

Tunisie : La protection de la liberté d'expression et la liberté de l'information dans la nouvelle constitution

Mars 2012

Document d'orientation

SOMMAIRE

L'Assemblée constituante de la Tunisie, élue en Octobre 2011, a commencé la rédaction d'une nouvelle constitution de la Tunisie. En réponse à ces efforts, et pour appuyer le travail des rédacteurs, ARTICLE 19 a réalisé un document d'orientation détaillé, décrivant la façon dont la nouvelle constitution doit protéger la liberté d'expression et la liberté de l'information.

Ce document se base sur les normes juridiques internationales sur la liberté d'expression, y compris les décisions de tribunaux internationaux et régionaux des droits humains ainsi que l'interprétation officielle du droit international des droits humains par le Comité des Nations Unies des droits de l'Homme et celle du Rapporteur spécial sur la liberté d'opinion et d'expression. Ce document souligne aussi des exemples précis de dispositions constitutionnelles dans plusieurs autres pays.

ARTICLE 19 espère que les exemples tirés du droit comparé, lesquels illustrent les meilleures pratiques de certains Etats sur le plan international et régional en matière de protection du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information, serviront de référence aux rédacteurs de la nouvelle Constitution tunisienne.

De façon plus spécifique, ARTICLE 19 estime notamment que la nouvelle Constitution tunisienne doit contenir un chapitre substantiel ou une section dédiés à la protection des droits humains sous forme d'une Charte de Droits ou un équivalent. Une telle protection des droits humains devrait être au cœur même de la nouvelle Constitution. Il est également essentiel que la nouvelle Constitution déclare que tous les traités internationaux ratifiés par la Tunisie, le droit international coutumier et le droit international général ont force de loi en Tunisie et que les principaux traités internationaux relatifs aux droits humains ratifiés par la Tunisie sont applicables et ont force obligatoire dans la législation nationale. ARTICLE 19 exhorte également les rédacteurs à veiller à ce que la nouvelle Constitution établisse une large définition de la liberté d'expression pour inclure le droit de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations et des idées, pour couvrir toutes les formes d'expression et modes de communication. La Constitution devrait garantir ce droit à toutes les personnes et devrait clairement stipuler que toutes restrictions au droit à la liberté d'expression doivent strictement remplir les trois conditions établies par le droit international.

Le document d'orientation fait toute une série de recommandations spécifiques pour la protection du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information, y compris le droit d'accès à l'information, et présente de façon détaillée la manière dont la nouvelle Constitution devrait protéger la liberté des médias et la liberté d'expression au moyen des technologies de l'information et de la communication (TIC). Le document d'orientation examine également la place de la religion dans la Constitution. Enfin, il décrit les mécanismes les plus à même de protéger les droits constitutionnels de manière effective, notamment par le biais d'un tribunal ou cour constitutionnelle.

Il est important d'ajouter qu'ARTICLE 19 appelle le gouvernement tunisien à faire en sorte que le processus de rédaction de la nouvelle Constitution Tunisienne soit véritablement participatif, comprenant tous les groupes de la société, y compris les femmes et les minorités, et transparent, aboutissant à un réel sentiment d'appropriation du texte final.

ARTICLE 19 espère pouvoir continuer à assister l'Assemblée constituante et tous les acteurs tunisiens à formuler le meilleur cadre constitutionnel possible pour le peuple tunisien, permettant à la fois de répondre aux obligations internationales de l'État, mais également d'enraciner la protection et la promotion des droits dans la vie quotidienne et la conscience sociale dans le pays.

Table des matières

SOMMAIRE	2
Table des matières	4
A propos du Programme de Droit d'ARTICLE 19	5
Résumé des Recommandations	6
Introduction	9
La constitutionnalisation des droits humains	11
La Constitution tunisienne de 1959	11
Arguments en faveur de la protection des droits humains dans la nouvelle Constitution	13
Arguments en faveur d'une protection constitutionnelle spécifique de la liberté d'expression et la liberté de l'information	15
Droit International et Régional des droits humains relatif à la liberté d'expression et la liberté de l'Information	21
Droit International	21
<i>Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques</i>	21
<i>Autres instruments internationaux</i>	22
Les Instruments Régionaux	23
<i>L'Union Africaine</i>	23
<i>Ligue des Etats Arabes</i>	25
<i>Autres normes régionales</i>	25
Exemples constitutionnels comparés	29
Portée et limites de la liberté d'expression et la liberté de l'information	35
Portée de la liberté d'expression et la liberté de l'information	35
Limitations autorisées de la liberté d'expression et la liberté de l'information	37
Exemples constitutionnels comparés	41
Liberté de l'Information	44
Le droit d'accès à l'information	44
Exemples constitutionnels comparés	46
Liberté des Médias	50
<i>Pas de censure préalable</i>	52
<i>Indépendance des organes de presse</i>	52
<i>Protection des sources</i>	53
<i>Octroi de licences et enregistrement</i>	56
<i>La presse écrite</i>	57
<i>Liberté d'association</i>	58
Exemples constitutionnels comparés	59
Liberté d'expression et TIC	63
Exemples constitutionnels comparés	65
La place de la religion dans la Constitution	66
Mise en œuvre des droits	75
D'emblée, il convient de distinguer d'une part, la mise en œuvre des droits garantis par la Constitution, et d'autre part, celle des droits protégés en vertu du droit international.	75
Mise en œuvre des droits garantis par la Constitution	75
Mise en œuvre du droit international dans l'ordre juridique interne	83
Mécanismes de participation démocratique	88
L'expérience kényane	88
L'expérience libérienne	88
L'expérience sénégalaise	89
Conclusions	90

A propos du Programme de Droit d'ARTICLE 19

Le Programme de Droit d'ARTICLE 19 préconise l'élaboration de normes progressistes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information au niveau international, et leur mise en œuvre dans les systèmes juridiques nationaux. Le Programme de Droit a produit un certain nombre de publications normatives qui décrivent le droit international et comparé ainsi que les meilleures pratiques dans des domaines tels que droit de la diffamation, l'accès à l'information et la réglementation de la diffusion.

Sur la base de ces publications et de l'expertise juridique globale d'ARTICLE 19, le Programme de Droit publie chaque année un certain nombre d'analyses juridiques, des commentaires sur des propositions législatives ainsi que sur des lois en vigueur qui affectent le droit à la liberté d'expression et élabore des documents politiques et d'autre nature. Ce travail, réalisé depuis 1998 pour soutenir les efforts de réformes positives du droit à travers le monde, conduit souvent à des améliorations substantielles de législations nationales en vigueur ou projetées. Tous les documents élaborés par le Programme de Droit sont disponibles à <http://www.article19.org/resources.php/legal/>.

Si vous souhaitez discuter ce document, ou si vous souhaitez apporter une question particulière à l'attention du Programme de Droit d'ARTICLE 19, vous pouvez nous contacter par e-mail à legal@article19.org.

Pour plus d'informations à propos de ce document, veuillez contacter Sejal Parmar, Conseiller Juridique Principal d'ARTICLE 19 à sejal@article19.org ou au +44 20 7324 2500. Pour plus d'informations sur le travail d'ARTICLE 19 en Tunisie, veuillez contacter Mona Samari, Attachée principale de presse à mona@article19.org ou au +44 20 7324 2500.

Résumé des Recommandations

1. La protection des droits humains doit être au cœur de la nouvelle Constitution Tunisienne qui devrait comprendre un chapitre substantiel ou une section (tel qu'une Déclaration ou Charte des droits).
2. La nouvelle Constitution devrait préciser que tous les traités internationaux ratifiés par la Tunisie, le droit international coutumier et le droit international général ont force de loi en Tunisie ; que les principaux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme que la Tunisie a ratifiés, y compris le PIDCP, la CRC, la CDPH et la CADHP, sont applicables et ont force obligatoire dans la législation nationale.
3. La nouvelle Constitution devrait établir une large définition de la liberté d'expression qui inclue le droit de rechercher, recevoir et diffuser des informations et des idées, couvre toutes les formes d'expression et modes de communication, et garantisse ce droit à toutes les personnes.
4. La nouvelle Constitution devrait indiquer que des restrictions ne peuvent limiter la liberté d'expression que si elles sont prévues par la loi et sont nécessaires: (a) pour le respect des droits ou la réputation d'autrui; ou (b) pour la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou de la santé ou morale publiques.
5. La nouvelle Constitution devrait particulièrement assurer que le droit d'avoir des opinions n'est soumis à aucune restriction.
6. La nouvelle Constitution devrait protéger la liberté de l'information et l'accès à l'information détenue par ou pour le compte d'un organisme public, ainsi que l'accès à l'information détenue par des particuliers, nécessaire pour faire valoir un droit.
7. La nouvelle Constitution devrait préciser que l'accès à l'information est garanti à moins que (a) la divulgation cause un préjudice grave à un intérêt protégé et (b) ce préjudice est plus important que l'intérêt public à accéder à l'information.
8. La protection par la nouvelle Constitution de la liberté des médias devrait être explicite et spécifiquement couvrir les éléments suivants de la liberté des médias:
 - Il ne doit pas y avoir de censure préalable;
 - Il ne doit y avoir aucune licence ou système d'enregistrement pour la presse écrite;
 - Il ne devrait y avoir aucun permis de journalistes ni de conditions d'accès pour la pratique de la profession;
 - L'indépendance de tous les organes du pouvoir de réglementation des médias, y compris les instances dirigeantes de médias publics, doit être garanti;
 - Le droit des journalistes à protéger leurs sources confidentielles d'information doit être garanti;
 - Les journalistes doivent être libres de s'associer au sein d'organismes professionnels de leur choix.
9. La nouvelle Constitution devrait préciser que toutes les formes d'expression et les moyens de leur diffusion, y compris à travers les TIC - ou sur Internet, ou autres

systèmes électroniques de diffusion de l'information - sont protégés par le droit à la liberté d'expression.

10. La nouvelle Constitution devrait également prévoir que les restrictions en matière de TIC, y compris en ce qui concerne la responsabilité des prestataires de services Internet, doivent satisfaire les exigences déjà indiquées sur les limitations autorisées de la liberté d'expression.
11. La liberté de religion doit être garantie pour tous conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
12. La nouvelle Constitution peut faire référence aux traditions culturelles et religieuses du pays comme on peut le retrouver dans bon nombre de constitutions. Afin de s'inspirer des meilleures pratiques de par le monde et de répondre aux aspirations démocratiques de la révolution, ces références culturelles et/ou religieuses doivent être limitées au Préambule de la Constitution, et ne doivent pas faire mention de loi religieuse (la Charia). Aux vues des recommandations récentes du rapporteur spécial de l'ONU sur la religion, nous ne recommandons pas non plus l'inclusion d'une religion d'état dans la Constitution.
13. Finalement, toute référence dans le préambule aux valeurs culturelles ou religieuses du pays doit être accompagnée d'autres références aux valeurs universelles des droits humains et aux principes fondamentaux de la démocratie.
14. La Constitution devrait rendre les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et la liberté de l'information directement opposables à l'Etat ou tout autre acteur non-étatique ou privé. Ces garanties devraient prévaloir sur toute législation nationale incompatible avec elle dans la mesure de cette incompatibilité.
15. La Constitution devrait prévoir des recours effectifs permettant la mise en œuvre des droits et libertés garantis par la Constitution. En particulier, les voies de recours devant les tribunaux constitutionnels allemand et espagnol, ainsi que la composition de ces derniers, devraient être soigneusement étudiés comme pouvant servir de modèle en Tunisie.
16. L'introduction dans le droit tunisien d'une disposition constitutionnelle intégrant explicitement les droits garantis par les traités internationaux, tels que le PIDCP, devrait être considérée.
17. Tous les organes de l'Etat tunisien – les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire - devraient contribuer à la mise en œuvre de la nouvelle Constitution par le biais de lois, politiques et décisions et pratiques judiciaires. Le gouvernement tunisien devrait également assurer la conformité avec la nouvelle Constitution par le biais de la publicité dans tous les médias, des campagnes de sensibilisation, de programmes d'éducation juridique et autres moyens.
18. Le processus de rédaction de la nouvelle Constitution Tunisienne doit être véritablement participatif, comprenant tous les groupes de la société, y compris les femmes et les minorités, et transparent, aboutissant à un réel sentiment d'appropriation du texte final. En particulier :
 - Des ateliers de travail sur la Constitution devraient être organisés périodiquement dans les régions.

- Les acteurs locaux devraient être formés en parallèle afin d'apprendre à formuler des propositions appropriées pour la rédaction de la Constitution
- Les acteurs de la société civile devraient se rencontrer afin de former d'éventuelles coalitions, qui pourraient leur permettre de mieux se faire entendre des personnes en charge de la rédaction de la Constitution

19. Le système judiciaire tunisien devrait évoluer dans le respect de la pratique et la mise en œuvre des droits humains, y compris les engagements internationaux de la Tunisie en matière de droits humains.

20. Le gouvernement tunisien devrait « enraciner le concept de droits humains » dans l'ordre juridique national et établir une « culture des droits humains » dans la société afin d'en faire des droits usuels et non étrangers pour chacun de ses membres. Cela requiert l'éducation du public aux droits humains.

21. Les ONG, les organisations intergouvernementales et les médias devraient contrôler la conformité des organes de l'Etat Tunisien et des organismes publics avec la nouvelle Constitution ainsi que les engagements internationaux en matière de droits humains.

Introduction

1. La Tunisie, pays où les protestations du Réveil Arabe ont commencé, est actuellement à un stade critique de sa transition démocratique. Elle est également à un moment crucial de son histoire constitutionnelle et de son approche en matière de protection des droits humains, y compris la liberté d'expression et la liberté de l'information. Ceci est parce que l'Assemblée constituante nouvellement formée, créée à la suite des élections du 23 Octobre 2011, est principalement chargée de l'élaboration d'une nouvelle Constitution pour la Tunisie. Ce nouvel arrangement constitutionnel fournira le cadre juridique de base sur la façon dont la Tunisie sera régie et la manière dont les droits fondamentaux seront garantis.
2. ARTICLE 19 estime que la nouvelle Constitution tunisienne doit contenir un ou plusieurs chapitres substantiels ou section(s) consacrés à la protection des droits humains. Ce n'est pas seulement parce que la plupart des constitutions contiennent effectivement de telles protections des droits, ou parce que la dite Révolution du Jasmin de 2010/11 a été elle-même provoquée par le manque de liberté d'expression et de libertés politiques (ainsi que par les conditions de vie déplorables, la corruption et l'inflation élevée des produits alimentaires). C'est aussi parce que les nouveaux et futurs dirigeants de la Tunisie sont les mieux placés pour tenir la promesse des droits humains, notamment par la mise en place de garanties constitutionnelles et autres formes de protections. Un peu comme la Constitution non-discriminatoire de l'Afrique du Sud en 1996, qui contient un chapitre de Déclaration des Droits, la nouvelle Constitution Tunisienne devra représenter une rupture avec les violations passées et la répression, et permettre au peuple tunisien de s'exprimer et s'unir autour de valeurs fondamentales, et prendre un tournant radical et positif dans le sens de la protection réelle des droits humains en Tunisie. Elle devra également apporter un sentiment de légitimité post-dictatoriale aux organes de l'Etat. Ainsi, le «puissant symbolisme » d'une Constitution tunisienne contenant un chapitre ou une section sur la protection des droits humains «servira non seulement à établir un environnement de droit, mais définira également ce qui est, et ce qui n'est pas, politiquement légitime ». ¹
3. Ce document d'orientation vise à appuyer et encourager le débat autour de la nouvelle Constitution tunisienne et en particulier ses dispositions sur le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information en soulignant les questions clés qui devraient être examinées par l'Assemblée Constituante. Il fournit également une analyse de dispositions pertinentes du droit international et constitutionnel comparé sur ces sujets. Il s'appuie sur le droit international des droits humains, y compris les décisions de tribunaux internationaux et régionaux des droits humains ainsi que l'interprétation officielle du droit international des droits humains par la Commission des Nations Unies des droits humains et le Rapporteur Spécial sur la liberté d'opinion et d'expression. Il met également en lumière des exemples spécifiques de dispositions constitutionnelles dans plusieurs autres pays.
4. ARTICLE 19 tient également à souligner la nécessité de la transparence, la plus large participation et contribution de la société dans le processus de rédaction de la

¹ Voir Martin Chanock, "A Post-Calvinist Catechism or a Post-Communist Manifesto? Intersecting Narratives in the South African Bill of Rights Debate" dans P. Alston (ed), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives* (Oxford: OUP, 1999) à 394.

