidents des Chambres et d'autres juges désignés conformément au règlement de la Cour. Quand l'affaire est déférée à la Grande Chambre en vertu de l'article 43, aucun juge de la Chambre qui a rendu l'arrêt ne peut y siéger, à l'exception du président de la Chambre et du juge ayant siégé au titre de la Haute Partie contractante intéressée.

Article 27 – Compétence des juges uniques ¹¹⁶⁴

1 Un juge unique peut déclarer une requête introduite en vertu de l'article 34 irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire.

2 La décision est définitive.

3 Si le juge unique ne déclare pas une requête irrecevable ou ne la rayer pas du rôle, ce juge la transmet à un comité ou à une Chambre pour examen complémentaire. »

1164 Nouvel article conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

Article 28 – Compétence des comités ¹¹⁶⁵

1 Un comité saisi d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 peut, par vote unanime,

- a. la déclarer irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire; ou
- b. la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour.

2 Les décisions et arrêts prévus au paragraphe 1 sont définitifs.

3 Si le juge élu au titre de la Haute Partie contractante partie au litige n'est pas membre du comité, ce dernier peut, à tout moment de la procédure, l'inviter à siéger en son sein en lieu et place de l'un de ses membres, en prenant en compte tous facteurs pertinents, y compris la question de savoir si cette Partie a contesté l'application de la procédure du paragraphe 1.b.

Article 29 – Décisions des Chambres sur la recevabilité et le fond ¹¹⁶⁶

1 Si aucune décision n'a été prise en vertu des articles 27 ou 28, ni aucun arrêt rendu en vertu de l'article 28, une Chambre se prononce sur la recevabilité et le fond des requêtes individuelles introduites en vertu de l'article 34. La décision sur la recevabilité peut être prise de façon séparée.

2 Une Chambre se prononce sur la recevabilité et le fond des requêtes étatiques introduites en vertu de l'article 33. Sauf décision contraire de la Cour dans des cas exceptionnels, la décision sur la recevabilité est prise séparément.

Article 30 – Dessaisissement en faveur de la Grande Chambre

Si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la Chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l'une des parties ne s'y oppose.

Article 31 – Attributions de la Grande Chambre ¹¹⁶⁷

La Grande Chambre

1165 Intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

1166 Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

1167 Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

- a. se prononce sur les requêtes introduites en vertu de l'article 33 ou de l'article 34 lorsque l'affaire lui a été déférée par la Chambre en vertu de l'article 30 ou lorsque l'affaire lui a été déférée en vertu de l'article 43;
- b. se prononce sur les questions dont la Cour est saisie par le Comité des Ministres en vertu de l'article 46, paragraphe 4 ; et
- c. examine les demandes d'avis consultatifs introduites en vertu de l'article 47.

Article 32 – Compétence de la Cour¹

1 La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47.

2 En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.

Article 33 – Affaires interétatiques

Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante.

Article 34 – Requêtes individuelles

La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.

Article 35 – Conditions de recevabilité¹

1 La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.

2 La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque

- a. elle est anonyme; ou
- b. elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux.

3 La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime:

a. que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou

b. que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne.

4 La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure.

Article 36 – Tierce intervention ¹¹⁶⁸

1 Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences.

2 Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

3 Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences.

Article 37 – Radiation

1 A tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

a. que le requérant n'entend plus la maintenir; ou

b. que le litige a été résolu; ou

c. que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles l'exige.

2 La Cour peut décider la réinscription au rôle d'une requête lorsqu'elle estime que les circonstances le justifient.

Article 38 – Examen contradictoire de l'affaire ¹¹⁶⁹

La Cour examine l'affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires.

Article 39 – Règlements amiables ¹¹⁷⁰

1 A tout moment de la procédure, la Cour peut se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses Protocoles.

2 La procédure décrite au paragraphe 1 est confidentielle.

3 En cas de règlement amiable, la Cour raye l'affaire du rôle par une décision qui se limite à un bref exposé des faits et de la solution adoptée.

4 Cette décision est transmise au Comité des Ministres qui surveille l'exécution des termes du règlement amiable tels qu'ils figurent dans la décision.

Article 40 – Audience publique et accès aux documents

1 L'audience est publique à moins que la Cour n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles.

2 Les documents déposés au greffe sont accessibles au public à moins que le président de la Cour n'en décide autrement.

Article 41 – Satisfaction équitable

Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.

Article 42 – Arrêts des Chambres

Les arrêts des Chambres deviennent définitifs conformément aux dispositions de l'article 44, paragraphe 2.

Article 43 – Renvoi devant la Grande Chambre

1169 Intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

1170 Intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

1 Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

2 Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général.

3 Si le collège accepte la demande, la Grande Chambre se prononce sur l'affaire par un arrêt.

Article 44 – Arrêts définitifs

1 L'arrêt de la Grande Chambre est définitif.

2 L'arrêt d'une Chambre devient définitif

a. lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre; ou

b. trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé; ou

c. lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en application de l'article 43.

3 L'arrêt définitif est publié.

Article 45 – Motivation des arrêts et décisions

1 Les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés.

2 Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée.

Article 46 – Force obligatoire et exécution des arrêts¹¹⁷¹

1 Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2 L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

3 Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question

1171 Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

4 Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette Partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1.

5 Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen.

Article 47 – Avis consultatifs

1 La Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles.

2 Ces avis ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention.

3 La décision du Comité des Ministres de demander un avis à la Cour est prise par un vote à la majorité des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

Article 48 – Compétence consultative de la Cour

La Cour décide si la demande d'avis consultatif présentée par le Comité des Ministres relève de sa compétence telle que définie par l'article 47.

Article 49 – Motivation des avis consultatifs

1 L'avis de la Cour est motivé.

2 Si l'avis n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée.

3 L'avis de la Cour est transmis au Comité des Ministres.

Article 50 – Frais de fonctionnement de la Cour

Les frais de fonctionnement de la Cour sont à la charge du Conseil de l'Europe.

Article 51 – Privilèges et immunités des juges

Les juges jouissent, pendant l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités prévus à l'article 40 du Statut du Conseil de l'Europe et dans les accords conclus au titre de cet article.

Titre III– Dispositions diverses

Article 52 – Enquêtes du Secrétaire Général

Toute Haute Partie contractante fournira sur demande du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention.

Article 53 – Sauvegarde des droits de l'homme reconnus

Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.

Article 54 – Pouvoirs du Comité des Ministres

Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux pouvoirs conférés au Comité des Ministres par le Statut du Conseil de l'Europe.

Article 55 – Renonciation à d'autres modes de règlement des différends

Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention.

Article 56 – Application territoriale

1 Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

2 La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification.

3 Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.

4 Tout Etat qui a fait une déclaration conformément au premier paragraphe de cet article, peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention.

Article 57 – Réserves

1 Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2 Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause.

Article 58 – Dénonciation

1 Une Haute Partie contractante ne peut dénoncer la présente Convention qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois, donné par une notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres Parties contractantes.

2 Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet.

3 Sous la même réserve cesserait d'être Partie à la présente Convention toute Partie contractante qui cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe.

La Convention peut être dénoncée conformément aux dispositions des paragraphes précédents en ce qui concerne tout territoire auquel elle a été déclarée applicable aux termes de l'article 56.

Article 59 – Signature et ratification¹¹⁷²

1 La présente Convention est ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe. Elle sera ratifiée. Les ratifications seront déposées près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

2 L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention.

1172 Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194).

3 La présente Convention entrera en vigueur après le dépôt de dix instruments de ratification.

4 Pour tout signataire qui la ratifiera ultérieurement, la Convention entrera en vigueur dès le dépôt de l'instrument de ratification.