Constitution en tant que condition nécessaire à la réussite du texte final. L'expérience de ces processus dans d'autres pays qui ont récemment connu une transition démocratique ou révision constitutionnelle, comme l'Afrique du Sud ou le Kenya, montre que la participation du public dans le processus de rédaction est nécessaire à la légitimité démocratique du texte final lui-même. Ces processus participatifs permettent la contribution des citoyens, mais aussi intègrent l'intérêt public dans le texte et renforcent les institutions démocratiques. Comme l'a noté le politologue, Muna Ndulo:

Une constitution doit être le résultat de l'intégration des idées de toutes les principales parties prenantes dans un pays (à savoir tous les partis politiques à l'intérieur et à l'extérieur du parlement, la société civile organisée et les individus dans la société) ... Une constitution perçue comme ayant été imposée à une large portion de la population ou ayant été adoptée après manipulation du processus par quelques-unes des parties prenantes a peu de chance de s'assurer suffisamment de popularité ou de légitimité pour supporter l'épreuve du temps.²

5. ARTICLE 19 recommande donc vivement -à l'Assemblée constituante et aux rédacteurs de la Constitution de faire en sorte que le processus de rédaction de la nouvelle Constitution Tunisienne soit véritablement participatif, comprenant tous les groupes de la société, y compris les femmes et les minorités. Il devrait également être transparent, aboutissant à un réel sentiment d'appropriation publique du texte final.
6. Le processus de la rédaction de la Constitution ne doit pas, bien entendu, être séparé des autres efforts que le gouvernement tunisien doit entreprendre au cours de la transition vers la démocratie. Le gouvernement tunisien doit « enraciner le concept de droits humains » dans l'ordre juridique national et établir une « culture des droits humains » dans la société afin d'en faire des droits usuels et non étrangers pour chacun de ses membres. Cela requiert l'éducation du public et de l'administration publique aux droits humains. Le système judiciaire tunisien doit surtout évoluer dans le respect de la pratique et la mise en œuvre des droits humains, y compris les engagements internationaux de la Tunisie en matière de droits humains. Il est important aussi que les ONG, les organisations intergouvernementales et les médias puissent contrôler la conformité des organes de l'Etat tunisien et des organismes publics avec la nouvelle Constitution ainsi que les engagements internationaux en matière de droits humains.
7. Le document d'orientation se présente comme suit. La première partie préconise la protection des droits humains en général, et celle de la liberté d'expression et la liberté de l'information en particulier, à travers la constitutionnalisation. Le document souligne ensuite les dispositions pertinentes de droit international et régional en matière de droits humains sur la liberté d'expression et la liberté de l'information puis procède à une réflexion sur quelques exemples constitutionnels protégeant ces droits de diverses manières. Les parties suivantes examinent comment nouvelle Constitution tunisienne devrait traiter des sujets suivants: la portée et les limites des droits en cause; la liberté de l'information ; la liberté des médias ; la liberté d'expression et les TIC ; la place de la religion dans la Constitution et la mise en œuvre des droits. À la fin de chaque partie, nous présentons quelques recommandations que nous prions les rédacteurs de la nouvelle Constitution d'examiner attentivement et de suivre dans la prochaine phase de la transition démocratique de la Tunisie.

² Muna Ndulo, "The Democratic State in Africa: The Challenges for Institution Building", 16 *National Black Law Journal*, 70 (1998-1999) 88-92.

La constitutionnalisation des droits humains

La Constitution tunisienne de 1959

8. En Mars 2011, le gouvernement intérimaire de la Tunisie a suspendu la Constitution de 1959 du pays³. En attendant l'adoption d'une nouvelle constitution, les lois existantes, y compris les codes et les décrets, demeurent en vigueur même si elles ne peuvent pas être appliquées comme sous le gouvernement d'avant la Révolution.
9. Il est important de reconnaître l'existence de protections constitutionnelles pour « les libertés fondamentales et les droits humains » dans la Constitution de 1959. Le préambule, par exemple, faisait référence à « la dignité humaine, la justice et la liberté », « une démocratie fondée sur la souveraineté du peuple », « un système politique stable basé sur la séparation des pouvoirs » et la valeur du « régime républicain » comme « la meilleure garantie pour le respect des droits humains, pour l'établissement de l'égalité entre les citoyens en termes de droits et de devoirs ». Les principales dispositions garantissaient ces droits et libertés dans leur « universalité, intégralité, complémentarité et interdépendance » (article 5). Les Dispositions Générales prévoyaient que la République Tunisienne serait « fondée sur des principes de la primauté de l'état de droit et du pluralisme, et qu'elle s'efforcerait à promouvoir la dignité humaine et à développer la personnalité humaine » et « garantirait l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et défendrait le libre exercice de la foi à condition que cela ne perturbe pas l'ordre public » (article 5). Les Dispositions Générales prévoyaient aussi que « tous les citoyens ont les mêmes droits et obligations » et « tous sont égaux devant la loi » (article 6).
10. Article 8 de la Constitution de 1959 protégeait la liberté d'expression, ainsi que d'autres droits comme la liberté de réunion et d'association, dans les termes suivants:

La liberté d'opinion, d'expression, de la presse, de publication, de réunion et d'association sont garanties et exercées selon les termes définis par la loi. Le droit de s'organiser en syndicats est garanti.

Les partis politiques contribuent à l'encadrement des citoyens, afin d'organiser leur participation à la vie politique, et ils devraient être établis sur des bases démocratiques. Les partis politiques doivent respecter la souveraineté du peuple, les valeurs de la république, les droits humains et les principes relatifs au statut personnel.

Les partis politiques s'engagent à bannir toutes les formes de violence, de fanatisme, de racisme et de discrimination.

Aucun parti politique ne peut fonder ses principes, objectifs, activités ou programme sur une religion, une langue, une race, un sexe ou une région.

Il est interdit à tout parti de dépendre de partis ou d'intérêts étrangers.

La loi fixe les règles régissant l'établissement et l'organisation des partis.
11. Les dispositions suivantes protégeaient ce qui suit: « l'inviolabilité du domicile, le secret de la correspondance et la protection des données personnelles, sauf dans des cas exceptionnels prévus par la loi » (article 9); « le droit de circuler librement dans le pays,

³ Adoptée le 1er Juin 1959, amendée en 1988 et en 2002.

de le quitter, et d'établir résidence dans les limites établies par la loi » (article 10); le droit de ne pas être «banni du pays ou empêché d'y retourner »(article 11); le droit d'un accusé à être« présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée par une procédure qui lui offre les garanties indispensables à sa défense »(article 12), le droit des personnes privées de leur liberté d '« être traitées avec humanité » et d'avoir « leur dignité ... respectée, dans le respect des conditions fixées par la loi »(article 12), le droit de propriété dans les limites prévues par la loi (article 14), le droit des réfugiés politiques à ne pas être extradés (article 17).

12. L'article 7 était une disposition transversale permettant de limiter les droits sur la base d'une série de considérations, y compris «le progrès social». Il stipulait que:

Les citoyens exercent tous leurs droits dans les formes et selon les modalités prévues par la loi. L'exercice de ces droits ne peut être limité que par des lois promulguées pour protéger les droits d'autrui, l'ordre public, la sécurité nationale, le développement économique et le progrès social.

13. Le reste de la Constitution de 1959 traitait des diverses composantes du gouvernement: Chapitre II du pouvoir législatif, chapitre III du pouvoir exécutif, chapitre IV du pouvoir judiciaire, chapitre V du tribunal de la haute instance, chapitre VI du Conseil de l'Etat, chapitre VII du Conseil économique et social, chapitre VIII des autorités locales, chapitre IX du Conseil constitutionnel et chapitre X des amendements à la Constitution.

14. Malgré ce cadre constitutionnel de poids et contrepoids et une certaine protection limitée des droits, la Constitution de 1959 n'était manifestement pas adaptée à son objet: elle n'a pas été mise en œuvre et n'a pas servi à lutter contre les pires excès du régime précédent. Les autorités internationales et des ONG ont d'ailleurs reconnu que la Constitution de 1959 ainsi que le système juridique adopté par le régime précédent posaient un problème du point de vue de la liberté d'expression et la liberté de l'information. Notamment dans ses Observations finales de 2008 sur la Tunisie, la Commission des Nations Unies sur les droits humains a exprimé sa préoccupation à propos de deux questions ayant trait à la liberté d'expression: d'abord, l'absence de précision dans la définition particulièrement large d'actes terroristes figurant dans la Loi sur le terrorisme et le blanchiment d'argent (Loi No 2003-75); ensuite, certaines dispositions du Code de la presse qui contient une définition particulièrement détaillée du délit de diffamation, en particulier dans les cas de critique des organismes officiels, l'armée ou l'administration.⁴ Dans son rapport 2010 sur la Tunisie, le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits humains et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, a souligné que les dispositions existantes - en particulier la définition large du terrorisme dans la législation contre le terrorisme et la criminalisation de la simple utilisation de noms, termes, symboles et signes dans la Loi 2003-75 relative à l'incitation – pouvaient mener à des restrictions injustifiées de la liberté d'expression.⁵

15. Il est essentiel que la nouvelle Constitution Tunisienne protège adéquatement les droits humains conformément aux normes internationales et que ses dispositions soient, à leur

⁴ Comité des Droits humains, Considération des rapports soumis par des Etats Parties selon l'Article 40 du Pacte ; Observations Finales sur la Tunisie, CCPR/C/TUN/CO/5 23 Avril 2008, paras 15 et 18.

⁵ Rapport du Rapporteur Spécial sur la promotion et la protection des droits humains et les libertés fondamentales dans la lutte anti-terrorisme, Mission en Tunisie, A/HRC/16/51/Add.2 28 Décembre 2010.

tour, correctement mises en œuvre par la loi, les politiques et les décisions et pratiques judiciaires.

Arguments en faveur de la protection des droits humains dans la nouvelle Constitution

16. Ce document d'orientation se base sur la prémisse que la constitutionnalisation des garanties des droits humains - y compris la liberté d'expression - est le meilleur moyen d'assurer leur réalisation.⁶ L'incorporation de mesures de protection pour les libertés civiles, généralement à travers une charte des droits, a été l'usage des organisations constitutionnelles depuis au moins Magna Carta en 1215 et se retrouve plus particulièrement dans la Constitution des États-Unis de 1787 et la Déclaration française des Droits humains et du Citoyen de 1787. Après la Seconde Guerre mondiale, le Japon, l'Allemagne et l'Italie ont intégré des protections de droits humains dans leurs constitutions et peu de temps après, de nombreux États qui se libéraient de la domination coloniale, ont hérité aussi de chartes de droits constitutionnels avec leurs indépendances. Après la fin de la guerre froide, plusieurs des États nouvellement apparus, ou transformés, d'Europe centrale et orientale ont adopté des chartes de droits pour s'écarter des systèmes de régimes communistes arbitraires. Bien que les constitutions ne garantissent pas toutes les droits individuels, les plus récentes, comme celles du Kenya (2010), de Bolivie (2009), du Cameroun (2008), de l'Équateur (2008), du Népal (2007) et de Monténégro (2007), ont intégré des garanties de droits humains, à des degrés divers de protection et dans un cadre parfois autre que celui d'une charte de droits. Il est intéressant de noter que la Constitution provisoire de l'Égypte du 30 Mars 2011 et la Déclaration Constitutionnelle de Libye du 3 Août 2010 protègent un certain nombre de droits et libertés, quoique de façon limitée.
17. ARTICLE 19 soutient qu'il y a quatre arguments principaux en faveur de l'idée que la nouvelle Constitution tunisienne devrait réellement protéger les droits tels que la liberté d'expression et la liberté de l'information dans une charte de droits et libertés individuelles ou équivalent.
18. *Tout d'abord*, la protection constitutionnelle des droits humains dans un chapitre ou section indépendants, **contribuerait à une « culture de la liberté » en Tunisie.**⁷ « La protection constitutionnelle effective des droits humains » dépend de « l'existence d'une culture appropriée qui veille à ce que [une charte de droits soit] positivement perçue et mise en œuvre de façon constructive.⁸ Suite à l'adoption d'une nouvelle constitution, y compris une charte de droits, le gouvernement tunisien devrait employer toute l'énergie et les ressources à sa disposition pour garantir les conditions optimales au développement d'une telle « culture de la liberté ». A titre d'exemple, les gouvernements fédéral et provincial du Canada ont adopté plusieurs mesures pour renforcer ce sentiment de liberté à la suite de l'adoption de la Loi Constitutionnelle de 1982 contenant La Charte Canadienne des Droits et Libertés. Il s'agit notamment de la modification de statuts pour assurer la conformité avec la Charte, de publicité dans des revues populaires et les médias électroniques, de promotion sociale en faveur des

⁶ Voir généralement P Alston (ed), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives* (Oxford: OUP, 1999).

⁷ R Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (Londres: Chatto, 1990), p 10 - 11.

⁸ M Darrow et P Alston chez Alston ci-dessus, *supra* note 6 p 486.

groupes désavantagés, de programmes d'éducation juridique traitant de questions de discrimination systémique et de partialité judiciaire à l'égard de groupes minoritaires.⁹

19. *En second lieu*, la protection constitutionnelle des droits humains **permettrait à la justice tunisienne de répondre aux limites inévitables de la nouvelle législature à protéger les droits de tous les membres de la société**. Les membres de la nouvelle législature tunisienne, en tant que représentants du peuple, seront naturellement enclins à répondre aux groupes et individus qui expriment leurs préoccupations le plus fortement et exercent une pression continue. Par ailleurs, comme dans d'autres Etats, le pouvoir législatif, sera certainement ralenti la prédominance du pouvoir exécutif, par l'emprise des partis politiques et par l'influence de la bureaucratie. Les protections constitutionnelles permettraient ainsi aux tribunaux tunisiens de contrôler l'exercice du pouvoir politique et d'affirmer ainsi leur rôle légitime dans l'équilibre tripartite du pouvoir. Le rôle « d'un pouvoir judiciaire vigilant, actif et indépendant est essentiel pour veiller à ce que les droits théoriques dans une constitution soient volontairement interprétés et appliqués de manière équitable ». ¹⁰ Le système judiciaire tunisien doit donc être disposé et être en mesure de s'engager en faveur des droits constitutionnalisés et des obligations juridiques internationales de la Tunisie, et devrait être formé à cet effet. Par ailleurs, l'accès des groupes défavorisés et marginalisés à la justice doit être garanti pour que les litiges constitutionnels soient réservés aux domaines les plus utiles. La révision de la constitution d'un point de vue des droits humains en parallèle avec des efforts politiques permettraient ainsi d'habiliter les individus et les groupes en Tunisie qui n'ont pas la capacité ou les ressources nécessaires à la concurrence sur la scène politique. ¹¹
20. La capacité des tribunaux à fournir une alternative viable et efficace à l'assemblée législative dépend fortement de la perception de la pertinence de la constitution et de la formulation particulière des droits concernés. Contrairement à la Déclaration des droits du Kenya de l'après-indépendance, qui avait été sommairement rédigée par le Ministère Britannique des Colonies et des fonctionnaires au bureau du Procureur Général du Kenya sans la moindre considération de la politique, culture et société kenyane, la nouvelle constitution du Kenya a largement bénéficié de la contribution de la société civile et se base sur la société kenyane. Ainsi, la principale priorité des rédacteurs de la constitution tunisienne doit être l'intégration des intérêts de la société.
21. *En troisième lieu*, la protection constitutionnelle des droits humains, notamment au moyen d'une Charte de droits, **faciliterait la compréhension par les Tunisiens eux-mêmes du message des droits humains**. Se référant à des chartes constitutionnelles de droits, Harold Laski a écrit qu'elles servent « sans aucun doute, de frein aux abus éventuels du gouvernement au pouvoir. Elles nous rappellent qu'à une époque il a fallu lutter pour gagner le pouvoir populaire et que cela pourrait de nouveau être le cas. La solennité qu'elles incarnent nous maintient toujours sur nos gardes. Elles agissent comme un point de ralliement au sein de l'Etat pour tous ceux qui se préoccupent profondément des idéaux de liberté ». ¹² L'acceptation formelle des obligations conventionnelles et des normes internationales a une grande valeur normative et

⁹ R Penner, "The Canadian Experience with the Charter of Rights", [1996] *Public Law* 114 -115.

¹⁰ *Supra* note 6, p 488.

¹¹ Comme l'a montré l'expérience Canadienne selon la Charte des Droits et des Libertés notamment en matière d'égalité des sexes.

¹² H Laski, *Liberty and the Modern State* (1948) at p75, cité dans Alston, *supra* note 6 p 493.

symbolique, mais ne sera jamais suffisante. Ces obligations et ces normes doivent être correctement traduites ou « incorporées » dans l'ordre juridique et social et enracinées dans la société afin de produire une « culture des droits humains » dans la société où les droits ne sont pas étrangers mais sont des acquis de ses membres. Par conséquent, « l'implication de la société au sens large – pas seulement les avocats et l'élite dirigeante – est nécessaire pour favoriser un sentiment d'appropriation de la protection constitutionnelle des droits humains et contribue à garantir son acceptation, pertinence et efficacité ».¹³

22. *En quatrième* et dernier lieu, la protection constitutionnelle des droits humains au moyen d'une charte de droits **permettrait aussi de consolider l'engagement de la Tunisie envers les droits humains et sa disposition à se conformer au droit international et de le démontrer à la communauté internationale**. Ceci revêt une importance particulière en cette période où les institutions tunisiennes de l'après-révolution cherchent naturellement à s'assurer crédibilité et légitimité en matière de démocratie, d'état de droit et de droits humains qui ont échappé au régime précédent. Les organes de l'Etat tunisien devraient se soucier de leur réputation internationale et ce contrôle externe incessant est largement lié au contrôle par les ONG, les organisations intergouvernementales et les médias.

Arguments en faveur d'une protection constitutionnelle spécifique de la liberté d'expression et la liberté de l'information

23. Outre les raisons citées ci-dessus en faveur des protections constitutionnelles des droits humains en général, ARTICLE 19 recommande fortement l'adoption de dispositions constitutionnelles et de lois spécifiques sur le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information en Tunisie pour plusieurs raisons qui se recoupent.
24. *Tout d'abord*, le bilan passé de la Tunisie en matière de droits humains **nécessite une meilleure protection juridique de ces droits en tant que droits constitutionnels**. Ainsi, il serait difficile d'ignorer le contexte dans lequel la révolution, , s'est produite – et a rendu la rédaction de la nouvelle Constitution possible – à savoir de longues années de répression, de censure et de corruption qui ont suscité les appels, par un grand nombre de manifestants tunisiens, pour la liberté d'expression et la fin de la corruption. Certaines organisations de droits humains – telles que ARTICLE 19¹⁴, Human Rights Watch¹⁵, Amnesty International¹⁶ and la FIDH¹⁷ – avaient déjà exprimé leurs profondes

¹³ *Supra* note 6, p 494.

¹⁴ Voir <http://www.article19.org/resources.php?action=resource&search=test>

¹⁵ Dans son Rapport Annuel de 2011 sur les événements de 2010, l'année qui s'est achevée par le début de la révolution, Human Rights Watch a attiré l'attention sur les questions suivantes relatives à la liberté des médias: la presse écrite et la presse électronique du pays n'ont pas fourni de couverture critique de la politique du gouvernement, à l'exception de quelques magazines d'opposition à faible tirage qui font occasionnellement l'objet de confiscation; le pays avait accordé des licences de radio et de télévision privées mais aucune n'avait une ligne éditoriale indépendante; le gouvernement bloquait l'accès à des sites web de politique national ou internationale ou de droits humains qui diffusaient une couverture critique de la Tunisie; et le gouvernement effectuait un blocage agressif de sites web critiques contenant des informations politiques ou de droits humains et semblait directement ou indirectement responsable de sabotage de comptes de messagerie électronique de personnes connues pour leur activité d'opposition politique ou de droits humains. Rapport Mondial 2010 de Human Rights Watch, Tunisie, voir <http://www.hrw.org/world-report-2011/tunisia>

¹⁶ Amnesty International a noté que jusqu'en 2010, la liberté d'expression continuait à être "strictement

préoccupations au sujet de la protection de la liberté d'expression et la liberté des médias avant la révolution. A la fin de 2010, à peine deux mois avant la Révolution Tunisienne, ARTICLE 19 avait déclaré:

La Tunisie reste le pays le plus répressif à l'égard des journalistes indépendants, des bloggeurs et des défenseurs des droits humains. L'accès à Internet est lourdement censuré, les sites web indépendants sont bloqués ou piratés, et les e-mails et appels téléphoniques sont interceptés.¹⁸

25. Après le soulèvement populaire en Tunisie en Décembre 2010 et le départ du président Ben Ali, un certain nombre d'actions positives en Tunisie ont tenté de réformer la législation restrictive des médias qu'ARTICLE 19 avait examinée et critiquée. Il s'agit notamment des mesures immédiates prises par le gouvernement intérimaire en vue de protéger la liberté d'expression dans le contexte de l'après-révolution¹⁹ du projet de Décret du Code de la Presse,²⁰ du projet de Décret sur la liberté de la Communication Audiovisuelle avec la Création d'une instance supérieure indépendante de communication audiovisuelle en Tunisie²¹ et de la réglementation des médias pour les

réglémentée". Les personnes qui critiquaient le gouvernement ou dénonçaient la corruption des autorités ou la violation des droits humains étaient victimes de harcèlement, d'intimidation et d'agression physique par des agents de l'Etat. Ils étaient également poursuivis et arrêtés pour des accusations montées de toutes pièces et ciblées dans des campagnes de diffamation dans les médias pro-gouvernementaux. Les abus étaient commis en toute impunité alors que les plaintes rarement examinées. Les critiques étaient l'objet de surveillance manifeste accablante, et leurs lignes téléphoniques et connections internet étaient sans cesse perturbées ou coupées. Les autorités bloquaient certains sites web et contrôlaient étroitement les médias. Voir <http://www.amnesty.org/en/region/tunisia>

¹⁷ Dans une lettre du 9 Juillet 2010, la FIDH et d'autres organisations ont exprimé leurs profondes inquiétudes concernant les amendements apportés à l'Article 61bis du Code pénal qui pouvaient entraver les réalisations des défenseurs tunisiens des droits humains en faveur de la protection et la promotion des droits humains et constituait une violation de l'Article 19 de PIDCP. L'appel de la FIDH « Appel au Président de la République Tunisienne à abroger l'amendement de l'Article 61bis du Code pénal » 9 Juillet 2010 <http://www.fidh.org/Appeal-to-the-President-of-the>

¹⁸ ARTICLE 19, "Tunisia: Five Years After WSIS, Online Activity Even More Censored, Critics Silenced", 19 Novembre 2011 <http://www.article19.org/resources.php/resource/1666/en/tunisia:-five-years-past-wsis,-online-activity-even-more-censored,-critics-silenced>. Voir aussi ARTICLE 19, "Tunisia: Detention of Prisoners of Opinion, Harassment, Intimidation of Human Rights Defenders and Journalists; Internet Censorship and Lack of Independence of the Judiciary", 17 Mai 2010 <http://www.article19.org/resources.php/resource/1531/en/tunisia:-detention-of-prisoners-of-opinion,-harassment,-intimidation-of-human-rights-defenders-and-journalists;-internet-censorship-and-lack-of-independence-of-the-judiciary>

¹⁹ Il s'agit notamment de proclamer la liberté de l'information et la liberté d'expression comme principes fondamentaux; de lever la censure internet sur de nombreux sites précédemment bloqués; et de libérer les journalistes emprisonnés, les militants et les bloggeurs. Le Gouvernement intérimaire a également supprimé le Ministère de l'Information, le Conseil Supérieur de la Communication et l'Agence de Propagande ainsi que la peine capitale, entre autres mesures. Le gouvernement intérimaire a également accepté d'adhérer à un certain nombre d'instruments internationaux de droits humains et de réformer la législation nationale. Le 15 Mars 2011, la Haute Instance pour la Réalisation des Objectifs de la Révolution, la Réforme Politique et la Transition Démocratique (HIROR) a été créée prenant le relais de la Haute Commission des réformes politiques et la Haute Commission pour la Protection de la Révolution qui étaient auparavant chargées des réformes politiques. La HIROR a fonctionné jusqu'au 13 Octobre 2011 et s'est chargée de superviser la transition vers un Etat totalement démocratique. Ces responsabilités comprenaient les réformes juridiques urgentes, tel que le Code électoral, la loi sur les partis politiques et l'élection de la nouvelle Assemblée Constituante.

²⁰ ARTICLE 19 a analysé plusieurs projets du Code de la presse au cours de 2011. Pour accéder à ces analyses, veuillez visiter le site web d'ARTICLE 19 (www.article19.org) ou contacter le Programme de Droit.

²¹ En 2011, ARTICLE 19 a analysé deux projets du Décret. Pour accéder à ces analyses, veuillez visiter le site web d'ARTICLE 19 (www.article19.org) ou contacter le Programme de Droit.

élections de l'assemblée constituante.²² En outre, le gouvernement tunisien a adopté un décret sur l'accès aux documents administratifs en Juillet 2011.²³

26. Pourtant, ces réformes sont limitées et des défis majeurs continuent à entraver la voie de la liberté d'expression et le droit à l'information – y compris une série de lois conçues puis abusivement interprétées par les tribunaux pour réprimer toute dissidence– qui n'ont pas été abordées par les nouvelles réformes. Le Code de la presse dépénalise la diffamation des institutions de l'Etat et l'infraction d'offense au président de la république et abolit la sanction des peines de prison. Toutefois, la loi maintient le délit de diffamation des religions et de la transmission de fausses informations, dispositions qui ont été utilisées par le gouvernement Ben Ali pour poursuivre de nombreux dissidents et militants des droits humains. En outre, le gouvernement intérimaire tunisien a profité de ces dispositions pour détenir des individus, tels que Samir Feriani.²⁴ En outre, il est très troublant de constater que le Directeur de la chaîne de télévision tunisienne Nessma, Nabil Karoui, est poursuivi pour avoir diffusé le film iranien « Persépolis » en Octobre dernier. Karoui est accusé d'avoir « insulté des valeurs sacrées, d'avoir porté atteinte à la morale et d'avoir perturbé l'ordre public ». Karoui affirme que l'enquête contre lui, qui a commencé le 11 Octobre 2011, deux jours après les manifestations contre la projection du film, et le procès qui en a découlé, ont des motivations politiques. A la reprise de son procès, Karoui a déclaré : « je suis désolée d'être ici aujourd'hui ; ceci est un procès politique... C'est celui de 10 millions de Tunisiens qui ont rêvé de démocratie. »²⁵
27. Par conséquent, même si les réformes donnent de l'élan à la transition démocratique, dans le fond elles commencent à peine à répondre aux réclamations légitimes du peuple Tunisien en matière de droits humains, notamment dans les domaines de la liberté d'expression, de la liberté des médias et de l'accès à l'information. Une véritable réforme doit nécessairement commencer par la Constitution.
28. *En second lieu*, et dans le même esprit, **la liberté d'expression et la liberté de l'information constituent le fondement même de toute société démocratique et sont essentielles à la réalisation d'autres droits**. L'importance de la liberté d'expression a été notamment soulignée par la Cour Interaméricaine des droits humains qui a déclaré:

²² ARTICLE 19, *Comment on the Decree on Election of National Constituent Assembly of Tunisia*, Mai 2011; disponible à <http://www.article19.org/pdfs/analysis/comment-on-the-draft-decree-on-election-of-national-constituent-assembly-of-.pdf>. Pour l'analyse de la Réglementation des Médias pour les Elections de l'Assemblée Constituante veuillez visiter le site web d'Article 19 ou contactez le Programme de Droit.

²³ ARTICLE 19, *Comment on the Decree on Access to the Administrative Documents of Public Authorities of Tunisia*, Juillet 2011; disponible à <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/2208/Tunisia-FOI-Comment-July-2011-Fina-version-for-PR.pdf>.

²⁴ Par exemple, le 29 Mai 2011 les autorités ont arrêté l'officier de police de haut rang Samir Feriani accusé en vertu du Code Pénal de "porter atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat" et de transmettre des informations "susceptible de nuire à l'ordre public" car il avait adressé une lettre au Ministre de l'Intérieur accusant des responsables ministériels de haut niveau du meurtre de manifestants pendant la Révolution Tunisienne. Il a également accusé des responsables ministériels de la destruction de documents classifiés démontrant la collaboration du gouvernement Ben Ali avec les services secrets d'Israël. Le tribunal militaire de Tunis a provisoirement relâché Feriani le 22 Septembre et l'a acquitté une semaine plus tard de la charge de porter atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat. Voir Human Rights Watch, *Rapport Mondial 2012: Tunisie* <http://www.hrw.org/world-report-2012/world-report-2012-tunisia>.

²⁵ Al Arabiya News, "'Persepolis' trial resumes in tense climate" 23 January 2012 <http://english.alarabiya.net/articles/2012/01/23/190094.html>.

La liberté d'expression est la pierre angulaire sur laquelle l'existence-même d'une société démocratique repose. Elle est indispensable pour la formation de toute opinion publique. Elle est aussi une condition sine qua non du développement des partis politiques, des syndicats, des associations scientifiques et culturelles et, en général de ceux qui souhaitent avoir un impact public. Bref, c'est l'outil permettant à toute communauté, dans l'exercice de ses opinions, d'être suffisamment informée. On peut donc affirmer qu'une société mal informée n'est pas véritablement libre.²⁶

29. Si les personnes ne sont pas libres de parler, de transmettre des informations, d'exprimer leur opinion sur des sujets d'intérêt politique, et de recevoir des informations et des idées de sources multiples, elles ne seront pas en mesure de voter de manière éclairée ou de participer autrement dans la gouvernance. Le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information est aussi essentiel dans tout système de protection et de promotion de tous les autres droits humains – tant les droits civils que politiques, économiques, sociaux ou culturels. Il est important de noter que les violations des droits humains se multiplient dans un climat de secrets et silence alors que la liberté d'expression contribue à combattre les violations en habilitant les journalistes et autres acteurs, notamment les organisations de la société civile, à enquêter et à faire des rapports sur les violations et en ouvrant les institutions de l'Etat au regard public. Mais la liberté d'expression a aussi une valeur intrinsèque : la liberté de l'homme à s'exprimer librement sur des questions qui l'intéresse est à la base de la dignité humaine. Une personne privée de la liberté de s'exprimer n'est pas véritablement libre. En ce sens, le droit à la liberté d'expression dépasse la sphère politique, et prend sa source dans l'homme en tant qu'être social, agissant et communiquant sous divers aspects grâce à cette capacité de s'exprimer. La liberté de l'information remplit une fonction sociale importante se basant sur l'idée que non seulement les hommes ont le droit de s'exprimer mais que la société toute entière a le droit d'écouter ce que les autres ont à dire. En d'autres termes, la liberté de l'information englobe une garantie générale de la libre circulation des informations et des idées dans la société. Il n'est donc pas surprenant que la protection du droit individuel à réclamer l'information et l'existence d'un cadre juridique pour la divulgation proactive de l'information soient des instruments essentiels contre la corruption, un des principaux ennemis de la Révolution Tunisienne.²⁷ Mais en même temps, la liberté d'expression et, le droit à la liberté de l'information, qui l'accompagne, ne sont pas absolus et peuvent faire l'objet de restrictions dans certains cas, tel qu'indiqué dans la partie suivante.