5 Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera à tous les membres du Conseil de l'Europe l'entrée en vigueur de la Convention, les noms des Hautes Parties contractantes qui l'auront ratifiée, ainsi que le dépôt de tout instrument de ratification intervenu ultérieurement.

Fait à Rome, le 4 novembre 1950, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera des copies certifiées conformes à tous les signataires.

2. CONVENTION AMERICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME

(Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme)

PREAMBULE

Les Etats Américains signataires de la présente Convention,

Réaffirmant leur propos de consolider sur ce continent, dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté individuelle et de justice sociale, fondé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme;

Reconnaissant que les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des Etats Américains;

Considérant que ces principes ont été consacrés dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et qu'ils ont été réaffirmés et développés par d'autres instruments internationaux, de portée tant universelle que régionale;

Réitérant que, aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'homme libre, à l'abri de la peur et de misère, ne peut se réaliser que grâce à la création de conditions qui permettent à chaque personne de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques;

Considérant que la Troisième Conférence interaméricaine extraordinaire (Buenos Aires, 1967) a voté l'insertion dans la Charte de l'Organisation de règles plus amples sur les droits économiques, sociaux et culturels, et a décidé qu'une convention interaméricaine relative aux droits de l'homme déterminera la structure, la compétence des organes chargés de cette question ainsi que la procédure y relative,

Sont convenus des articles suivants:

PREMIERE PARTIE - DES OBLIGATIONS DES ETATS ET DES DROITS PROTEGES

CHAPITRE I

ENUMERATION DES OBLIGATIONS

Article 1. Obligation de respecter les droits

1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

2. Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne.

Article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne

Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés.

CHAPITRE II

DES DROITS CIVILS ET POLITIQUES

Article 3. Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique

Toute personne a droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Article 4. Droit à la vie

1. Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie.

2. Dans les pays qui n'ont pas aboli la peine de mort, celle-ci ne pourra être infligée qu'en punition des crimes les plus graves en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent en application d'une loi prévoyant cette peine qui était en vigueur avant la perpétration du crime. La peine de mort ne sera pas non plus appliquée à des crimes qu'elle ne sanctionne pas actuellement.

3. La peine de mort ne sera pas rétablie dans les Etats qui l'ont abolie.

4. En aucun cas la peine de mort ne peut être infligée pour des délits politiques ou pour des crimes de droit commun connexes à ces délits.

5. La peine de mort ne peut être infligée aux personnes qui, au moment où le crime a été commis, étaient âgées de moins de dix-huit ans ou de plus de soixante-dix ans; de même elle ne peut être appliquée aux femmes enceintes.

6. Toute personne condamnée à mort a le droit de demander l'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine. L'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent être accordées dans tous les cas. La sentence de mort ne peut être exécutée tant que la demande sera pendante devant l'autorité compétente.

Article 5. Droit à l'intégrité de la personne

1. Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale.

2. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine.

3. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant.

4. Les prévenus doivent être, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés, et soumis à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées.

5. Lorsque le prévenu est dans sa minorité, il doit être séparé des adultes et traduit, avec toute la célérité possible, devant un tribunal spécialisé où il recevra un traitement approprié à son statut.

6. Les peines privatives de liberté doivent avoir pour but essentiel l'amendement et le reclassement social des condamnés.

Article 6. Interdiction de l'esclavage et de la servitude

1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. L'esclavage et la servitude ainsi que la traite des esclaves et la traite des femmes sont interdits sous toutes leurs formes.

2. Nul ne sera astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. Dans les pays où certains délits sont punis de détention accompagnée de travaux forcés, la présente disposition ne saurait être interprétée comme interdisant l'exécution d'une telle peine infligée par un juge ou un tribunal compétent. Cependant le travail forcé ne doit point préjudicier à la dignité ni à la capacité physique et intellectuelle du détenu.

3. Ne constitue pas un travail forcé ou obligatoire aux effets du présent article:

a. Tout travail ou tout service normalement requis d'une personne emprisonnée en exécution d'une sentence ou d'une décision formelle rendue par l'autorité judiciaire compétente. Un tel travail ou un tel service devra être effectué sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et les individus qui les fournissent ne seront pas mis à la disposition de particuliers, de sociétés ou de personnes morales privées;

b. tout service de caractère militaire et, dans les pays où l'exemption d'un tel service est accordée aux objecteurs de conscience, tout service national qui en tient lieu aux termes de la loi;

c. tout service requis dans les cas de danger ou de sinistres qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté, et

d. tout travail ou service faisant partie des obligations civiques normales.

Article 7. Droit à la liberté de la personne

1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne.

2. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et dans des conditions déterminées à l'avance par les constitutions des Etats parties ou par les lois promulguées conformément à celles-ci.

3. Nul ne peut faire l'objet d'une détention ou d'une arrestation arbitraires.

4. Toute personne arrêtée ou détenue sera informé des raisons de l'arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de l'accusation ou des accusations portées contre elle.

5. Toute personne arrêtée ou détenue sera traduite dans le plus court délai devant un juge ou un autre fonctionnaire habilité par la loi à exercer des attributions judiciaires, et devra être jugée dans un délai raisonnable ou libérée sans préjudice de la poursuite de l'instance. La mise en liberté de l'accusé peut être conditionnée à des garanties assurant sa comparution à l'audience.

6. Toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir celui-ci statuer sans délai sur la légalité des son arrestation ou de sa détention et ordonner sa libération si l'arrestation ou la détention est illégale. Dans les Etats parties à la présente Convention où toute personne qui se trouve menacée d'être privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir statuer sur la légalité de la menace, un tel recours ne peut

être ni restreint ni aboli. Le recours peut être exercé par l'intéressé lui-même ou par toute autre personne.

7. Nul ne peut être arrêté pour motif de dette. Cette disposition ne s'applique pas aux mandats décernés par une autorité judiciaire compétente pour cause d'inexécution des obligations alimentaires.

Article 8. Garanties judiciaires

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine.

2. Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Pendant l'instance, elle a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:

a. Droit de l'accusé d'être assisté gratuitement d'un traducteur ou d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ou au tribunal;

b. notification préalable et détaillée à l'accusé des charges portées contre lui;

c. octroi à l'accusé du temps et des moyens nécessaires pour préparer sa défense;

d. droit pour l'accusé de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur de son choix et de communiquer avec celui-ci librement et sans témoin;

e. droit d'être assisté d'un défenseur procuré par l'Etat rémunéré ou non selon la législation interne, si l'accusé ne se défend pas lui-même ou ne nomme pas un défenseur dans le délai prévu par la loi; ce droit ne peut faire l'objet d'aucune renonciation;

f. droit pour la défense d'interroger les témoins comparissant à l'audience et d'obtenir la comparution, comme témoins ou experts, d'autres personnes qui peuvent faire la lumière sur les faits de la cause;

g. droit pour l'accusé de ne pas être obligé à témoigner contre lui-même ou à se déclarer coupable;

h. droit d'interjeter appel du jugement devant un tribunal supérieur.

3. L'aveu de l'accusé ne sera valable que s'il est fait sans coercition d'aucune sorte.

4. L'accusé acquitté en vertu d'un jugement définitif ne peut être à nouveau poursuivi pour les mêmes faits.

5. Le procès pénal est public, sauf lorsqu'il est nécessaire de sauvegarder les intérêts de la justice.

Article 9. Principe de légalité et de rétroactivité

Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction d'après le droit applicable. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qu' était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à la date de l'infraction une peine plus légère est édictée par la loi, celle-ci rétroagira en faveur du délinquant.