30. **En troisième lieu, en tant qu'Etat partie au Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, la Tunisie est tenue de mettre en œuvre ces droits.** L'Article 19 de la Déclaration Universelle des Droits humains et la disposition correspondante du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) protègent ces droits. La Tunisie a signé le PIDCP le 30 Avril 1968 et l'a ratifié le 18 Mars 1969. A la suite de la ratification du Pacte, l'Etat n'est pas seulement contraint en vertu du droit international par les dispositions du PIDCP, mais il est obligé de rendre ce traité

²⁶ *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts 13 and 29 American Convention on Human Rights) Advisory Opinion OC-5/85, November 13, 1985, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No 5 (1985).

²⁷ On remarque que la Tunisie était classée 59 sur 178 Etats dans le Global Corruption Index 2010 de *Transparency International* avec un score de 4,3 sur 10 (0 indiquant le plus propre et 10 le plus corrompu). Index de Perceptions de Corruption 2010 de *Transparency International* http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results.

exécutoire par des mesures nationales de mise en œuvre telles que la législation et les décisions judiciaires.²⁸ On pense généralement que le meilleur moyen de garantir la mise en œuvre de ces droits est de leur accorder une reconnaissance et une protection constitutionnelles. Etant donné que la constitution tunisienne de 1959 n'accorde pas une grande protection à la liberté d'expression et ne garantit pas la liberté de l'information, de nouvelles dispositions relatives à ces droits commenceraient à combler l'écart entre la législation nationale d'un côté et les engagements internationaux de l'autre.

31. Même si la pertinence des approches et interprétations internationales, régionales et comparées de la liberté d'expression et la liberté de l'information seront examinées plus en détails ci-dessous, il est important de souligner à ce niveau que la communauté internationale a depuis longtemps reconnu que la liberté de l'information est un droit fondamental qui est essentiel pour la protection d'autres droits. Comme l'a indiqué l'Assemblée Générale des Nations Unies à sa première session en 1946 : « la liberté de l'information est un droit humain fondamental et la pierre de touche de toutes les libertés auxquelles les Nations Unies se consacre ».²⁹ Par ailleurs le Comité des droits humains des Nations Unies a statué que la liberté d'expression comprend le droit des personnes à accéder à l'information détenue par le gouvernement.³⁰
32. ***En quatrième lieu, l'intégration du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information dans la nouvelle constitution de la Tunisie repose aussi sur les normes internationales et régionales des droits humains*** – notamment les systèmes Africains et Arabes de droits humains, ainsi que – d'un point de vue comparatif – les systèmes européen et interaméricain de protection des droits humains.
33. ***En cinquième et dernier lieu, l'adoption de la protection juridique constitutionnelle en matière de liberté de l'information placerait la Tunisie dans la communauté internationale des Etats ayant une constitution qui protège le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information*** dans ces textes. Alors que les dispositions en faveur de la liberté d'expression sont courantes dans les constitutions depuis le 1^{er} Amendement de la Constitution Américaine, celles en faveur de la liberté de l'information sont moins courantes. Toutefois, à l'heure actuelle, plus de 90 Etats ont adopté des dispositions constitutionnelles, des législations ou des réglementations sur la liberté de l'information. Par ailleurs, un nombre croissant d'organes intergouvernementaux tels que la Banque Mondiale³¹ et la Banque Asiatique de Développement,³² ont aussi adopté des politiques de liberté de l'information. Le nombre d'Etats qui ont adopté une législation en faveur de la liberté de l'information comprend des Etats aussi divers que l'Angola (2002)³³, le Chili (2008)³⁴ et la Suède (1766)³⁵. Il

²⁸ Articles 2(1) (b), 14(1) et 16, Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 1969.

²⁹ AG UN Res 59/1 14 Décembre 1946.

³⁰ *Toktakunov v Kyrgyzstan*, Communication No. 1470/2006, CCPR/C/101/D/1470/2006, 21 Avril 2011.

³¹ Banque Mondiale, Politique de Divulgence d'Information, 1er Juillet 2010 http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/06/03/000112742_20100603084843/Rendered/PDF/548730Access011y0Statement01Final1.pdf

³² Voir Politique de Communications Publique de la Banque Asiatique de Développement: Divulgence et Echange d'Information <http://www.adb.org/Documents/Policies/PCP/default.asp?p=disclose> Mars 2005.

³³ Loi sur l'Accès aux Documents Administratifs, No. 11/02, 2002.

³⁴ Loi No 20.285 sur l'Accès à l'Information publiée dans la Gazette Officielle le 20 Août 2008.

comprend aussi des Etats du Moyen Orient et Afrique du Nord (la région MENA) tels que la Jordanie (2007)³⁶. Des chartes de liberté de l'information ont été l'objet de débats au Liban, en Palestine, au Koweït, au Yémen, au Maroc et à Bahreïn³⁷. La Tunisie est devenue seulement le deuxième pays Arabe à adopter la législation relative à la liberté de l'information en 2011, tel qu'indiqué ci-dessus. Pourtant, cette législation n'est pas suffisante. La protection constitutionnelle de l'information signifierait que ce droit jouirait d'un statut supérieur et obligerait le nouveau gouvernement tunisien à adopter une législation complète de liberté de l'information.

Recommandations:

- 22. Le processus d'élaboration de la nouvelle constitution doit être véritablement participatif, comprenant tous les groupes de la société, y compris les femmes et les minorités, et transparent, aboutissant à un réel sentiment d'appropriation du texte final.**
- 23. Le système judiciaire tunisien doit évoluer dans le respect de la pratique et la mise en œuvre des droits humains, y compris les engagements internationaux de la Tunisie en matière de droits humains.**
- 24. Le gouvernement tunisien doit « enraciner le concept de droits humains » dans l'ordre juridique national et établir une « culture des droits humains » dans la société afin d'en faire des droits usuels et non étrangers, pour chacun de ses membres. Cela requiert l'éducation du public aux droits humains.**
- 25. Les ONG, les organisations intergouvernementales et les médias devraient suivre les différentes façons dont les organes de l'Etat Tunisien et les organismes publics se conforment à la nouvelle Constitution ainsi que les engagements internationaux en matière de droits humains.**

³⁵ Le principe de l'accès à l'information a été établi en Suède par la Loi relative à la Liberté de la Presse en 1766.

³⁶ Loi 47 de 2007 relative à l'Accès à l'Information

³⁷ Said Almadhoun, *Status of Freedom of Information Legislation in the Arab World*, Février 2010; disponible à <http://right2info.org/resources/publications/Overview%20of%20FOI%20legislation%20in%20the%20Arab%20World%20-%20SA%20-%2002-06-2010.doc/view>.

Droit International et Régional des droits humains relatif à la liberté d'expression et la liberté de l'Information

Droit International

Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques

34. Le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information sont protégés par un certain nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits humains qui ont force obligatoire pour les Etats parties, y compris la Tunisie, et d'autres dans la région du Moyen-Orient et Afrique du Nord. L'Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) garantit le droit à la liberté d'expression dans les termes suivants:

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.³⁸

35. La DUDH, en tant que résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, n'a pas de force obligatoire pour les Etats. Toutefois, certaines parties, dont l'Article 19, ont acquis force de loi en tant que droit international coutumier³⁹. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) élabore et donne force juridique à la plupart des droits énoncés dans la DUDH. En date du 20 Janvier 2012, le PIDCP compte 167 Etats parties qui respectent ses dispositions et les mettent en œuvre au niveau national.⁴⁰ L'Article 19 du Pacte garantit la liberté d'expression et la liberté de l'information comme suit:

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté 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, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

³⁸ Résolution 217A(III) de l'Assemblée Générale des Nations Unies, adoptée le 10 Décembre 1948.

³⁹ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (US Circuit Court of Appeals, 2nd circuit)

⁴⁰ Article 2 du PIDCP, GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) à 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967)

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

36. Comme indiqué ci-dessus, la Tunisie – au même titre que la plupart des Etats de la région – a ratifié les dispositions du PIDCP et est tenue de les intégrer dans sa législation nationale.⁴¹
37. Comme l'a expressément confirmé récemment le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, l'Article 19(2) englobe le droit d'accès à l'information détenue par des organismes publics.⁴²

Autres instruments internationaux

38. En outre, un certain nombre d'autres instruments internationaux relatifs aux droits humains protègent la liberté d'expression et la liberté de l'information. La Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006 (CDPH)⁴³ qui a été ratifiée par 109 États parties, y compris la Tunisie (qui l'a ratifiée le 2 Avril 2008), comprend une disposition légitimement détaillée sur la liberté d'expression et la liberté de l'information. L'Article 21 de la CDPH stipule:

Les États Parties prennent toutes mesures appropriées pour que les personnes handicapées puissent exercer le droit à la liberté d'expression et d'opinion, y compris la liberté de demander, recevoir et communiquer des informations et des idées, sur la base de l'égalité avec les autres et en recourant à tous moyens de communication de leur choix au sens de l'article 2 de la présente Convention. À cette fin, les États Parties :

- a. Communiquent les informations destinées au grand public aux personnes handicapées, sans tarder et sans frais supplémentaires pour celles-ci, sous des formes accessibles et au moyen de technologies adaptées aux différents types de handicap;
- b. Acceptent et facilitent le recours par les personnes handicapées, pour leurs démarches officielles, à la langue des signes, au braille, à la communication améliorée et alternative et à tous les autres moyens, modes et formes accessibles de communication de leur choix;
- c. Demandent instamment aux organismes privés qui mettent des services à la disposition du public, y compris par le biais de l'internet, de fournir des informations et des services sous des formes accessibles aux personnes handicapées et que celles-ci puissent utiliser;

⁴¹ Pour les ratifications du PIDCP, voir: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. La plupart des pays de la région Moyen Orient et Afrique du Nord ont ratifié le PIDCP à l'exception des Emirats Arabes Unis, le Qatar, l'Arabie Saoudite, Oman et la Palestine. Même si ces Etats ne sont pas contraints par les termes du PIDCP comme par un droit conventionnel, l'Article 19 du PIDCP reflète le droit international coutumier.

⁴² Comité des droits humains, Observation générale No 34, Libertés d'opinion et d'Expression (Article 19), CCPR/C/GC/34, 12 Septembre 2011, Voir paras 18-19.

⁴³ Adoptée le 13 Décembre 2006, Entrée en vigueur le 3 Mai 2008.

- d. Encouragent les médias, y compris ceux qui communiquent leurs informations par l'internet, à rendre leurs services accessibles aux personnes handicapées;
- e. Reconnaissent et favorisent l'utilisation des langues des signes.

39. La Convention relative aux droits de l'enfant (CRC)⁴⁴ qui a été ratifiée par 193 États parties, y compris la Tunisie (qui a l'a ratifiée le 2 Avril 2008), protège la liberté d'expression et la liberté de l'information des enfants dans des termes similaires à ceux de l'Article 19 du PIDCP. L'Article 13 de la CRC stipule:

1. L'enfant a droit à la liberté 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, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; ou

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

40. La Tunisie a également ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption (le 23 Septembre 2008) (CNUCC), qui exige clairement que les États garantissent au public un véritable accès à l'information.⁴⁵

Les Instruments Régionaux

L'Union Africaine

41. La Tunisie est aussi membre de l'Union africaine,⁴⁶ et signataire de l'instrument principal de droits humains en Afrique: la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP).⁴⁷ L'Article 9 of the CADHP garantit la liberté d'expression dans les termes suivants:

- 1. Toute personne a droit à l'information.
- 2. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et

⁴⁴ Adoptée le 20 Novembre 1989, Entrée en vigueur le 2 Septembre 1990.

⁴⁵ Article 13, CNUCC, Résolution AG NU 58/4, 31 Octobre 2003.

⁴⁶ Pour la liste des Etats membres, voir http://www.au.int/en/member_states/countryprofiles.

⁴⁷ Adoptée le 27 Juin, 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 Oct, 1986

règlements.

42. La Déclaration des Principes relatifs à la Liberté d'Expression en Afrique (Déclaration Africaine), adoptée par la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples en 2002⁴⁸, affirme également à l'Article II que
1. Aucun individu ne doit faire l'objet d'une ingérence arbitraire à sa liberté d'expression.
 2. Toute restriction à la liberté d'expression doit être imposée par la loi, servir un objectif légitime et être nécessaire dans une société démocratique.
43. L'Article XII de la Déclaration Africaine, qui traite de la protection de réputation, précise:
1. Les Etats doivent s'assurer que leurs lois relatives à la diffamation sont conformes aux critères ci-après :
 - nul ne doit être puni pour des déclarations exactes, des opinions ou des déclarations concernant des personnalités très connues qu'il était raisonnable de faire dans les circonstances ;
 - les personnalités publiques doivent tolérer beaucoup plus de critiques ; et
 - les sanctions ne doivent jamais être sévères au point d'entraver l'exercice du droit à la liberté d'expression, y compris par les autres.
 2. Les lois sur la vie privée ne doivent pas empêcher la diffusion d'informations d'intérêt public.
44. De même, à l'Article XIII, relatif aux mesures pénales, la Déclaration Africaine impose aux Etats de réviser toutes les restrictions pénales en termes de contenu pour s'assurer qu'elles servent un intérêt légitime dans une société démocratique. Elle affirme également que la liberté d'expression ne devrait être restreinte pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale qu'en présence d'un risque réel de préjudice à un intérêt légitime et un lien étroit de causalité entre le risque de préjudice et l'expression.
45. La Déclaration Africaine aborde aussi largement le droit d'accès à l'information. Dans la Partie IV, la Déclaration énonce que les organes publics gardent l'information non pas pour eux-mêmes mais en tant que conservateurs d'un bien public auquel chacun a droit d'accès, sous la seule réserve de règles définies et établies par la loi. La Déclaration Africaine précise les principes du droit à l'information dans les termes suivants:
- toute personne a le droit d'accéder à l'information détenue par les organes publics ;
 - toute personne a le droit d'accéder à l'information détenue par les organes privés et qui est nécessaire à l'exercice ou à la protection de tout droit ;
 - tout refus de communiquer une information doit être sujet à un recours auprès d'un organe indépendant et/ou des tribunaux ;
 - les organes publics doivent, même en l'absence d'une requête, publier les principales informations d'un grand intérêt général ;
 - nul ne doit faire l'objet de sanction pour avoir livré en bonne foi des informations sur des comportements illégaux ou qui divulguent des menaces

⁴⁸ Adoptée à la 32ème Session de la Commission Africaine sur le Droit des hommes et des peuples, 17-23 Octobre 2002

sérieuses pour la santé, la sécurité ou l'environnement, sauf lorsque l'imposition de sanctions sert un intérêt légitime et est nécessaire dans une société démocratique ; et

- les lois sur la confidentialité doivent être amendées lorsque nécessaire, en vue de se conformer aux principes de la liberté d'information.

46. En termes de normes régionales, il est à noter que la Plateforme Africaine sur l'Accès à l'Information, récemment mise en œuvre par divers groupes à travers l'Afrique dont l'ARTICLE 19, a été approuvée par le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression et le Rapporteur Spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission Africaine des Droits humains et des Peuples.⁴⁹ Ces principes fournissent des orientations aux Etats africains sur le droit à la liberté de l'information, y compris l'importance de combattre la corruption, la protection des dénonciateurs, afin de promouvoir le libre accès aux Technologies de l'Information et de la Communication, et l'accès à l'information électorale.

Ligue des Etats Arabes

47. La Charte Arabe des Droits humains, qui a été adoptée par le Conseil de la Ligue des États arabes en 2004, vise à affirmer les principes de la DUDH, le PIDCP ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), la Charte des Nations Unies et la Déclaration du Caire sur les droits humains en Islam.⁵⁰ Bien que la Charte Arabe prévoit des protections moins solides pour certains droits fondamentaux, l'Article 32 de la Charte Arabe Révisée protège la liberté d'expression dans les termes suivants:

1. La présente Charte garantit le droit à l'information et à la liberté d'opinion et d'expression, ainsi que le droit de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations et des idées par tout moyen, indépendamment des frontières géographiques.
2. Ces droits et libertés seront exercés en conformité avec les valeurs fondamentales de la société et ne sont soumis qu'aux limitations nécessaires pour assurer le respect des droits ou la réputation d'autrui ou la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public et de la santé ou morale publiques.