Article 10. Droit au dédommagement

Toute personne a droit à être indemnisée conformément à la loi lorsqu'elle a été condamnée en vertu d'un jugement définitif rendu par suite d'une erreur judiciaire.

Article 11. Protection de l'honneur et de la dignité de la personne

1. Toute personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité.

2. Nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans la vie de sa famille, dans son domicile ou sa correspondance, ni d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation.

3. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles ingérences ou de telles attaques.

Article 12. Liberté de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances, ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé.

2. Nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte de nature à restreindre sa liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses croyances ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la sauvegarde des droits ou libertés d'autrui.

4. Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse et morale conforme à leurs propres convictions.

Article 13. Liberté de pensée et d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

2. L'exercice du droit prévu au paragraphe précédent ne peut être soumis à aucune censure préalable, mais il comporte des responsabilités ultérieures qui, expressément fixées par la loi, sont nécessaires:

- a. Au respect des droits ou à la réputation d'autrui; ou
- b. à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, ou de la santé ou de la morale publiques.

3. La liberté d'expression ne peut être restreinte par des voies ou des moyens indirects, notamment par les monopoles d'Etat ou privés sur le papier journal, les fréquences radioélectriques, les outils ou le matériel de diffusion, ou par toute autre mesure visant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions.

4. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, les spectacles publics peuvent être soumis par la loi à la censure, uniquement pour en réglementer l'accès en raison de la protection morale des enfants et des adolescents.

5. Sont interdits par la loi toute propagande en faveur de la guerre, tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence, ainsi que toute autre action illégale analogue contre toute personne ou tout groupe de personnes déterminées, fondée sur des

considérations de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale, ou sur tous autres motifs.

Article 14. Droit de rectification ou de réponse

1. Toute personne offensée par des données inexactes ou des imputations diffamatoires émises à son égard dans un organe de diffusion légalement réglementé et qui s'adresse au public en général, a le droit de faire publier sa rectification ou sa réponse, par le même organe, dans les conditions prévues par la loi.

2. en aucun cas la rectification ou la réponse ne déchargera les auteurs de la publication incriminée des autres responsabilités encourues au regard de la loi.

3. En vue d'assurer la sauvegarde effective de l'honneur et de la réputation d'autrui, toute publication ou entreprise de presse, de cinéma, de radio ou de télévision sera pourvue d'un gérant responsable qui ne sera protégé par aucune immunité et ne bénéficiera d'aucun statut spécial.

Article 15. Droit de réunion

Le droit de réunion pacifique et sans armes est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui, prévues par la loi sont nécessaires dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté et de l'ordre publics ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits ou les libertés d'autrui.

Article 16. Liberté d'association

1. Toute personne a le droit de s'associer librement à d'autres à des fins idéologiques, religieuses, politiques, économiques, professionnelles, sociales, culturelles, sportives ou à toute autre fin.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui, prévues par la loi, sont nécessaires dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits ou les libertés d'autrui.

3. Les dispositions du présent article n'empêchent pas l'imposition de restrictions légales, ni même l'interdiction de l'exercice du droit d'association, aux membres des forces armées et de la police.

Article 17. Protection de la famille

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société; elle doit être protégée par la société et par l'Etat.

2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme s'ils ont l'âge requis et réunissent les conditions exigées à cet effet par les lois nationales, dans la mesure où celles-ci ne heurtent pas le principe de la non-discrimination établi dans la présente Convention.

3. Le mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des parties.

4. Les Etats parties prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et l'équivalence judiciaire des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer la protection nécessaire aux enfants, en fonction uniquement de leur intérêt et de leur bien-être.

5. La loi doit reconnaître les mêmes droits aux enfants nés hors des liens du mariage qu'à ceux qui y sont nés.

Article 18. Droit à un nom

Toute personne a droit à un prénom propre et aux noms de ses parents ou de l'un d'entre eux. La loi réglemente les moyens à employer pour assurer ce droit à tous, y compris le cas échéant, le recours à l'adoption de nom.

Article 19. Droit de l'enfant

Tout enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat.

Article 20. Droit à une nationalité

1. Toute personne a droit à une nationalité.

2. Toute personne a le droit d'acquérir la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle est née, si elle n'a pas droit à une autre nationalité.

3. Nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité.

Article 21. Droit à la propriété privée

1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi.

3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi.

Article 22. Droit de déplacement et de résidence

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y résider en conformité des lois régissant la matière.

2. Toute personne a le droit de quitter librement n'importe quel pays, y compris le sien.

3. L'exercice des droits susvisés ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures indispensables dans une société démocratique à la prévention des infractions pénales, à la protection de la sécurité nationale, de la sûreté ou de l'ordre publics, de la moralité ou de la santé publiques, ou des droits ou libertés d'autrui.

4. L'exercice des droits reconnus au paragraphe 1 peut également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions légales pour causes d'intérêt public.

5. Nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer.

6. L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Convention ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi.

7. Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droits commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque Etat et aux conventions internationales.

8. En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques.

9. L'expulsion collective d'étrangers est interdite.

Article 23. Droits politiques

1. Tous les citoyens doivent jouir des droits et facultés ci-après énumérés:

a. De participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus;

b. d'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et égal, et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs, et

c. d'accéder, à égalité de conditions générales, aux fonctions publiques de leur pays.

2. La loi peut réglementer l'exercice des droits et facultés mentionnés au paragraphe précédent, et ce exclusivement pour des motifs d'âge, de nationalité, de résidence, de langue, de capacité de lire et d'écrire, de capacité civile ou mentale, ou dans le cas d'une condamnation au criminel prononcée par un juge compétent.

Article 24. Egalité devant la loi

Toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte.

Article 25. Protection judiciaire

1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles.

2. Les Etats parties s'engagent:

a. garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'Etat statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours;

b. à accroître les possibilités de recours judiciaire;

c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours.

CHAPITRE III

DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

Article 26. Développement progressif

Les Etats parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés.

CHAPITRE IV

DE LA SUSPENSION DES GARANTIES, INTERPRETATION ET APPLICATION

Article 27. Suspension des garanties

1. En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.

3. Tout Etat partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres Etats parties à la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci.

Article 28. Clause fédérale

1. Le gouvernement central de tout Etat partie constitué en Etat fédéral se conformera à toutes les dispositions de la présente Convention concernant les matières qui relèvent de sa compétence dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire.

2. En ce qui concerne les prescriptions relatives aux matières qui sont du ressort des unités constitutives de la fédération, le gouvernement central prendra immédiatement les mesures pertinentes, conformément à sa Constitution et à ses lois, pour assurer que les autorités compétentes des dites unités adoptent les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente Convention.

3. Lorsque deux ou plus de deux Etats parties conviennent à l'avenir de former une fédération ou toute autre espèce d'association, ils veilleront à ce que la charte fondamentale du nouvel Etat ainsi constitué comporte les dispositions nécessaires pour assurer, sans discontinuité, l'observation des normes prévues dans la présente Convention.

Article 29. Normes d'interprétation

Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme:

a. Autorisant un Etat partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention;

b. restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un Etat partie ou dans une convention à laquelle cet Etat est partie;

c. excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement;

d. supprimant ou limitant les effets que peuvent avoir la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature.

Article 30. Portée des restrictions

Les restrictions autorisées par la présente Convention à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés qui y sont reconnus ne peuvent être appliquées qu'en vertu de lois édictées dans l'intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues.

Article 31. Reconnaissance d'autres droits

Peuvent être inclus dans le régime de protection établi par la présente Convention d'autres droits et libertés consacrés selon les procédures tracées par les articles 76 et 77.

CHAPITRE V

DES DEVOIRS DES PERSONNES

Article 32. Corrélacion entre droits et devoirs

1. Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité.

2. Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique.

DEUXIEME PARTIE

DES MOYENS DE LA PROTECTION

CHAPITRE VI

DES ORGANES COMPETENTS

Article 33

Sont compétents pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements contractés par les Etats parties à la présente Convention:

- a. La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Commission, et
- b. la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Cour.

CHAPITRE VII

DE LA COMMISSION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

Section 1. Organisation

Article 34

La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme comprend sept membres, lesquels doivent être des personnes jouissant d'une haute autorité morale et possédant une compétence reconnue en matière de droits de l'homme.

Article 35

La Commission représente tous les pays membres de l'Organisation des Etats Américains.

Article 36

1. Les membres de la Commission sont élus à titre personnel par l'Assemblée générale de l'Organisation sur une liste de candidats proposés à cet effet par les Gouvernements des Etats membres.

2. Le gouvernement de chaque Etat peut proposer jusqu'à trois candidats qui devront être des ressortissants de l'Etat en question ou de tout autre Etat membre de l'Organisation des Etats Américains. Au moins l'un des candidats proposé dans une triade devra être un ressortissant d'un Etat autre que celui de qui émane la proposition.

Article 37

1. Les membres de la Commission sont élus pour quatre ans et ils ne peuvent être réélus qu'une seule fois. Toutefois, le mandat de trois membres désignés à la première élection sera de deux ans. Immédiatement après cette élection, l'Assemblée générale procédera à la détermination, par tirage au sort, de ces trois membres.

2. Un Etat ne peut avoir plus d'un ressortissant au sein de la Commission.

Article 38

Le Conseil permanent de l'Organisation peut, conformément au statut de la Commission, combler toute vacance survenue au sein de la Commission et due à une cause autre que l'expiration normale d'un mandat.

Article 39

La Commission élabore son statut, le soumet à l'approbation de l'Assemblée générale et arrête son propre Règlement.

Article 40

Les services de secrétariat de la Commission seront assumés par une unité administrative spécialisée qui fera partie du Secrétariat général de l'Organisation et devra être pourvue des ressources nécessaires pour accomplir les tâches que lui aura confiées la Commission.

Section 2. Fonctions

Article 41

La Commission a pour tâche principale de promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme. Dans l'exercice de son mandat, la Commission aura les fonctions et attributions suivantes:

- a. Stimuler une prise de conscience des droits de l'homme chez les peuples d'Amérique;
- b. recommander aux gouvernements, quand elle l'estime utile, d'adopter des mesures progressives en faveur des droits de l'homme ainsi que des dispositions propres à promouvoir le respect de ces droits, en accord avec leurs législations internes et leurs constitutions;
- c. préparer les études et rapports jugés utiles pour l'accomplissement de ses fonctions;
- d. demander aux gouvernements des Etats membres de lui fournir des renseignements sur les mesures qu'ils adoptent en matière de droits de l'homme;

e. accorder toute son attention aux consultations que, par le truchement du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains, lui auront adressées les Etats membres sur des questions relatives aux droits de l'homme, et, dans le cadre de ses possibilités, fournir aux dits Etats les avis que ceux-ci sollicitent;

f. adopter, en vertu des pouvoirs dont elle est investie aux termes des articles 44 à 51 de la présente Convention, des mesures concernant les pétitions et autres communications qui lui sont soumises, et

g. soumettre un rapport annuel à l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains.

Article 42

Les Etats parties doivent remettre à la Commission des Droits de l'Homme copie des rapports et études qu'ils soumettent chaque année, dans leurs domaines respectifs, aux Comités exécutifs du Conseil économique et social interaméricain et du Conseil interaméricain pour l'Education, la Science et la Culture, afin que ladite Commission veille à la promotion des droits dérivés des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires.

Article 43

Les Etats parties à la présente Convention s'engagent à fournir, sur demande de la Commission, des informations sur la manière dont leur droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de la Convention.

Section 3. Compétence

Article 44

Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie.

Article 45

1. Tout Etat partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, déclarer qu'il reconnaît la compétence de la Commission pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie a violé les droits de l'homme énoncés dans la présente Convention.

2. Les communications présentées en vertu du présent article ne peuvent être reçues et examinées que si elles émanent d'un Etat partie qui a fait une déclaration reconnaissant, en ce qui le concerne, la compétence de la Commission. La Commission ne reçoit aucune communication dénonçant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration.

3. Les déclarations portant acceptation de la compétence de la Commission peuvent être faites pour une durée indéfinie, pour une période déterminée ou à l'occasion d'espèces donnés.

4. Les déclarations sont déposées auprès du Secrétariat général de l'Organisation, lequel en donne copie aux Etats membres.

Article 46

1. La Commission ne retient une pétition ou communication présentées conformément aux articles 44 ou 45 que sous les conditions suivantes, à savoir:

a. Que toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du Droit international généralement reconnus;

b. que la pétition ou communication soit introduite dans les six mois à compter de la date à laquelle l'individu présumé lésé dans ses droits a pris connaissance de la décision définitive;

c. que l'objet de la pétition ou communication ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale, et

d. que, dans le cas prévu à l'article 44, la pétition indique le nom, la nationalité, la profession, le domicile, et porte la signature de la personne ou des personnes, ou du représentant légal de l'entité dont émane la pétition;

2. Les dispositions énoncées aux alinéas 1 a) et 1 b) du présent article ne seront pas appliquées dans les cas où:

a. Il n'existe pas, dans la législation interne de l'Etat considéré une procédure judiciaire pour la protection du droit ou des droits dont la violation est alléguée;

- b. l'individu qui est présumé lésé dans ses droit s'est vu refuser l'accès des voies de recours internes ou a été mis dans l'impossibilité de les épuiser, ou
- c. il y a un retard injustifié dans la décision des instances saisies.

Article 47

La Commission déclarera irrecevable toute pétition ou communication introduite en vertu des articles 44 ou 45 si:

- a. L'une des conditions indiquées à l'article 46 fait défaut;
- b. la requête n'expose pas des faits constituant une violation des droits garantis par la présente Convention;
- c. il résulte de l'exposé du requérant lui-même ou de l'Etat intéressé, que sa plainte est ostensiblement dénuée de fondement ou manifestement tout-à-fait non conforme aux normes, ou
- d. la requête fait substantiellement double emploi avec une précédente pétition ou communication déjà examinée par la Commission ou par un autre organisme international.

Section 4. Procédure

Article 48

1. Saisie d'une pétition ou communication faisant état d'une violation de l'un quelconque des droits consacrés par la présente Convention, la Commission procédera comme suit:

- a. Si elle retient la pétition ou communication, elle demandera des informations au gouvernement de l'Etat dont relève l'autorité à qui la violation est imputée et lui communiquera les passages pertinents de la requête. Ces informations devront être présentées dans un délai raisonnable, que la Commission fixera, compte tenu des circonstances relatives à chaque espèce;
- b. à la réception des renseignements ou à l'expiration du délai fixé pour les recevoir, s'ils n'ont pas été fournis, elle examinera si les motifs de la pétition ou communication existent ou demeurent. Dans la négative, elle classera l'affaire;
- c. elle peut déclarer la pétition ou la communication irrecevable ou non conforme aux normes d'après des informations ou des faits probants subséquentement produits;
- d. si l'affaire n'a pas été classée, dans le but de vérifier les faits, elle procédera, en pleine connaissance des parties, à un examen de la plainte

énoncée dans la pétition ou la communication. Si cela s'avère nécessaire et approprié, elle entreprendra une enquête, pour la conduite efficace de laquelle elle sollicitera, et les Etats intéressés lui fourniront, tout le concours nécessaire;

e. elle pourra demander aux Etats intéressés toutes informations pertinentes et, sur leur requête, elle entendra les exposés oraux ou recevra les dépositions écrites des intéressés;

f. elle se mettra à la disposition des Etats intéressés en vue d'aboutir à un règlement amiable fondé sur le respect des droits de l'homme reconnus dans la présente Convention.