48. En outre, l'Article 42 protège le droit à la recherche scientifique et artistique et l'activité créatrice, et le droit de prendre part à la vie culturelle. Surtout, l'Article 24 garantit désormais le droit à la participation politique, y compris la liberté d'exercer une activité politique, à former et à adhérer à des associations et à la liberté de réunion.⁵¹ Il est significatif que même ce texte controversé protège en termes clairs les droits à la liberté d'expression et la liberté de l'information.

Autres normes régionales

49. Dans une perspective comparative, les rédacteurs devraient envisager la protection prévue au droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information par d'autres instruments régionaux relatifs aux droits humains, tels que la Convention américaine des droits de l'Homme et la Convention européenne des droits de l'Homme. Le droit à la

⁴⁹ Adoptée en Septembre 2011, voir: <http://www.pacaia.org/images/pdf/apai%20final.pdf>

⁵⁰ Ligue des Etats Arabes, Charte Arabe des droits humains, 22 Mai, 2004. Entrée en vigueur le 15 Mars 2008

⁵¹ *Ibid.*

liberté d'expression bénéficie d'un statut de premier plan dans chacune de ces conventions régionales et, bien que celles-ci n'aient pas force d'application en Tunisie, les arrêts et les décisions rendus par les tribunaux en vertu de ces mécanismes régionaux offrent une interprétation des principes de la liberté d'expression dans divers contextes qui fait autorité.

50. L'Article 13 de la Convention américaine des droits de l'Homme (CADH) ⁵² protège la liberté d'expression dans les termes suivants.

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.

51. Créant un précédent mondial historique, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a stipulé en 2006 que la garantie générale de la liberté d'expression énoncée à l'Article 13 de la CADH protège la liberté de l'information détenue par des organismes publics.⁵³

52. L'Article 10 de la **Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)** ⁵⁴ protège la liberté d'expression. Il a force de loi pour tous les 47 membres du Conseil de l'Europe

⁵² Convention Américaine des droits humains, adoptée le 22 Novembre 1969, en vigueur le 18 Juillet 1978. A la date du 20 Janvier 2012, 24 parmi les 35 Etats membres de l'OEA avaient ratifié la CADH.

⁵³ Dans *Claude Reyes et al v Chile*, la Cour interaméricaine a jugé que l'Article 13 de la CADH "comprend le droit des personnes à recevoir... l'information et l'obligation positive de l'Etat à la rendre disponible, de manière telle que la personne dispose de l'accès à l'information ou à une réponse justifiée si, pour une raison citée dans la convention, l'Etat en limite l'accès. Cela reste une décision très importante donnant à la Cour Interaméricaine un rôle de guide auprès des autres cours régionales de droits humains sur la reconnaissance du droit à l'information. Décision *Claude Reyes et al v Chile* de la Cour Interaméricaine des droits humains du 19 Septembre 2006 ; Série C

qui sont obligés de rendre la CEDH exécutoire dans leurs systèmes juridiques internes. Il précise:

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.

53. La Cour européenne des droits de l'Homme a élaboré au fil des ans une jurisprudence riche et instructive concernant l'Article 10 de la CEDH. La Cour européenne a insisté sur l'importance de la liberté d'expression à de nombreuses reprises, affirmant dans un arrêt fondamental:

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. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (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 l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique".⁵⁵

54. De même, la Cour européenne a toujours insisté sur le « rôle prééminent de la presse dans un Etat régi par le principe de la souveraineté du droit ». Les médias dans leur ensemble méritent une protection toute spéciale en partie eu égard à leur rôle consistant à transmettre au public « l'information et les idées sur des questions d'intérêt public. Non seulement [la presse] a la tâche de communiquer de telles informations et idées, mais le public a également le droit de les recevoir. S'il en était autrement, la presse serait incapable de jouer son rôle indispensable de défenseur des intérêts publics ». ⁵⁶
55. En 2009, la Cour européenne a reconnu que lorsque les organes publics sont en possession d'informations indispensables au débat public, le refus de les fournir à ceux qui les recherchent, est une violation du droit à la liberté d'expression et de l'information protégée par l'Article 10 de la CEDH.⁵⁷

⁵⁴ Convention Européenne des droits humains, adoptée le 4 Novembre 1950, en vigueur le 3 Septembre 1953.

⁵⁵ *Handyside v. Royaume Uni*, Application No 5493/72, décision du 7 Décembre 1976, Série A no 24, 1 EHRR 737

⁵⁶ *Thorgeirsen v Islande*, 25 Juin 1992, Application No 13778, para 63

⁵⁷ *Társaság a Szabadságjogokért v. Hongrie*, Application no. 37374/05 14 Avril 2009

56. Le Conseil de l'Europe a également adopté **la Convention sur l'accès aux documents officiels** en Juin 2009, le premier traité régional consacré à l'accès aux documents.⁵⁸
57. Au sein de l'UE, l'Article 11 de la **Charte européenne des droits fondamentaux**,⁵⁹ qui a un effet juridique obligatoire équivalent à celui des traités de l'UE, protège la liberté d'expression et la liberté d'information dans les termes suivants:
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 frontières.
 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.
58. La discussion précédente sur le droit international et régional des droits humains indique que pour le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information il existe un grand nombre d'instruments conventionnels avec force obligatoire pour les États, ainsi qu'un nombre croissant de directives non impératives qui ont néanmoins une valeur persuasive. L'instrument conventionnel international le plus important sur la question de la liberté d'expression et la liberté de l'information - pour la Tunisie et tous les autres États - est l'Article 19 du PIDCP qui doit fournir le cadre minimum pour les dispositions de la nouvelle Constitution tunisienne sur ces droits.

Recommandations:

- 26. La protection des droits humains doit être au cœur de la nouvelle Constitution tunisienne, qui devrait comprendre un chapitre solide ou une section sur la protection des droits humains (par exemple une déclaration ou une charte de droits ou l'équivalent).**
- 27. La nouvelle Constitution doit préciser que tous les traités internationaux ratifiés par la Tunisie, le droit international coutumier et le droit international général ont force de loi en Tunisie ; que les principaux traités internationaux des droits humains ratifiés par la Tunisie, y compris le PIDCP, la CRC, la CDPH et la CADHP, sont applicables et obligatoires dans la législation nationale.**
- 28. Tous les organes de l'Etat tunisien - législatif, exécutif et judiciaire - doivent effectivement mettre en œuvre cette nouvelle Constitution à travers leur législation, leurs politiques, leurs décisions judiciaires et leurs pratiques. Le gouvernement tunisien doit également assurer la conformité avec la nouvelle Constitution par le biais de la publicité dans tous les médias, les campagnes de sensibilisation, l'expansion des programmes de formation judiciaire et d'autres moyens.**
- 29. Le processus de rédaction de la nouvelle Constitution Tunisienne doit être véritablement participatif, comprenant tous les groupes de la société, y compris les femmes et les minorités, et transparent, aboutissant à un réel sentiment d'appropriation du texte final.**

⁵⁸ Au 20 Janvier 2012, la Convention sur l'Accès aux Documents Officiels a été ratifiée par 3 Etats (Norvège, Suède et Hongrie) et signée par 11. 10 ratifications sont nécessaires pour son entrée en vigueur.

⁵⁹ Charte de l'UE sur les droits fondamentaux (2000/C 364/01).

Exemples constitutionnels comparés

59. ARTICLE 19 recommande à l'Assemblée Constituante et aux rédacteurs de la nouvelle constitution d'utiliser les bonnes pratiques dans le monde pour faire en sorte que le texte final de la nouvelle constitution ne soit pas seulement conforme aux normes internationales mais comprenne également une protection progressiste du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information. Des exemples du droit constitutionnel comparé sont fournis pour différentes raisons. D'abord, ils indiquent la manière dont les Etats traduisent dans la pratique leurs obligations internationales. En second lieu, les constitutions n'expliquent pas de façon détaillée chacune des obligations ; elles fournissent plutôt un cadre général pour une élaboration plus détaillée des droits par les différentes cours et autres acteurs et l'information comparée informe sur les sujets que d'autres Etats ont trouvé pertinents et sur ceux qu'ils ont jugé moins importants. En troisième lieu, les documents constitutionnels comparés offrent aux rédacteurs de la nouvelle constitution tunisienne des propositions sur la façon dont ils pourraient traduire dans la rédaction les principes de droits humains en termes concrets. Finalement, le droit constitutionnel comparé fournit des exemples sur la manière dont les Etats prévoient plus de protection que ce que le droit international exige.
60. La récente constitution du Kenya qui a été promulguée le 27 Août 2010, est l'exemple le plus récent d'une constitution qui démontre la volonté de protéger la liberté d'expression et la liberté de l'information d'une manière globale. Elle a été favorablement accueillie par des personnalités internationales à la suite d'un processus de rédaction hautement participatif, qui a réuni un grand nombre de parties prenantes et d'organisations de la société civile.⁶⁰ Elle comporte des dispositions relativement élaborées – et largement progressistes – et des dispositions sur la liberté d'expression, la liberté des médias et l'accès à l'information.

La Constitution du Kenya, 2010

Article 33; Liberté d'expression

- (1) Toute personne a droit à la liberté d'expression qui comprend:
- a. La liberté de rechercher, de recevoir ou de diffuser des informations ou des idées;
 - b. La liberté de la créativité artistique; et
 - c. La liberté académique et la liberté de la recherche scientifique.
- (2) La liberté d'expression n'englobe pas:
- a. La propagande de guerre;
 - b. L'incitation à la violence;
 - c. L'incitation à la haine; ou bien
 - d. L'appel à la haine :
 - i. sous forme d'incitation ethnique, de diffamation ou d'incitation au mal; ou bien
 - ii. basée sur un motif de discrimination précisée ou visée à l'Article 27(4).
- (3) Dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, toute personne doit respecter les droits et la réputation d'autrui.

⁶⁰ "Clinton, Experts Laud Kenya Constitution Reform Process", 8 Décembre 2009, <http://www.america.gov/st/democracyhr-english/2009/December/200912081350591EJrehsiF6.330073e-02.html?CP.rss=true>

Article 34. Liberté des médias

- (1) La liberté et l'indépendance des médias électroniques, de la presse et de tous les autres types de médias est garantie, mais ne s'étend pas à toute expression mentionnée à l'Article 33(2).
- (2) L'Etat ne doit pas –
 - a. Exercer un contrôle ou interférer avec toute personne engagée dans la diffusion, la production ou la circulation de toute publication ou la diffusion d'informations par tout moyen; ou bien
 - b. Pénaliser toute personne pour toute opinion ou point de vue ou pour le contenu de toute diffusion, publication ou transfert d'information.
- (3) La radiodiffusion et autres médias électroniques ont la liberté d'établissement, sous la seule réserve de procédures de licences qui sont :
 - a. Nécessaires pour régler les longueurs d'ondes et autres formes de distribution de signaux, et
 - b. Indépendantes du contrôle par le gouvernement ou les intérêts politiques ou commerciaux.
- (4) Tous les médias de l'Etat doivent
 - a. Être libres pour déterminer de façon indépendante le contenu éditorial de leurs diffusions ou autres formes de communication;
 - b. Être impartiaux – et
 - c. Donner une possibilité équitable pour la présentation de points de vue divergents et opinions dissidentes.
- (5) Le Parlement doit adopter une législation qui prévoit tout établissement, qui doit:
 - a. être indépendant du contrôle par le gouvernement, les intérêts politiques ou commerciaux;
 - b. refléter les intérêts de toutes les catégories de la société; et
 - c. établir des normes de médias et réglementer et surveiller la conformité à ces normes.

61. De toutes les constitutions modernes, la constitution de l'Afrique du Sud est probablement la plus complète et celle qui a fait l'objet de plus d'éloges. Elle comprend un chapitre intitulé « Charte des Droits » qui énonce de manière détaillée la protection de la liberté d'expression dont la liberté d'information. Elle a donné lieu à une jurisprudence particulièrement positive, notamment sur les droits sociaux et économiques.

Constitution d'Afrique du Sud (Charte des droits), 1996

Article 16. Liberté d'expression

- (1) Toute personne a droit à la liberté d'expression, qui comprend
 - a. la liberté de la presse et autres médias;
 - b. la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées;
 - c. la liberté de la créativité artistique et
 - d. la liberté académique et la liberté de la recherche scientifique.
- (2) Le droit au paragraphe (1) ne s'applique pas à:
 - a. La propagande de guerre
 - b. L'incitation à la violence imminente, ou
 - c. L'incitation à la haine sur la base de race, d'ethnicité, genre ou religion, qui constitue une incitation à causer du tort.

62. La Charte canadienne des droits et libertés de 1982, qui a également été interprétée progressivement et a été très utile dans l'amélioration de la protection

des minorités au Canada, comprend seulement une brève garantie de la liberté d'expression.

La Loi constitutionnelle du Canada (Charte des droits et libertés), 1982

Article 2. Libertés fondamentales

Toute personne a les libertés fondamentales suivantes:

- a. La liberté de conscience et de religion;
- b. la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et autres moyens de communication;
- c. la liberté de réunion pacifique, et
- d. La liberté d'association.

63. Quant au monde Arabe, les textes constitutionnels actuellement en vigueur en Egypte et en Libye⁶¹ contiennent des protections de la liberté d'expression. Toutefois, ces textes ne doivent pas être pris pour modèles par les rédacteurs de la nouvelle Constitution tunisienne car ils sont extrêmement limités du point de vue des normes des droits humains, dont le droit international en vertu du PIDCP. Plus précisément, les dispositions des textes provisoires d'Egypte et de Libye offrent des garanties très vagues et générales, ne parviennent pas à protéger le droit à la liberté d'expression sur un plan général et ne protègent pas la liberté de l'information pour tous.

Constitution Provisoire d'Egypte, 2011

Article 12

La liberté d'opinion est garantie, et toute personne a le droit d'exprimer son opinion et de la publier sous forme parlée, écrite, photographiée, ou toute autre forme d'expression dans le cadre de la loi. La critique personnelle et la critique constructive sont une garantie pour la sécurité du développement national.

Article 13

La liberté de la presse, de l'imprimerie, de la publication et des médias est garantie, et la censure est interdite, tout comme le fait de donner des ultimatums et d'arrêter ou d'annuler une publication. Des exceptions sont possibles dans les situations d'urgence ou en temps de guerre, permettant la censure limitée de journaux, de publications et de médias pour des questions liées à la sécurité publique ou aux fins de la sécurité nationale, dans le cadre de la loi.

Projet de Charte constitutionnelle de l'étape de transition de la Libye, 2011

ARTICLE 14

L'Etat doit assurer la liberté d'opinion, d'expression individuelle et collective, la liberté de la recherche scientifique, la liberté de communication, la liberté de la presse, des médias, de l'imprimerie et de la publication ainsi que la liberté de mouvement, de réunion pacifique, de manifestation et de sit-in dans le cadre de la loi.

64. Parmi les autres constitutions arabes, on peut en mettre trois en évidence: celles du Maroc, de l'Irak et de Jordanie.
65. Lors d'un référendum le 1er Juillet 2011, le peuple marocain a voté en faveur de l'adoption d'une nouvelle constitution. L'ancienne Constitution, adoptée en 1996, affirmait le droit à la liberté d'expression à l'Article 9 (b).⁶² La Constitution de 2011 améliore l'Article 9 (b) qui contient un certain nombre de dispositions relatives à la

⁶¹ Pour la traduction anglaise du Projet de la Charte Constitutionnelle de l'étape de transition en Libye veuillez contacter ARTICLE 19 Programme de Droit.

⁶² Constitution du Royaume du Maroc, adoptée le 13 Septembre 1996 disponible à <http://www.pogar.org/publications/other/constitutions/mrc-constitution-96-e.pdf>

liberté d'expression et d'information. L'Article 25 de la Constitution de 2011 protège le droit à la liberté d'expression comme suit :

La liberté de pensée, d'opinion et d'expression est garantie dans toutes ses formes. La liberté de la création, publication et exposition dans la recherche littéraire, artistique, scientifique et technique est garantie.