2. Cependant, dans les cas graves et urgents, la Commission pourra entreprendre une enquête moyennant le consentement préalable de l'Etat sur le territoire duquel la prétendue violation a été commise, seulement sur présentation d'une pétition ou communication réunissant toutes les conditions formelles requises pour sa recevabilité.

Article 49

En cas de règlement amiable aux termes de l'alinéa f) de l'article 48, la Commission rédigera un rapport qui sera transmis au pétitionnaire et aux Etats parties puis communiqué, aux fins de publication, au Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains. Ce rapport se bornera à un exposé sommaire des faits et de la solution obtenue. Cependant, si un des Etats intéressés le demande, les informations les plus détaillées possibles lui seront fournies.

Article 50

1. Si une solution n'est pas trouvée dans le délai fixé par le Statut de la Commission, celle-ci rédigera un rapport exposant les faits de la cause et ses conclusions. Si le rapport ne reflète pas, en tout ou en partie, l'opinion unanime des membres de la Commission, chacun de ceux-ci peut y joindre séparément son opinion individuelle. Seront également ajoutés au rapport le compte rendu des dépositions orales et les déclarations écrites faites par les Parties conformément au paragraphe 1 e) de l'article 48.

2. Le rapport sera transmis aux Etats intéressés, lesquels n'auront pas la faculté de la publier.

3. En soumettant le rapport, la Commission pourra formuler les propositions et recommandations qu'elle aura jugées appropriées.

Article 51

1. Si dans un délai de trois mois, à compter de la remise aux Etats intéressés du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas tranchée ou déferée à la Cour par la Commission ou par l'Etat en cause, la juridiction de la Commission étant acceptée, celle-ci pourra, à la majorité absolue de ses membres, émettre un avis et des conclusions quant à la question soumise à son examen.

2. La Commission formulera les recommandations pertinentes et fixera le cas échéant un délai dans lequel l'Etat doit prendre les mesures qui lui compètent pour remédier à la situation considérée.

3. A l'expiration du délai imparti, la Commission décidera à la majorité absolue de ses membres si l'Etat en question a pris ou non des mesures appropriées et si elle publiera ou non son rapport.

CHAPITRE VIII DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

Section 1. Organisation

Article 52

1. La Cour se compose de sept juges, ressortissants des Etats membres de l'Organisation, élus à titre personnel parmi des juristes jouissant d'une très haute autorité morale, d'une compétence reconnue en matière de droits de l'homme, et réunissant les conditions requises pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires au regard des législations des pays dont ils sont, respectivement, les ressortissants ou de ceux qui les proposent comme candidats.

2. La Cour ne peut compter deux juges de la même nationalité.

Article 53

1. Les juges à la Cour sont élus au scrutin secret et à la majorité absolue des votes des Etats parties à la présente Convention, à une séance de l'Assemblée générale de l'Organisation, sur une liste de candidats proposés par lesdits Etats.

2. Chacun des Etats parties peut présenter jusqu'à trois candidats, qui devront être des ressortissants de l'Etat qui les propose ou de tout Etat membre de l'Organisation des Etats Américains. Quand une triade est proposée, au moins l'un des candidats devra être un ressortissant d'un Etat autre que celui de qui la proposition émane.

Article 54

1. Les juges de la Cour sont élus pour six ans et ne peuvent être réélus qu'une seule fois. Toutefois, le mandat de trois des juges désignés lors de la première élection sera de trois ans. Immédiatement après cette élection, l'Assemblée générale déterminera ces trois juges par tirage au sort.

2. Le juge élu pour remplacer un autre dont le mandat n'était pas arrivé à expiration, achèvera le mandat de son prédécesseur.

3. Les juges restent en fonction jusqu'à la fin de leur mandat. Cependant, ils continueront de connaître des affaires dont ils ont été saisis et qui se trouvent en instance; pour ces affaires, ils ne seront pas remplacés par les juges nouvellement élus.

Article 55

1. Le juge qui est un ressortissant de l'un des Etats parties à une espèce déférée à la Cour conservera le droit de connaître de ladite espèce.

2. Si un des juges appelés à connaître d'une espèce est un ressortissant d'un des Etats en cause, l'autre Etat à l'instance peut désigner une personne de son choix pour siéger à la Cour en qualité de juge ad hoc.

3. Si aucun des juges appelés à connaître d'une espèce n'est un ressortissant des Etats en cause, chacun de ceux-ci peut désigner un juge ad hoc.

4. Le juge ad hoc doit réunir les conditions prévues à l'article 52.

5. Si plusieurs Etats parties à la Convention ont le même intérêt dans une espèce, ils seront considérés comme une seule partie aux effets des dispositions précédentes. En cas de doute, la Cour décidera.

Article 56

Le quorum requis pour les délibérations de la Cour est de cinq juges.

Article 57

La Commission participera aux audiences auxquelles donnent lieu toutes les affaires évoquées devant la Cour.

Article 58

1. La Cour aura son siège au lieu déterminé à cet effet, en séance de l'Assemblée générale de l'Organisation, par les Etats parties à la présente Convention. Cependant, elle pourra siéger dans n'importe quel Etat membre de l'Organisation des Etats Américains, sur décision de la majorité des ses membres et avec l'agrément de l'Etat intéressé. Les Etats parties à la Convention peuvent, à une séance de l'Assemblée générale, décider à la majorité des deux tiers des votes, de changer le siège de la Cour.

2. La Cour désignera son Greffier.

3. Le Greffier a sa résidence au lieu où la Cour a son siège, et doit être présent aux audiences de la Cour tenues hors du siège.

Article 59

La Cour organise son greffe. Celui-ci fonctionne sous l'autorité du Greffier en conformité des normes administratives adoptées par le Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains qui ne sont pas incompatibles avec l'indépendance de la Cour. Les fonctionnaires de la Cour sont nommés par le Secrétaire général de l'Organisation en consultation avec le Greffier de la Cour.

Article 60

La Cour élabore son Statut, le soumet à l'approbation de l'Assemblée générale et arrête son Règlement.

Section 2. Compétence et fonctions

Article 61

1. Seuls les Etats parties à la présente Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour.

2. La Cour ne connaît d'une espèce quelconque qu'après l'épuisement de la procédure prévue aux articles 48 à 50.

Article 62

1. Tout Etat partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion à la présente Convention, ou à tout autre moment ultérieur, déclarer qu'il reconnaît comme obligatoire, de plein droit et sans

convention spéciale, la compétence de la Cour pour connaître de toutes les espèces relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

2. La déclaration peut être faite inconditionnellement, ou sous condition de réciprocité, ou pour une durée déterminée ou à l'occasion d'espèces données. Elle devra être présentée au Secrétaire général de l'Organisation, lequel en donnera copie aux autres Etats membres de l'Organisation et au Greffier de la Cour.

3. La Cour est habilitée à connaître de toute espèce relative à l'interprétation et à l'application des dispositions de la présente Convention, pourvu que les Etats en cause aient reconnu ou reconnaissent sa compétence, soit par une déclaration spéciale, comme indiqué aux paragraphes précédents, soit par une convention spéciale.