66. A l'Article 28, la Constitution du Maroc prévoit également la protection de la liberté de la presse. Cela comprend des garanties contre la censure préalable, et "encourage" l'indépendance de la presse. Cependant, ces droits peuvent être limités "tel que prévu par la loi." ARTICLE 19 note que cette disposition sur la limitation n'est pas conforme à l'Article 19 (3) du PIDCP, qui exige que les restrictions au droit à la liberté d'expression soient prévues par la loi, poursuivent un but légitime, et se conforment aux principes de nécessité et de proportionnalité.
67. Les protections dans les constitutions de l'Irak, depuis 2005, et de Jordanie, depuis 1952, sont très limitées dans leur expression de la protection de la liberté d'expression. La Constitution jordanienne notamment, met l'accent sur de vastes possibilités de restriction des médias. Ces textes ne devraient pas non plus être utilisés comme modèles par les rédacteurs de la nouvelle Constitution tunisienne.

Constitution de l'Irak, 2005

Article 36

L'Etat doit garantir d'une façon qui ne viole pas l'ordre public et la morale:

- (a) la liberté d'expression par tous les moyens.
- (b) la liberté de la presse, de l'imprimerie, de la publicité, des médias et de la publication.
- (c) La liberté de réunion et de manifestation pacifique, dans le cadre de la réglementation par la loi.

Constitution de la Jordanie, 1952

Article 15; Droits et obligations des Jordaniens

- (i) L'État garantit la liberté d'opinion. Tout Jordanien a le droit d'exprimer librement son opinion par la parole, par écrit, ou par représentation photographique ou d'autres formes d'expression, à condition que cela ne soit pas contre la loi.
- (ii) la liberté de la presse et des publications doit être garantie dans les limites de la loi.
- (iii) Les journaux ne doivent pas être suspendus, ni leurs permis révoqués, sauf en conformité avec les dispositions de la loi.
- (iv) Dans le cas de déclaration de la loi martiale ou de l'état d'urgence, une censure limitée sur les journaux, les publications, les livres et les émissions diffusées pour des questions touchant la sécurité publique et la défense nationale peut être imposée par la loi.
- (v) le contrôle des ressources de journaux doit être réglementé par la loi.

68. Les lois et les pratiques de la Turquie présentent un certain nombre de graves problèmes du point de vue de la liberté d'expression et du droit à l'information. A noter, l'Article 301 du Code pénal Turc interdit notoirement le dénigrement de la nation Turque. La Constitution turque garantit la liberté d'expression en termes détaillés, ainsi que la liberté de la presse et la liberté de l'information. Cependant, elle est problématique du point de vue international des droits humains, compte tenu de la très longue liste des motifs de restrictions autorisées en vertu de l'Article 26 (2) dont «l'intégrité indivisible de l'Etat».

Constitution de la Turquie, 1982

Article 26 ; Liberté d'expression et diffusion de la pensée

- (1) Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses pensées et ses opinions par la parole, par écrit ou en images ou par le biais d'autres médias, individuellement ou collectivement. Ce droit comprend la liberté de recevoir et de diffuser des informations et des idées sans ingérence par les autorités officielles. Cette disposition ne doit pas empêcher la transmission par radio, télévision, cinéma, et autres moyens d'être l'objet d'un système de licences.
- (2) L'exercice de ces libertés peut être limité aux fins de protéger la sécurité nationale, l'ordre public et la sécurité publique, les caractéristiques fondamentales de la République et la sauvegarde de l'intégrité indivisible de l'Etat avec son territoire et sa nation, de prévenir le crime, punir les contrevenants, protéger l'information dûment classée comme secret d'État, protéger la réputation et les droits et la vie privée et familiale d'autrui, ou protéger le secret professionnel tel que prescrit par la loi, ou assurer le bon fonctionnement du système judiciaire.
- (3) Les formalités, conditions et procédures à appliquer dans l'exercice du droit à la liberté d'expression et à la diffusion de la pensée doivent être prescrites par la loi.

69. En Europe, la Constitution de 2000 de la Finlande sert d'exemple positif de protection de la liberté d'expression et du droit d'accès à l'information dans la même disposition. Elle prévoit clairement des dispositions juridiques plus détaillées pour la mise en œuvre de ces droits.

Constitution de la Finlande, 2000

Article 12. Liberté d'expression et droit d'accès à l'information

Toute personne a droit à la liberté d'expression. La liberté d'expression comprend le droit d'exprimer, diffuser et recevoir des informations, des opinions et des communications sans prévention préalable de tout ordre. Des dispositions plus détaillées sur l'exercice de la liberté d'expression sont fixées par une loi. Des dispositions relatives aux restrictions sur les programmes en images qui sont nécessaires pour la protection des enfants peuvent être fixées dans une loi. Tous documents et enregistrements en possession du public, sont publiques, sauf si leur publication a, pour des raisons impérieuses, été clairement limitée par une loi. Toute personne a droit d'accès aux documents et enregistrements publics.

70. Après la guerre froide, un certain nombre d'anciens Etats communistes ont adopté des constitutions qui ont méthodiquement identifié la liberté d'expression et la liberté d'information comme droits protégés.

Constitution de la Slovénie, 1991

Article 39. Liberté d'expression

La liberté d'expression de la pensée, la liberté d'expression et de l'apparence publique, celle de la presse et d'autres formes de communication et d'expression publiques est garantie. Chacun peut choisir librement, recevoir et diffuser des informations et des opinions.

Outre dans les cas qui sont prévus par la loi, toute personne a le droit d'obtenir des informations de nature publique dans lesquels elle a un intérêt juridique justifié par la loi.

71. Sur le continent américain, les constitutions récentes du Mexique et de la Colombie ont solidement intégré des protections à la fois de la liberté d'expression et la liberté de l'information.

Constitution of Mexico, 2005

Article 6

La liberté d'expression est limitée ni judiciairement ni administrativement sauf si elle représente une attaque à la moralité publique ou aux droits individuels ainsi que quand elle produit une infraction criminelle ou trouble l'ordre public ; le droit à l'information doit être mis en vigueur par l'Etat.

Constitution de la Colombie, 1991

Article 20

La liberté d'exprimer et de diffuser ses idées et opinions, de transmettre et de recevoir des informations vraies et sans parti pris, et d'établir des moyens de communication de masse est garantie pour tous.

Les médias sont libres et ont une responsabilité sociale. Le droit de rectification dans des conditions équitables est garanti. Il n'y aura pas de censure.

72. En Asie, bien que la Constitution de l'Inde ne contienne pas une protection claire de la liberté de l'information, la Cour suprême indienne a statué que l'accès à l'information détenue par des organismes publics est implicite dans la protection par la Constitution de la liberté de parole et d'expression.⁶³

Constitution de l'Inde, 1950

Article 19

(1) Tout citoyen a droit à–

- a. La liberté de parole et d'expression.

73. La Constitution de Thaïlande de 2007 protège la liberté d'expression, la liberté de la presse, ainsi que la liberté de l'information.

Constitution de la Thaïlande, 2007

Section 45. Liberté d'expression de l'individu et de la presse

Toute personne doit jouir de la liberté d'exprimer son opinion, faire des discours, écrire, imprimer, diffuser, et s'exprimer par tout autre moyen.

La restriction de la liberté en vertu du paragraphe 1 ne doit pas être imposée, sauf en vertu de la loi spécifiquement adoptée dans le but de préserver la sécurité de l'Etat, de protéger des droits, des libertés, la dignité, la réputation, la famille ou les droits à la vie privée de toute autre personne, le maintien de l'ordre public ou la morale ou la prévention ou interruption de la détérioration de l'esprit ou la santé publique.

Section 56. Droit à l'information et de pétition

Toute personne a le droit de recevoir et d'avoir accès à l'information publique détenue par un organisme gouvernemental, un organisme d'État, une entreprise d'État ou une organisation du gouvernement local, à moins que la divulgation de telles informations ne porte atteinte à la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les intérêts d'autres personnes qui doivent être protégés, ou touche des données personnelles d'autres personnes tel que prévu par la loi.

⁶³ *S P Gupta v President of India* [1982] AIR (SC) 149, p. 234. Voir aussi *State of Uttar Pradesh v Raj Narain and Others*, (1975) 4 SCC 428 and *Indian Express Newspapers (Bombay) Pvt. Ltd. v Inde*, (1985) 1 SCC 641.

Portée et limites de la liberté d'expression et la liberté de l'information

Portée de la liberté d'expression et la liberté de l'information

74. Cette section met en lumière certains aspects importants du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information que les membres de l'Assemblée Constituante devraient considérer lors de la rédaction de la nouvelle constitution de l'État.
75. **Tout d'abord, il est à noter que la liberté d'expression et la liberté de l'information sont des droits humains et sont donc applicables à tous les êtres humains, pas seulement aux citoyens.** En vertu du droit international, l'Article 19 de la DUDH stipule que, «[t]oute personne a droit à la liberté d'opinion et d'expression". De la même manière, l'Article 19 du PIDCP s'applique également à tous. En outre, l'Article 2 du PIDCP oblige les États à assurer le respect des droits garantis par celui-ci pour toutes les personnes "sur son territoire et relevant de sa juridiction», sans distinction d'aucune sorte, y compris sur la base de l'origine nationale. Par conséquent, les droits énoncés dans le PIDCP, notamment en vertu de l'Article 19, s'appliquent à toutes les personnes physiquement sur le territoire de l'État, ainsi que pour les personnes relevant de sa juridiction (par exemple sur un navire appartenant à l'État ou sur un territoire qui est sous le contrôle effectif de l'État, bien qu'il ne lui appartienne pas).
76. **En second lieu, outre la protection du droit à la liberté d'expression, le droit international, et la plupart des constitutions, protègent plus particulièrement le droit d'avoir des opinions.** Contrairement au droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information, le droit d'avoir des opinions est un droit absolu en vertu du droit international, en reconnaissance du fait qu'il est illégitime pour l'État de tenter d'interdire certaines opinions ou de forcer les individus à adopter certaines opinions. L'Article 19 du PIDCP protège toutes les formes d'opinion. L'observation générale n ° 34 du Comité des Droits humains énonce:

9. C'est un droit pour lequel le Pacte n'autorise ni exception ni limitation. La liberté d'opinion s'étend au droit de l'individu de changer d'avis quand il le décide librement, et pour quelque raison que ce soit. Nul ne peut subir d'atteinte à l'un quelconque des droits qu'il tient du Pacte en raison de ses opinions réelles, perçues ou supposées. Toutes les formes d'opinion sont protégées et par là on entend les opinions d'ordre politique, scientifique, historique, moral ou religieux. Ériger en infraction pénale le fait d'avoir une opinion est incompatible avec le paragraphe 1 de l'article 19⁶⁴. Le harcèlement, l'intimidation ou la stigmatisation, y compris l'arrestation, la détention, le jugement ou l'emprisonnement, en raison des opinions que la personne peut professer constitue une violation du paragraphe 1 de l'article 19.⁶⁵

10. Toute forme de tentative de coercition visant à obtenir de quelqu'un qu'il ait ou qu'il n'ait pas une opinion est interdite⁶⁶. La liberté d'exprimer ses opinions comporte nécessairement la liberté de ne pas exprimer ses opinions.

⁶⁴ Voir communication n° 550/1993, *Faurisson c. France*, constatations adoptées le 8 novembre 1996.

⁶⁵ Voir Communication No 157/1983, *Mpaka-Nsusu v Zaïre*, Avis adoptés le 26 Mars 1986; No 414/1996, *Mika Miha v Equatorial Guinea*, Avis adoptés le 8 Juillet 1994.

⁶⁶ Voir communication n° 878/1999, *Kang c. République de Corée*, constatations adoptées le

77. **En troisième lieu, la portée du droit à la liberté d'expression est très large et s'étend à presque tout ce qui vise à transmettre un message.** L'Article 19 du PIDCP évoque "une information et des idées de toutes sortes". Dans l'une de ses premières affaires et parmi les plus citées, la Cour Européenne des droits humains a déterminé que les documents considérés obscènes par les tribunaux nationaux, étaient protégés par le droit à la liberté d'expression. La Cour a déclaré:

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. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (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 l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique".⁶⁷

78. **En quatrième lieu, le droit international et la plupart des systèmes constitutionnels donnent une large définition des modes d'expression protégés par le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information.** L'Article 19 couvre " *liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.* » (souligné par nous). La Comité des droits humains a récemment confirmé que ces termes exigent une interprétation très large. Il a déclaré:

11. Le paragraphe 2 exige des États parties qu'ils garantissent le droit à la liberté d'expression, y compris le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce sans considération de frontières. Ce droit couvre l'expression et la réception de communications sur toute forme d'idée et d'opinion susceptible d'être transmise à autrui, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de l'article 19 et de l'article 20⁶⁸. Il porte sur le discours politique⁶⁹, le commentaire de ses affaires personnelles⁷⁰ et des affaires publiques⁷¹, la propagande électorale⁷², le débat sur les droits humains⁷³, le journalisme⁷⁴, l'expression culturelle et artistique⁷⁵, l'enseignement⁷⁶ et le discours religieux⁷⁷. Il peut aussi porter

15 juillet 2003.

⁶⁷ *Handyside v United Kingdom*, Application No 5493/72, Convention Européenne sur les droits humains, décision du 7 Décembre 1976 para 49.

⁶⁸ Voir communications n^{os} 359/1989 et 385/1989, *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, constatations adoptées le 18 octobre 1990.

⁶⁹ Voir communication n^o 414/1990, *Mika Miha c. Guinée équatoriale*.

⁷⁰ Voir communication n^o 1189/2003, *Fernando c. Sri Lanka*, constatations adoptées le 31 mars 2005.

⁷¹ Voir communication n^o 1157/2003, *Coleman c. Australie*, constatations adoptées le 17 juillet 2006.

⁷² Observations finales concernant le rapport du Japon (CCPR/C/JPN/CO/5).

⁷³ Voir communication n^o 1022/2001, *Velichkin c. Bélarus*, constatations adoptées le 20 octobre 2005.

⁷⁴ Voir communication n^o 1334/2004, *Mavlonov et Sa'di c. Ouzbékistan*, constatations adoptées le 19 mars 2009.

⁷⁵ Voir communication n^o 926/2000, *Shin c. République de Corée*, constatations adoptées le 16 mars 2004.

sur la publicité commerciale. Le champ d'application du paragraphe 2 s'étend même à l'expression qui peut être considérée comme profondément offensante⁷⁸, encore que cette expression puisse être restreinte conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 19 et de l'article 20.

12. Le paragraphe 2 protège toutes les formes d'expression et les moyens de les diffuser. Il peut s'agir de l'expression orale et écrite et de la langue des signes, et de l'expression non verbale, comme les images et les objets d'art⁷⁹. Les moyens d'expression englobent les livres, les journaux⁸⁰, les tracts⁸¹, les affiches, les banderoles⁸², les vêtements et les mémoires judiciaires⁸³. Sont visées aussi toutes les formes de médias audiovisuels ainsi que les modes d'expression électroniques et l'Internet.

Limitations autorisées de la liberté d'expression et la liberté de l'information

79. Alors que le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information est un droit humain fondamental, il n'est pas garanti en termes absolus. En effet, l'article 19 (3) du PIDCP autorise qu'un droit soit limité dans les termes suivants:

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

80. Ainsi, les restrictions au droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information doivent être strictement et étroitement définies et ne pas compromettre le droit lui-même. Afin de déterminer si une restriction est correctement définie, on applique les critères de l'Article 19 (3) du PIDCP. Toute restriction à la liberté d'expression ou la liberté de l'information doit: d'abord être **prévue par la loi**, ensuite elle doit **poursuivre un but légitime**, tel que le respect des droits ou la réputation d'autrui, la protection de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la morale publiques, et elle doit en troisième lieu être **nécessaire pour satisfaire l'objectif légitime et le critère de proportionnalité**.⁸⁴

⁷⁶ Voir communication n° 736/1997, *Ross c. Canada*, constatations adoptées le 18 octobre 2000.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Voir communication n° 926/2000, *Shin c. République de Corée*.

⁸⁰ Voir communication n° 1341/2005, *Zundel c. Canada*, constatations adoptées le 20 mars 2007.

⁸¹ Voir la communication n° 1009/2001, *Shchetoko et consorts c. Bélarus*, constatations adoptées le 11 juillet 2006.

⁸² Voir communication n° 412/1990, *Kivenmaa c. Finlande*, constatations adoptées le 31 mars 1994.

⁸³ Voir communication n° 1189/2003, *Fernando c. Sri Lanka*.