Article 63

1. Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée.

2. Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission.

Article 64

1. Les Etats membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains. De même les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière.

2. Sur la demande de tout Etat membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit Etat avec les instruments internationaux précités.

Article 65

La Cour soumettra à l'examen de l'Assemblée générale de l'Organisation au cours de chaque session ordinaire un rapport sur ses activités durant l'année précédente. Elle soulignera d'une manière spéciale en formulant les recommandations pertinentes les cas où un Etat n'aura pas exécuté ses arrêts.

Section 3. Procédure

Article 66

1. L'arrêt de la Cour sera motivé.
2. Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, chacun de ceux-ci aura le droit d'y joindre son opinion dissidente ou son opinion individuelle.

Article 67

L'arrêt de la Cour est définitif et sans appel. En cas de contestation sur le sens ou la portée de l'arrêt, la Cour se prononcera sur requête de l'une des parties, introduite dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la signification de l'arrêt.

Article 68

1. Les Etats parties à la présente Convention s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où elles sont en cause.
2. Le dispositif de l'arrêt accordant une indemnité pourra être exécuté dans le pays intéressé conformément à la procédure interne tracée pour l'exécution des jugements rendus contre l'Etat.

Article 69

L'arrêt de la Cour sera signifié aux parties en cause et sera transmis aux Etats parties à la Convention.

CHAPITRE IX

DISPOSITIONS COMMUNES AUX DEUX ORGANES

Article 70

1. Dès l'instant de leur élection et pendant toute la durée de leur mandat, les juges à la Cour et les membres de la Commission jouiront des immunités qui sont reconnues en Droit international aux agents diplomatiques. Ils bénéficieront en outre, pendant la durée de leur mandat, des privilèges diplomatiques nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

2. Les juges de la Cour et les membres de la Commission ne pourront, à aucun moment, être poursuivis en raison des votes et des opinions émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.

Article 71

Les fonctions de juge à la Cour ou de membre de la Commission sont incompatibles avec toutes autres activités de nature à porter atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité des titulaires des dites fonctions dans l'exercice de leurs attributions, conformément aux statuts régissant lesdits organes.

Article 72

Les juges de la Cour et les membres de la Commission reçoivent des émoluments et des frais de voyage en rapport avec l'importance et l'indépendance de leurs fonctions et sous la forme et dans les conditions déterminées par le statut de ces organes. Ces émoluments et frais de voyage seront inscrits au programme-budget de l'Organisation des Etats Américains, lequel prévoira en outre les dépenses de la Cour et de son greffe. A ces fins, la Cour élaborera un projet de programme-budget et le soumettra à l'approbation de l'Assemblée générale par le truchement du Secrétariat général. Celui-ci ne pourra pas y apporter de modifications.

Article 73

Il appartient à l'Assemblée générale de l'Organisation de décider seulement sur la requête de la Commission ou de la Cour, selon le cas, des sanctions à appliquer aux membres de la Commission ou aux juges de la Cour lorsque lesdits membres ou juges les auront encourues dans les cas prévus par les statuts de leurs organes respectifs. Les décisions seront adoptées à la majorité des deux tiers des Etats membres si elles concernent les membres de

la Commission, et, en outre, à la majorité des deux tiers des Etats parties à la Convention, si elles se rapportent aux juges de la Cour.

TROISIEME PARTIE

DISPOSITIONS GENERALES ET TRANSITOIRES

CHAPITRE X

SIGNATURE, RATIFICATION, RESERVE, AMENDEMENT, PROTOCOLE ET DENONCIATION

Article 74

1. La présente Convention est ouverte à la signature et à la ratification ou à l'adhésion de tout Etat membre de l'Organisation des Etats Américains.

2. La ratification de la présente Convention ou l'adhésion à celle-ci s'effectue par le dépôt d'un instrument de ratification ou d'adhésion au Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains. La Convention entre en vigueur dès que onze Etats ont déposé leurs instruments respectifs de ratification ou d'adhésion. En ce qui concerne tout autre Etat qui la ratifie ou y adhère ultérieurement, la Convention entre en vigueur à la date du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion.

3. Le Secrétaire général informera tous les Etats membres de l'Organisation de l'entrée en vigueur de la Convention.

Article 75

Des réserves ne peuvent être faites sur la présente Convention qu'en conformité des dispositions de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités souscrite le 23 mai 1969.

Article 76

1. Tout Etat partie, directement, et la Commission ou la Cour par l'intermédiaire du Secrétaire général, peuvent soumettre à l'examen de l'Assemblée générale une proposition d'amendement à la présente Convention.

2. Les amendements entrent en vigueur en ce qui concerne les Etats les ayant ratifiés à la date du dépôt de l'instrument de ratification du pays qui donne la majorité des deux tiers des Etats parties à la présente Convention. En ce qui concerne les autres Etats parties, les amendements entreront en vigueur à la date du dépôt de leurs instruments respectifs de ratification.

Article 77

1. En vertu de l'article 31, tout Etat partie et la Commission pourront soumettre à la considération des Etats parties réunis à l'occasion de l'Assemblée générale, des projets de protocoles additionnels relatifs à la présente Convention, dans le but d'introduire d'une manière progressive dans le régime de protection établi par celle-ci d'autres droits et libertés.

2. Chaque protocole fixera les modalités de son entrée en vigueur, et ne produira ses effets qu'à l'égard des Etats qui y sont parties.

Article 78

1. Les Etats parties peuvent dénoncer la présente Convention à l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur, moyennant un préavis d'un an, adressé au Secrétaire général de l'Organisation, qui doit en informer les autres Etats parties.

2. Cette dénonciation ne déliera pas l'Etat partie intéressé des obligations énoncées dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait pouvant constituer une violation de ces obligations qui aurait été commis par ledit Etat antérieurement à la date de la prise d'effet de la dénonciation.

CHAPITRE XI

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Section 1. Commission interaméricaine des droits de l'homme

Article 79

Dès l'entrée en vigueur de la présente Convention, le Secrétaire général invitera par écrit chaque Etat membre de l'Organisation à présenter dans un délai de quatre-vingt-dix jours ses candidats aux postes de membres de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Le Secrétaire général dressera la liste alphabétique des candidats proposés et trente jours au

moins avant la prochaine Assemblée générale, la communiquera aux Etats membres de l'Organisation.

Article 80

Les membres de la Commission seront élus par l'Assemblée générale au scrutin secret, parmi les candidats qui figurent dans la liste visée à l'article 79. Seront déclarés élus les candidats qui auront obtenu le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des votes des représentants des Etats membres. Lorsque l'élection de tous les membres de la Commission requiert plusieurs tours de scrutin, les candidats qui auront recueilli le plus petit nombre de votes, seront éliminés successivement, de la manière déterminée par l'Assemblée générale.

Section 2. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Article 81

Dès l'entrée en vigueur de la présente Convention, le Secrétaire général invitera par écrit chaque Etat partie à présenter dans un délai de quatre-vingt-dix jours ses candidats aux postes de juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Le Secrétaire général dressera la liste alphabétique des candidats proposés et, trente jours au moins avant la prochaine Assemblée générale, la communiquera aux Etats parties.

Article 82

Les juges de la Cour seront élus par les Etats parties à une séance de l'Assemblée générale, au scrutin secret, parmi les candidats qui figurent dans la liste visée à l'article 81. Seront déclarés élus les candidats qui auront obtenu le plus grand nombre de votes et la majorité absolue des votes des représentants des Etats parties. Lorsque l'élection de tous les juges de la Cour requiert plusieurs tours de scrutin, les candidats qui auront recueilli le plus petit nombre de votes seront éliminés successivement de la manière déterminée par les Etats parties.