⁸⁴ Voir Communication No 1022/2001, *Velichin v Belarus*, Avis adopté le 20 October 2005.

81. Il est important de noter que ces conditions sont incorporées dans tous les traités régionaux relatifs aux droits humains⁸⁵ et appliquées par les organisations internationales et régionales des droits humains.⁸⁶

Prévu par la loi

82. L'Article 19(3) exige que les restrictions au droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information soient prescrites par la loi. Cela nécessite une évaluation normative; pour être caractérisée comme loi une norme doit être formulée de façon suffisamment précise pour permettre à l'individu de réguler sa conduite en conséquence.⁸⁷ Les restrictions ambiguës, vagues ou trop larges de la liberté d'expression ou la liberté d'information qui ne parviennent pas à définir la portée exacte de leur application sont en conséquence incompatibles avec l'Article 19 (3).
83. L'Observation générale n ° 34 prévoit en outre qu'aux fins de l'Article 19 (3), une loi ne doit pas accorder aux personnes chargées de son application un pouvoir discrétionnaire absolu de restreindre la liberté d'expression.⁸⁸ Les lois doivent fournir des indications suffisantes à ceux chargés de leur application pour leur permettre de déterminer quelles formes d'expression sont restreintes et celles qui ne le sont pas. La condition qu'une loi soit suffisamment précise est étroitement liée aux conditions de nécessité et de proportionnalité. Elle garantit que les restrictions à la liberté d'expression ne sont utilisées que pour des objectifs légitimes de protection et limite la possibilité de manipuler ces restrictions à d'autres fins.
84. Pratiquement tous les Etats de la région du Moyen-Orient ne permettent que des restrictions prévues par la loi. L'Article 13 de la Constitution libanaise est typique sur ce sujet, en prévoyant:

La liberté d'exprimer son opinion oralement ou par écrit, la liberté de la presse, la liberté de réunion et la liberté d'association sont garanties dans les limites fixées par la loi.

85. La condition «prévue par la loi» : elle doit être remplie par toute restriction à la liberté d'expression, cela signifie également que les lois ne doivent pas accorder aux autorités de larges pouvoirs discrétionnaires leur permettant de limiter la liberté d'expression. Ce serait à nouveau porter atteinte à l'un des principaux objectifs de cette limitation sur les restrictions. Le Comité des droits humains des Nations Unies a, à plusieurs reprises, exprimé ses préoccupations quant à l'excès de latitude décisionnelle des autorités dans le contexte de la réglementation des médias. Par exemple, en 2000, elle s'est déclarée préoccupée, "par les fonctions de l'Agence nationale des communications, rattachée au ministère de la Justice et disposant d'un pouvoir totalement discrétionnaire d'accorder ou de refuser des licences de diffusion à la radio et la télévision »⁸⁹ Les juridictions nationales avaient exprimé les mêmes préoccupations.⁹⁰

⁸⁵ For example, see Article 13(2) of the ACHR or Article 10(2) of the ECHR.

⁸⁶ Voir, for example, the European Court of Human Rights in the case of *The Sunday Times v UK*, Application No 6538/7426, Judgment of April 1979, para 45.

⁸⁷ *Leonardus J.M. de Groot v The Netherlands*, No. 578/1994, CCPR/C/54/D/578/1994 (1995).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Conclusions sur Kyrgyzstan, 24 Juillet 2000, Doc. NU CCPR/CO/69/KGZ, para 21. Voir aussi Conclusions sur le Lesotho, 8 Avril 1999, Doc. NU CCPR/C/79/Add.106, para 23.

⁹⁰ Voir *Re Ontario Film et Vidéo Appreciation Society v. Ontario Board of Censors* (1983) 31 O.R. (2ème) 583

Objectif légitime

86. Les atteintes au droit à la liberté d'expression doivent avoir un objectif légitime de protection tel que détaillé par l'Article 19 (3) (a) et (b) du PIDCP. Les objectifs légitimes sont ceux qui protègent les droits humains d'autrui, la sécurité nationale ou l'ordre public, ou la santé et la morale publiques. Ainsi, il serait inadmissible d'interdire l'expression ou l'information sur la seule base de leur regard critique sur le gouvernement ou le système politique social adopté par le gouvernement.⁹¹ Il ne serait pas non plus admissible d'atteindre ces objectifs illégitimes par un recours à l'Article 19 (3) qui est seulement pré-textuel. Lorsqu'un État limite la liberté d'expression, il est tenu de montrer un lien direct et immédiat entre cette expression et le motif légitime de restriction.
87. L'observation générale n ° 34 attire aussi l'attention sur l'importance de l'élaboration et l'application des lois qui visent à restreindre l'expression afin de protéger la sécurité nationale. Qu'elles soient classées comme lois de trahison, loi sur les secrets d'Etat ou lois sur la sédition, elles doivent être conformes aux exigences strictes de l'Article 19 (3). L'Observation générale n ° 34 fournit des indications supplémentaires sur les lois qui entravent la liberté d'expression dans le but prétendu de protéger la morale. Ces objectifs doivent être fondés sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique, mais doivent être compris à la lumière de l'universalité des droits humains et du principe de non-discrimination.⁹² Il serait donc incompatible avec le PIDCP, par exemple, de privilégier un point de vue religieux particulier ou une perspective historique.
88. Dans le contexte de la sécurité nationale, *les Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information*⁹³ (Principes de Johannesburg), un ensemble de normes internationales élaborées par ARTICLE 19 et des experts internationaux en matière de liberté d'expression, informent sur les restrictions à la liberté d'expression qui cherchent à protéger la sécurité nationale. Le Principe 2 des Principes de Johannesburg stipule que les restrictions qui se justifient sur la base de la sécurité nationale sont illégitimes à moins que leur véritable but et effet démontrable est de protéger le pays ou son intégrité territoriale contre l'emploi ou la menace de la force, ou sa capacité à répondre à l'utilisation ou la menace de la force. La restriction ne peut pas être un prétexte pour protéger le gouvernement de l'embarras ou d'un acte répréhensible, dissimuler des informations sur le fonctionnement de ses institutions publiques, ou imposer une idéologie particulière. Le Principe 15 stipule qu'une personne peut ne pas être punie pour des raisons de sécurité nationale pour la divulgation d'information (1) si la divulgation ne porte pas atteinte réelle ou n'est pas susceptible de nuire à un intérêt légitime de sécurité nationale, ou (2) si l'intérêt public à connaître l'information l'emporte sur le préjudice causé par sa divulgation.

(Ont. H.C.), où le tribunal de haute instance de l'Ontario a mis en place une loi donnant à la censure du cinéma un grand pouvoir d'approuver ou refuser des films.

⁹¹ Conclusions de la Comité des droits humains sur la République Arabe Syrienne CCPR/CO/84/SYR.

⁹² *Supra* note 42, paragraph 32.

⁹³ Adopté le 1er Octobre 1995; Ces Principes ont été approuvés par le Rapporteur Spécial des NU sur la liberté d'opinion et d'expression et ont été évoqués par la Commission des Nations Unies des droits humains dans chacune de ses résolutions annuelles sur la liberté d'expression depuis 1996.

Nécessité

89. Les États parties au PIDCP sont tenus de veiller à ce que des restrictions légitimes sur le droit à la liberté d'expression soient nécessaires et proportionnées. Cette condition est l'élément le plus critique et la base sur laquelle la grande majorité des cas nationaux et internationaux sont décidés. La nécessité exige qu'il y ait un besoin social impérieux pour la restriction. La partie qui invoque la restriction doit démontrer un lien direct et immédiat entre l'expression et l'intérêt protégé. La proportionnalité exige qu'une restriction de l'expression ne soit pas large et qu'elle est appropriée à sa fonction de protection. Il doit être démontré que la restriction est spécifique et individuelle à la réalisation de ce résultat de protection et n'est pas plus importune que d'autres instruments susceptibles d'obtenir le même résultat limité.
90. L'Observation générale n ° 34 stipule que les interdictions générales sur le fonctionnement de certains sites Web et autres systèmes ne sont jamais proportionnées et sont donc incompatibles avec l'Article 19 (3).
91. Différentes constitutions utilisent différents termes pour décrire cette condition. Comme indiqué ci-dessus, le PIDCP et les traités régionaux ne permettent normalement que les restrictions qui sont «nécessaires» ou «nécessaires dans une société démocratique», tandis que les constitutions nationales utilisent une série de termes dont «raisonnablement justifiables dans une société démocratique », «raisonnablement nécessaires dans une société démocratique » et diverses autres combinaisons similaires. L'avantage d'ajouter «dans une société démocratique» à la condition de nécessité, est d'incorporer par référence toutes les valeurs démocratiques, en garantissant que la détermination de ce qui est nécessaire est basée sur ces valeurs démocratiques. Ce qui peut être considéré comme nécessaire dans une dictature peut ne pas être acceptable dans une démocratie.
92. Les tribunaux du monde entier ont élaboré sur les exigences spécifiques de ce critère. On peut relever trois éléments distincts. D'abord, les mesures prises doivent être soigneusement conçues pour satisfaire l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, injustes ou irrationnelles.⁹⁴ Si un gouvernement ne peut pas fournir un élément de preuve montrant qu'une ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire, la restriction n'aura plus de lieu d'être⁹⁵. Alors que les Etats peuvent, et doivent, protéger les divers intérêts publics et privés, les mesures qu'ils adoptent doivent être soigneusement conçues de sorte qu'elles soient efficaces pour protéger ces intérêts. La restriction d'un droit fondamental est une question très sérieuse et, s'ils l'envisagent, les États sont tenus de réfléchir soigneusement sur les différentes alternatives qui s'offrent à eux.⁹⁶

⁹⁴ Voir *R. v. Oakes* (1986), 1 SCR 103, pp. 138-139 (Cour Suprême du Canada).

⁹⁵ Voir, par exemple, *Autronic v. Switzerland* (22 Mai 1990, Application No. 12726/87, Cour Européenne sur les droits humains) où l'Etat défendeur a fait valoir le besoin de limiter les antennes paraboliques afin de protéger les communications confidentielles par satellite mais était incapable de prouver que ces signaux pouvaient être captés par des antennes paraboliques ordinaires

⁹⁶ Par exemple, dans *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, note 47, la Cour Européenne des droits humains a constaté une violation du droit de la presse à la liberté d'expression parce que le gouvernement défendeur pouvait opter pour d'autres alternatives moins agressives permettant d'atteindre le même objectif.

93. En second lieu, l'ingérence doit être conçue de telle sorte qu'elle porte "aussi peu que possible" atteinte au droit à la liberté d'expression⁹⁷ Si diverses alternatives existent, pour protéger un intérêt légitime, alors, celle qui restreint le moins le droit protégé doit être choisie.⁹⁸ En appliquant cette règle, les tribunaux reconnaissent les limites pratiques à la perfection et précision de toute mesure judiciaire. Mais, sous la seule réserve de ces limites, les restrictions ne doivent en aucun cas être trop larges.
94. En troisième lieu, une proportionnalité est nécessaire entre le préjudice causé par les mesures prises à l'égard de la liberté d'expression et les avantages de l'objectif légitime.⁹⁹ En particulier, l'atteinte à la liberté d'expression ne doit pas l'emporter sur les avantages en termes de l'intérêt protégé. Une restriction qui a fourni une protection limitée à la réputation, mais qui a sérieusement porté atteinte à la liberté d'expression, par exemple, n'est pas acceptable.¹⁰⁰ Les sociétés démocratiques dépendent de la libre circulation des informations et des idées et c'est seulement lorsque l'intérêt public général est privilégié en limitant cette circulation qu'une telle restriction peut être justifiée. Cela implique que, pour qu'une restriction soit justifiée, ses avantages doivent l'emporter sur son prix.

Exemples constitutionnels comparés

95. Il ya un certain nombre d'exemples positifs de constitutions qui prévoient un régime de restrictions sur les droits et libertés fondamentales. La Déclaration Sud-africaine des droits servirait d'exemple clair et utile aux rédacteurs de la nouvelle Constitution tunisienne. Elle reflète les principes de proportionnalité et de nécessité dans une société démocratique, mais indique également qu'une telle société est basée sur les notions de «dignité humaine, d'égalité et de liberté», qui sont d'importants outils d'interprétation pour les tribunaux.

Constitution de l'Afrique du Sud (Charte des Droits), 1996

Article 36. Limitation des droits

1. Les droits énoncés dans la Déclaration des droits ne peuvent être limités qu'en termes de loi d'application générale dans la mesure où la limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, en tenant compte de tous les facteurs pertinents, y compris –

- a. la nature des droits;
- b. l'importance de l'objectif de la limitation;
- c. la nature et l'étendue de la limitation;
- d. la relation entre la limitation et son objectif, et
- e. des moyens moins limitatifs permettant d'atteindre le même objectif.

2. Sauf dans les cas prévus au paragraphe (1) ou dans toute autre disposition de la Constitution, aucune loi ne peut limiter un droit protégé dans la Déclaration des droits.

⁹⁷ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, note 99, p. 352 (Cour Suprême du Canada).

⁹⁸ Voir la décision de la cour Interaméricaine des droits humains dans *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, note 26, para. 46

⁹⁹ *Supra* note 94.

¹⁰⁰ Voir, par exemple, *Open Door Counselling and Dublin Woman Well Centre and Others v. Ireland*, 29 Octobre 1992, Application No. 1423/88 et 142335/88 (Cour Européenne des droits humains), para. 73.

96. La Constitution de Pologne de 1997 contient un bon exemple de clause sur la limitation des droits, qui reflète les principes de légalité, de légitimité des objectifs et de nécessité.

Constitution de la Pologne, 1997

Article 31

1. La liberté de toute personne doit bénéficier d'une protection juridique.
2. Toute personne doit respecter les droits et libertés d'autrui. Nul ne peut être contraint à faire ce qui n'est pas requis par la loi.
3. Toute limitation de l'exercice des libertés et des droits constitutionnels ne peut être imposée que par la loi, et seulement lorsque cela est nécessaire dans un Etat démocratique à des fins de protection de sa sécurité ou l'ordre public, ou pour protéger l'environnement naturel, la santé ou la morale publiques, ou les libertés et les droits d'autrui. Ces limitations ne doivent pas enfreindre à l'esprit des libertés et des droits.

97. Bien que la disposition de la Charte canadienne des droits et libertés sur les limitations des droits soit brève, elle reflète adéquatement le droit international des droits humains.

La Loi Constitutionnelle du Canada (Charte des Droits et Libertés), 1982

Article 1.

1. La Charte Canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés sous la seule réserve des limites raisonnables prescrites par la loi dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique.

98. La Constitution du Kenya de 2010 contient une disposition particulièrement détaillée sur la limitation des droits et des libertés fondamentales, ce qui est globalement positif. Toutefois, ARTICLE 19 a de sérieuses réserves au sujet de la façon dont les dispositions sur l'égalité de la Constitution du Kenya peuvent être qualifiées pour le droit musulman devant certaines juridictions. Il est de notre avis, que la nouvelle Constitution tunisienne serait mal avisée de suivre pas cette voie, mais devrait rester un texte complètement laïc qui protège les droits de tous les Tunisiens, y compris les femmes, de façon égale. Nous sommes également opposés à la possibilité de limiter l'«application des droits» concernant les membres des forces armées et la police.

La Constitution du Kenya, 2010

Article 24. Limitation des droits et des libertés fondamentales

- (1) Un droit ou une liberté fondamentale de la Déclaration des droits ne doit être limité que par la loi, et quand c'est le cas, seulement dans la mesure où la limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, et tenant compte de tous les facteurs pertinents, dont –
 - (a) La nature du droit ou de la liberté fondamentale;
 - (b) L'importance de l'objectif de la limitation;
 - (c) La nature et l'étendue de la limitation
 - (d) La nécessité de veiller à ce que la jouissance des droits et des libertés fondamentales par un individu ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentales d'autrui, et
 - (e) La relation entre la limitation et son objectif et s'il existe des moyens moins restrictifs pour atteindre cet objectif.
- (2) Malgré l'alinéa (1), une disposition dans la législation limitant un droit ou une liberté fondamentale –
 - (a) dans le cas d'une disposition édictée ou modifiée à compter d'une date d'effet, n'est valable que si la législation exprime spécifiquement l'intention

de limiter ce droit ou cette liberté fondamentale, et la nature et l'étendue de la limitation

(b) ne doit pas être interprétée comme limitant le droit ou la liberté fondamentale à moins que la disposition ne soit claire et précise sur le droit ou la liberté à limiter et la nature et l'étendue de la limitation, et

(c) ne doit pas limiter le droit ou la liberté fondamentale jusqu'à porter atteinte à son principe de base ou contenu essentiel.