TABLE DE MATIERES

SOMMAIRE.....	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	9
INTRODUCTION.....	13
PREMIERE PARTIE : La marge nationale d'appréciation et ses limites intrinsèques face à la liberté d'expression.....	27
TITRE I : La marge nationale d'appréciation et ses limites internes	29
Chapitre I : La marge nationale d'appréciation et sa construction dans le cadre des systèmes européen et américain des droits de l'homme	31
Section I : La place et la notion de marge nationale d'appréciation.....	33
§ 1 : L'articulation de la marge nationale d'appréciation entre le droit interne et le droit international.....	33
§ 2 : La construction de la marge nationale d'appréciation dans le respect du droit international des droits de l'homme.....	39
A) L'existence de l'État de Droit	39
1) L'État: présupposé fondamental de la cohérence du système juridique	40
2) La justice: composante de l'État de droit et de la marge nationale d'appréciation.....	45
B) L'existence de la démocratie : une condition nécessaire pour la marge nationale d'appréciation selon le droit international des droits de l'homme	48
1) Panorama conceptuel	48
2) Panorama institutionnel.....	53
a. Regard historique dans les systèmes de protection des droits de l'homme.....	53
b. Regard conventionnel dans les traités de protection des droits de l'homme	63
Section II : La marge d'appréciation: entre la diversité et l'unité devant le droit international des droits de l'homme	67
§ 1 : La diversité des applications des droits de l'homme: une nouvelle problématique de la marge d'appréciation	67
A) En fonction du droit concerné	68
1) L'origine des droits civils et politiques	68
2) L'origine des droits économiques, sociaux et culturels.....	72
3) Entre l'application immédiate et l'application progressive	75
B) En fonction du contexte.....	81
§ 2 : L'unité d'application des droits de l'homme: une solution dans la marge nationale d'appréciation	84
A) L'Universalisme: un obstacle face à la marge d'appréciation de l'État et au pluralisme des droits de l'homme	84
B) La marge nationale d'appréciation: un obstacle contre la globalisation du droit international des droits de l'homme	90
1) La perspective globalisatrice des droits de l'homme	91
2) L'application de la notion globalisatrice dans le domaine du droit international des droits de l'homme	93
Chapitre II : Les limitations de la marge d'appréciation de l'État en fonction du Droit International des droits de l'homme	97
Section I : Les limites à partir des obligations générales et l'adoption de normes internes dans le respect des engagements internationaux des droits de l'homme.....	99
§ 1 : Les limites à partir des obligations générales.....	100
A) Première catégorie : les obligations de respect	100
B) Deuxième catégorie: les obligations de garantie	103
§ 2 : Limites du devoir d'adopter des dispositions de droit interne	108
A) Sur l'existence d'une législation interne conforme aux Conventions.....	109

B) Sur l'inclusion du principe « lus cogens » dans l'ordonnement interne	115
Section II : Les limites dans les traités internationaux des droits de l'homme : Obligations de sanction et de respect des mesures internationales de protection.....	123
§ 1 : L'obligation de réparation interne en cas de violation des droits de l'homme.....	123
A) La réparation: l'orientation vers la « restitutio in integrum »	124
1) La structure de la réparation internationale	124
2) Les caractéristiques de la réparation	131
B) Le droit à la vérité: une nouvelle limite pour l'appréciation de l'État	138
§ 2 : L'obligation de respect des mesures de protection d'exception ordonnées par les organismes régionaux des droits de l'homme	140
A) L'obligation de réparation interne en cas de violation des droits de l'homme ..	141
1) Dans le Système Interaméricain des droits de l'homme.....	141
2) Dans le système européen de protection des droits de l'homme	145
B) L'autolimitation de la marge d'appréciation de l'État par des mesures internationales de protection	147

CONCLUSION DU TITRE PREMIER DE LA PREMIERE PARTIE 149

Titre II : La marge nationale d'appréciation: les limites substantielles dans la protection de la liberté d'expression 151

Chapitre I : La liberté d'expression et ses fondements dans la théorie juridique	151
Section I : L'association entre l'égalité, la liberté et la démocratie: le fondement théorique de la liberté d'expression	153
§ 1 : Entre le libéralisme et l'égalitarisme: la lutte interne de la liberté d'expression	153
§ 2 : La liberté d'expression et son lien avec la démocratie.....	160
Section II : La liberté d'expression: entre la protection interne et la protection internationale	165
§ 1 : Les orientations normatives de la liberté d'expression dans les conventions régionales de droits de l'homme	165
A) La liberté d'accès aux pensées, aux opinions, aux idées ou aux informations ...	167
B) La liberté de diffuser des pensées, des opinions, des idées ou des informations	175
§ 2 : Une classification problématique	181
A) La position du droit public à l'égard des libertés publiques et des droits fondamentaux	181
B) La position du droit international des droits de l'homme	186
Chapitre II : Les Limites générales, les restrictions indirectes et la censure de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation.	189
Section I : Les limites générales et les restrictions particulières de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation	191
§ 1 : Les limites générales de la notion de marge d'appréciation dans les systèmes interaméricain et européen de protection des droits de l'homme.....	191
A) Les motifs de suspension de garanties.....	195
1) La guerre et le droit international humanitaire	196
2) Le danger public	198
3) La menace contre l'indépendance et la sécurité de l'État.....	200
4) Le terrorisme comme menace contre l'Etat.....	202
B) Les limites de la suspension de la liberté d'expression.....	207
§ 2 : Les restrictions indirectes de la liberté d'expression dans les systèmes interaméricain et européen des droits de l'homme	208
A) Les restrictions indirectes: la limite naturelle de la liberté d'expression.....	210
B) Les responsabilités ultérieures: les conséquences de la méconnaissance des conditions des restrictions internes	212
1) L'existence de sanctions pénales: diffamation et calomnie.....	216
2) L'existence de la qualification de délit d'outrage.....	224
Section II : La censure de la liberté d'expression dans le cadre de la doctrine de la marge d'appréciation	231

§ 1 : Les discours non protégés contre la censure	234
A) Les discours contre la convivialité sociale	235
1) Les discours qui prônent la haine ou l'intolérance ou qui incitent à la violence	237
2) Les discours publicitaires à l'encontre de la santé	239
B) Les discours contre certains groupes vulnérables	242
1) Les discours à l'encontre de la protection de l'enfance et de l'adolescence	242
2) Les discours à l'encontre des victimes de génocide et de crimes de lèse humanité.....	244
§ 2 : Censure indirecte sur les supports de communication par le biais des abus officiels directs ou indirects	247
A) L'intervention excessive de l'État dans les entreprises de télécommunications	249
B) L'abus de la publicité officielle	254
C) Les abus par l'intervention de l'autorité d'inspection, de surveillance et de contrôle	258
1) L'attribution et le retrait discrétionnaire des licences de radio et de télévision	259
2) L'attribution discrétionnaire du spectre électromagnétique	264
CONCLUSION DU TITRE SECOND DE LA PREMIERE PARTIE	267
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	269
<i>SECONDE PARTIE : La marge nationale d'appréciation et ses limites extrinsèques face à la liberté d'expression</i>	<i>271</i>
TITRE I : Les rapports sous l'angle procédural de l'Etat et du juge international des droits de l'homme fondés sur le principe de subsidiarité.....	273
Chapitre I : Le cadre procédural général de protection des droits de l'homme par les traités : l'extension de la marge nationale d'appréciation	285
Section I : La Subsidiarité devant ses conditions d'admissibilité : les règles formelles de contrôle du juge international	287
§ 1 : Épuisement des voies de recours interne : Une limite formelle pour les tribunaux internationaux de droits de l'homme.....	287
A) La doctrine de la Quatrième instance : l'épuisement des voies de recours interne	293
B) La preuve des faits: le rééquilibrage de la balance des intérêts pour le plaignant	295
§ 2 : Les exceptions à la condition d'épuisement des voies de recours interne	296
Section II : La Subsidiarité à travers les règles de compétence encadrant le contrôle du juge international.....	305
§ 1 : Les limitations de compétences des tribunaux régionaux de droits de l'homme en ce qui concerne la personne et le sujet de protection	305
A) Compétence razione personae	305
1) La qualité pour agir en justice en tant que requérant.....	306
a. Les limites de la notion de victime dans les systèmes régionaux de droits de l'homme	309
b. Les actions de personnes morales: la pluralité interprétative dans le système interaméricain des droits de l'homme face à l'unité dans le système européen des droits de l'homme	312
c. Autres groupes devant les systèmes régionaux de droits de l'homme	318
2) La qualité pour agir en justice en tant que défendeur	320
a. Devant la Commission Interaméricaine des droits de l'homme	320
b. Devant la Cour Interaméricaine des droits de l'homme et devant la Cour Européenne des droits de l'homme	321
B) Compétence razione materiae	323
1) L'interprétation et l'application des instruments régionaux des droits de l'homme	324

2) La limitation de la compétence contentieuse des Cours IDH et EDH.....	329
§ 2 : Les limitations circonstancielles eu égard au délai et au lieu où le droit a été lésé ..	333
A) La limite relative au délai	333
1) L'entrée en vigueur des instruments internationaux.....	333
2) Les délais de la requête	339
B) Compétence ratione loci	341
Chapitre II : L'encadrement matériel spécifique des rapports entre l'État et le juge régional des droits de l'homme : la diminution de la marge nationale d'appréciation dans le domaine de la liberté de pensée et d'expression	347
Section I : La théorie jurisprudentielle du principe de proportionnalité.....	349
§ 1 : L'origine du principe de proportionnalité.....	349
§ 2 : Les composantes du principe de proportionnalité	358
A) L'adéquation de la mesure de contrôle	359
B) La nécessité de la mesure de contrôle	360
C) La proportionnalité au sens strict	361
Section II : La systématisation du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la liberté d'expression.....	367
§ 1 : Les conditions de l'existence formelle du principe de proportionnalité	368
A) L'existence d'une loi qui prévoit l'ingérence	368
B) L'existence d'une société démocratique.....	371
§ 2 : Les conditions de son existence matérielle	377
A) L'existence d'un objectif approprié et conforme aux Conventions régionales de protection des droits de l'homme	377
B) La nécessité de la mesure de restriction	381
C) L'existence d'une proportionnalité au sens strict	386

CONCLUSION DU TITRE PREMIER DE LA SECONDE PARTIE 397

TITRE II : La marge nationale d'appréciation et ses limites jurisprudentielles relatives à la liberté d'expression : perspective comparée entre les systèmes européen et américain des droits de l'homme 399

Chapitre I : Les tensions entre la liberté d'expression et l'intérêt concret dans la liberté d'expression – <i>la réputation d'autrui</i> -	401
Section I : Les tensions entre la liberté d'expression et la réputation d'autrui.....	403
§1. Les discours sur les personnes qui ont une connotation publique	404
§ 2 : Les personnes physiques et morales sans connotation publique	420
Section II : Les doctrines probatoires sur les discours contre les personnes qui ont ou non une connotation publique.....	429
§ 1 : Les distinctions dans l'application de la doctrine de preuve applicable pour déterminer la portée de la liberté d'expression.....	429
A) L'application de la doctrine de la « <i>actual malice</i> » : les discours contre les personnes qui ont une connotation publique	429
B) L' <i>exceptio veritatis</i> : une excuse prioritaire de l'émetteur de l'information sur les personnes qui n'ont aucune connotation publique	437
§ 2: Les similitudes probatoires : la distinction entre les opinions et les déclarations factuelles	441
Chapitre II : Les tensions entre les intérêts juridiquement protégés et les intérêts abstraits dans la liberté d'expression	447
Section I : Les tensions entre la liberté d'expression et les limites générales de ce droit	449
§ 1 : La balance entre la liberté d'expression, l'ordre public et la sécurité nationale	449
§ 2 : La balance entre la liberté d'expression et la défense de l'impartialité de l'autorité judiciaire	462
§ 3 : La balance entre la liberté d'expression et l'intégrité du territoire.....	466
Section II : Les tensions entre la liberté d'expression, les conceptions religieuses et la morale publique	473
§ 1 : La liberté d'expression face aux conceptions religieuses	473
§ 2 : La liberté d'expression face à la morale	477

A) La liberté d'expression devant les conceptions sexuelles	477
B) La liberté d'expression devant les manifestations minoritaires –ethniques et raciales- et les sujets de protection spéciale	480
CONCLUSION DU TITRE II DE LA SECONDE PARTIE	485
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	487
CONCLUSION GENERALE	491
BIBLIOGRAPHIE.....	497
ANNEXES	541
TABLE DE MATIERES.....	589

Vu et permis d'imprimer
Nantes, le 24 août 2010
Le Président de l'Université de Nantes
Yves Lecoine

RESUME EN FRANCAIS:

Cette thèse tend à démontrer comment la doctrine de la marge nationale d'appréciation a une incidence sur l'exercice d'interprétation des droits de l'homme, en particulier s'agissant de la protection de la liberté d'expression, dans le système européen comme dans le système interaméricain. Cette incidence peut se résumer avec le corollaire suivant : le niveau de méfiance envers l'État sur le continent américain est plus élevé, ce qui fait que la marge nationale d'appréciation est moindre que dans le système européen. En deuxième lieu, les limites de cette marge nationale d'appréciation se sont rationalisées à travers l'étude des limites intrinsèques et extrinsèques. Ces deux hypothèses résolues apportent une solution à une problématique qui partait du postulat fallacieux que la marge nationale d'appréciation était une notion ambiguë et sans contenu qui aurait été introduite dans le domaine jurisprudentiel pour maintenir un équilibre politique entre le droit interne et le droit international.

RESUME EN ANGLAIS:

This thesis strives to show how the doctrine of the national margin of appreciation has an effect on exercising the interpretation of human rights, in particular dealing with the protection of the freedom of expression both in the European and Inter-American systems. This effect can be summarised in the following corollary: the level of suspicion towards the state on the American continent is higher which means that the national margin of appreciation is lower than in the European system. Secondly, the limits of this national margin of appreciation are rationalised through studying the intrinsic and extrinsic limits. These two determined hypotheses provide an answer to the problem stemming from the fallacious postulate that the national margin of appreciation was an ambiguous notion devoid of any content that was introduced in the jurisprudential domain in order to maintain a political balance between internal law and international law.

DISCIPLINE:

Droit public

MOTS- CLES:

Conflit de droits- démocratie- droits de l'homme- droits fondamentaux- État de droit- ius cogens- liberté d'expression- marge nationale d'appréciation- proportionnalité- société démocratique- subsidiarité

*Ecole doctorale 501 Droit, Economie-Gestion, Sociétés, Territoires
Laboratoire de Droit et Changement social- UMR_C*

FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES DE NANTES-
UNIVERSITÉ DE NANTES

Chemin de la Censive-du-Tertre, BP 81307, 44313 Nantes Cedex 3