(3) L'État ou la personne qui cherche à justifier une limitation particulière doit démontrer à la cour, au tribunal ou à toute autre autorité judiciaire que les conditions du présent Article ont été satisfaites.

(4) Les dispositions du présent chapitre sur l'égalité doivent être qualifiées dans la mesure strictement nécessaire à l'application de la loi islamique devant les tribunaux des Kadhi, à des personnes qui professent la religion musulmane, en matière de statut personnel, de mariage, de divorce et d'héritage.

(5) Malgré (1) et (2), une disposition dans la législation peut limiter l'application des droits ou libertés fondamentales dans les dispositions suivantes aux personnes qui servent dans les Forces de la Défense du Kenya ou le Service National de Police -

(a) Article 31 – Vie privée ;

(b) Article 36 – Liberté d'association,

(c) Article 37 – de réunion, de manifestation, de grève et de pétition;

(d) Article 41 – les relations de travail;

(e) Article 43 – les droits économiques et sociaux; et

(f) Article 49 – les droits des personnes en état d'arrestation.

99. Le principe de laïcité est souligné par la disposition relative à la limitation des droits dans la Constitution de la Turquie, qui prévoit que toute restriction des droits doit également satisfaire les exigences de l'«ordre démocratique» et de la proportionnalité.

Constitution de la Turquie, 1982

Article 13 Restriction des droits fondamentaux et des libertés

Les droits fondamentaux et les libertés ne peuvent être restreints que par la loi et en conformité avec les raisons mentionnées dans les articles pertinents sans porter atteinte à leur esprit. Ces restrictions ne doivent pas être en conflit avec la lettre et l'esprit de la Constitution et les exigences de l'ordre démocratique de la société et la République laïque et du principe de proportionnalité.

Recommandations:

- 30. La nouvelle Constitution tunisienne doit définir la liberté d'expression au sens large pour inclure le droit de rechercher, recevoir et diffuser des informations et des idées, pour couvrir tous les types d'expression et de modes de communication, et pour accorder ce droit à toute personne.**
- 31. Il convient d'indiquer qu'il peut y avoir des restrictions imposées à la liberté d'expression si celles-ci sont prévues par la loi et sont nécessaires: (a) pour le respect des droits ou la réputation d'autrui; ou (b) pour la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou de la santé ou la morale publiques.**
- 32. Le droit d'avoir des opinions sans restriction doit être spécifiquement protégé dans la nouvelle Constitution.**

Liberté de l'Information

Le droit d'accès à l'information

100. Le champ d'application de l'Article 19 du PIDCP (qui engage les autorités de l'Etat tunisien sur le plan de droit international à mettre en œuvre dans le droit interne les droits qui y figurent) englobe la liberté de l'information, ou le droit d'accès à l'information. La liberté d'information ou le droit de recevoir et d'avoir accès à l'information est le «revers de la médaille» du droit à la liberté d'expression ou le droit de transmettre des informations. Mais la liberté de l'information est aussi un droit du public au sens large. Elle garantit donc un droit collectif du public à recevoir des informations que d'autres souhaitent transmettre.
101. Alors que la Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a récemment affirmé que l'Article 19 du PIDCP protège le droit d'accès à l'information (ou «la liberté de l'information » tel que nous appelons ce droit dans ce document d'orientation) ainsi que la liberté d'expression, les instances internationales - à savoir les mandats spéciaux ou les mécanismes internationaux des droits humains sur la liberté d'expression dans les systèmes internationaux (ONU) et régionaux – ont reconnu cela depuis plusieurs années dans des déclarations communes.¹⁰¹ Dans leur Déclaration de 2004, ces instances internationales ont déclaré:

Le droit d'accès aux informations détenu par les autorités publiques est un droit de humain fondamental qui devrait être mis en vigueur au niveau national par voie législative complète (par exemple des lois sur la liberté de l'information) basée sur le principe de divulgation maximale, établissant une présomption que toutes les informations sont accessibles outre un nombre limité d'exceptions.

102. Ils ont élaboré leur position de la Déclaration conjointe de 2006 qui souligne que les exceptions au principe de divulgation maximale de l'information doivent être soumises aux épreuves de « préjudice » et « intérêt public » tel qu'indiqué ci-dessous :
- Les organismes publics, qu'ils soient nationaux ou internationaux, détiennent des informations non pas pour eux-mêmes mais pour le compte du public et ils doivent, sous la seule réserve d'exceptions limitées, donner accès à ces informations.
 - Les organismes publics internationaux et les organisations intergouvernementales devraient adopter des politiques contraignantes reconnaissant le droit du public à accéder à l'information qu'ils détiennent. Ces politiques devraient prévoir la divulgation proactive de l'information clé, ainsi que le droit de recevoir des informations à la demande.

¹⁰¹ Voir la Déclaration conjointe du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression, du représentant de l'OSCE sur la liberté des médias, du Rapporteur Spécial de l'OEA sur la liberté d'expression et du Rapporteur Spécial de la CADHP (Commission Africaine des Droits humains et des Peuples) sur la liberté d'expression, 20 Décembre 2006 <http://www.article19.org/data/files/pdfs/igo-documents/four-mandates-dec-2006.pdf>; et la Déclaration Conjointe du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression, du représentant de l'OSCE sur la liberté des médias et du Rapporteur Spécial de l'OEA sur la liberté d'expression, 6 Décembre 2004 <http://www.article19.org/data/files/pdfs/igo-documents/three-mandates-dec-2004.pdf>.

- Les exceptions au droit d'accès devraient être clairement énoncées dans ces politiques et l'accès devrait être accordé à moins que (a) la divulgation cause un préjudice grave à un intérêt protégé et (b) ce préjudice l'emporte sur l'intérêt public à accéder à cette information.
 - Les individus doivent avoir le droit de soumettre une plainte à un organisme indépendant sur la base d'un défaut d'application de la politique de divulgation des informations, et cet organisme doit avoir le pouvoir d'examiner ces plaintes et de fournir une réparation lorsque cela est justifié.
103. Le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression a souligné l'importance de l'accès à l'information dans de nombreux rapports au fil des ans,¹⁰² et, ce faisant a réfléchi sur *Le droit du public à l'information: Principes sur la législation de la Liberté d'information*, principes établis par ARTICLE 19 en 1999.¹⁰³
104. Au-delà du cadre global des droits humains, tel que mentionné ci-dessus, la CNUCC exige clairement de la Tunisie qu'elle garantisse un accès public efficace à l'information. Enfin, comme indiqué ci-dessus, plus de quatre-vingt dix Etats - de l'Angola - (2002),¹⁰⁴ Chili (2008),¹⁰⁵ Suède (1766)¹⁰⁶ à la Jordanie (2007)¹⁰⁷ – ont adopté des dispositions constitutionnelles, une législation ou une réglementation nationale sur la liberté de l'information. Des chartes de la liberté de l'information ont été débattues dans de nombreux autres Etats, y compris dans la région du Moyen-Orient et en Afrique du Nord comme au Liban, en Palestine, au Koweït, au Yémen, au Maroc et au Bahreïn.¹⁰⁸
105. En termes de champ d'application, la liberté de l'information devrait être interprétée largement. «Information» comprend « tous les documents détenus par un organisme public, indépendamment de la forme sous laquelle l'information est stockée, sa source et la date de sa production ». ¹⁰⁹ Le champ d'application d'«organismes publics» est large et comprend «toutes les branches de l'Etat (les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ainsi que d'autres organismes publics ou gouvernementaux, à tous les niveaux - national, régional ou local - qui sont en mesure d'engager la responsabilité » de la Tunisie.¹¹⁰ En outre, « organismes publics » comprend également « d'autres entités lorsque celles-ci exercent des fonctions publiques ». ¹¹¹ Par ailleurs, conjointement avec l'Article 25 du Pacte (sur la participation aux affaires publiques), le droit d'accès à l'information comprend un droit des médias à l'information sur les affaires publiques, et le droit du grand public à recevoir la production des médias " ¹¹²

¹⁰² Voir par exemple: A/HRC/14/23 (paras.30 – 39) A/HRC/7/14 (paras.21 – 31); E/CN.4/2005/64 (paras 36 – 44) E/CN.4/2004/62 (paras 34 – 64); E/CN.4/2000/63 (paras 42 – 44; Annexe II: *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*).

¹⁰³ ARTICLE 19, *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation* (London, 1999)

¹⁰⁴ Loi sur l'accès aux documents administratifs, No 11/02, 2002.

¹⁰⁵ Loi No 20.285 sur l'accès à l'Information publiée dans la Gazette Officielle le 20 Août 2008.

¹⁰⁶ Le principe de l'accès public à l'information est établi en Suède depuis la loi de la liberté de la presse de 1766.

¹⁰⁷ Loi 47 de 2007 sur l'accès à l'Information

¹⁰⁸ *Supra* note 37.

¹⁰⁹ *Supra* note 42, para 18.

¹¹⁰ *Ibid*, para 7.

¹¹¹ *Ibid*, para 18.

¹¹² *Ibid*, para 18.

106. Dans sa décision faisant autorité, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a souligné:

Pour donner effet au droit d'accès à l'information, les États parties doivent, de façon proactive, mettre dans le domaine public toutes les informations d'intérêt public détenues par le gouvernement. Les États parties doivent s'efforcer à assurer un accès facile, rapide, efficace et pratique à de telles informations. Les États parties doivent également promulguer les procédures nécessaires, permettant l'accès à l'information, par exemple au moyen d'une législation de liberté de l'information.¹¹³ Les procédures doivent prévoir des délais de traitement des demandes d'information selon des règles claires et compatibles avec le Pacte. Les frais de demandes de renseignements ne devraient pas être de nature à constituer un obstacle déraisonnable à l'accès à l'information. Les autorités doivent fournir les motifs de tout refus de fournir l'accès à l'information. Des dispositions doivent être mises en place pour faire appel en cas de refus de fournir un accès à l'information ainsi que dans les cas de non réponse aux demandes.

107. D'autres dispositions du PIDCP abordent également le droit d'accès à l'information. Le Comité des droits humains a indiqué que l'Article 17 du PIDCP sur la protection de la vie privée signifie que «chaque individu doit avoir le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si des données personnelles sont stockées dans des fichiers automatiques de données, lesquelles et à quelles fins».¹¹⁴ Toute personne doit également pouvoir savoir quelles autorités publiques ou particuliers ou organismes de contrôle sont en mesure de contrôler ses fichiers. Si ces fichiers contiennent des données personnelles, incorrectes ou ont été recueillies ou traitées de façon contraire aux dispositions de la loi, la personne doit avoir le droit d'obtenir correction de son dossier. À cet égard, conformément à l'Article 10 du PIDCP (sur le droit à la liberté), un prisonnier ne perd pas le droit d'accès à ses dossiers médicaux.¹¹⁵ Conformément à l'Article 27 (sur la protection des minorités), la décision d'un État partie, pouvant substantiellement mettre en cause le mode de vie et la culture d'un groupe minoritaire, devrait être prise dans un cadre de partage d'information et de consultation avec les communautés touchées.¹¹⁶ Plus généralement, en vertu de l'Article 2 sur les obligations générales en vertu du PIDCP, «les personnes doivent être en possession d'informations concernant leurs droits découlant du Pacte en général».¹¹⁷

Exemples constitutionnels comparés

108. Les constitutions du Kenya et d'Afrique du Sud protègent clairement le droit d'accès à l'information et de manière assez complète. Elles constituent des modèles positifs que les rédacteurs de la constitution Tunisienne pourraient suivre.

¹¹³ Conclusions sur l'Azerbaïdjan (CCPR/C/79/Add. 38 (1994)).

¹¹⁴ Comité des droits humains, Commentaire général No 16, 08/04/1988 .

¹¹⁵ Voir Communication No 726/1996, *Zheludkov v Ukraine*, Avis adoptés le 29 Octobre 2002.

¹¹⁶ Voir Communication No 145/2006, *Poma v Peru*, Avis adoptés le 27 Mars 2009.

¹¹⁷ Comité des droits humains, Commentaire Général No 31 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

Constitution du Kenya, 2010

Article 35

- (1) Tout citoyen a le droit d'accès -
 - a. aux informations détenues par l'Etat; et
 - b. aux informations détenues par une autre personne et nécessaires à l'exercice ou à la protection de toute liberté fondamentale ou droit.
- (2) Toute personne a droit à la correction ou la suppression d'informations fausses ou trompeuses affectant sa personne.
- (3) L'État doit publier toute information importante touchant la nation.

Constitution de l'Afrique du Sud (Charte des Droits), 1996

Article 32. Accès à l'information

1. Toute personne a le droit d'accéder à
 - (a) toute information détenue par l'Etat; et
 - (b) toute information détenue par une autre personne et nécessaire à l'exercice ou la protection de droits.
2. La législation nationale doit être adoptée pour donner effet à ce droit, et peut prévoir des mesures raisonnables pour alléger le fardeau administratif et financier de l'Etat.

109. La Suède est l'un des pays où les protections constitutionnelles du droit à l'information sont les plus anciennes et les plus fortes. Le principe, dans la Constitution de Suède de 1766, est que tous les documents du gouvernement sont publics, en l'absence de lois contraires. L'Instrument du gouvernement, une des quatre lois fondamentales et constitutionnelles du pays, garantit la liberté de l'information au chapitre II, portant sur les Droits Fondamentaux et les Libertés, Article 1(2).

L'Instrument du gouvernement, la Constitution de Suède,

Article 1, Chapitre II

Les droits et libertés suivants seront garantis pour tous dans la relation de chacun avec les institutions publiques:

...

- (2) La liberté de l'information: c'est à dire la liberté d'obtenir et de recevoir des informations et de se familiariser avec l'expression d'autrui.

110. Il est intéressant de constater qu'un autre pays scandinave, la Norvège, va plus loin et met en évidence dans le cadre constitutionnel la «responsabilité» de l'État à agir pour assurer une atmosphère de transparence.

Constitution de Norvège 1814, telle que modifiée en 2004

Article 100

...

Chacun a un droit d'accès aux documents de l'État et de l'administration municipale et a le droit de suivre les débats des tribunaux et des instances démocratiquement élues. Les limitations de ce droit peuvent être prévues par la loi pour protéger la vie privée de l'individu ou pour d'autres raisons importantes.

Il est de la responsabilité des autorités de l'Etat de créer les conditions qui facilitent un débat public ouvert et éclairé.

111. La Constitution de 2011 du Maroc comporte une disposition un peu plus restreinte sur le droit d'accès à l'information.

Constitution du Maroc 2011

Article 27

Les citoyens ont le droit d'accéder aux informations détenues par les autorités publiques, les institutions et les organes élus, dotés de la mission de service public. Le droit à l'information ne peut être restreint que par la loi dans le but de protéger tous les aspects de la défense nationale, la sécurité interne et externe, et la vie privée des personnes ainsi que dans le but d'empêcher la violation des droits et libertés énoncés dans la présente Constitution et de protéger des sources et des domaines tel que spécifiquement déterminé par la loi.

A ce propos, ARTICLE 19 souligne que l'Article 27 de la Constitution du Maroc n'est pas conforme aux normes internationales à plusieurs égards. Seuls les citoyens peuvent revendiquer des droits en vertu de l'Article 27, et non toutes les personnes, et seules les institutions publiques élues sont soumises à l'obligation de fournir un accès à l'information, à l'exclusion des organismes non élus et des entités privées exerçant des fonctions publiques.

112. La Constitution de la Bulgarie comprend une disposition plus restreinte sur le droit d'accès à l'information.

Constitution de la Bulgarie 1991 (telle que modifiée)

Article 41

(1) Toute personne a le droit de rechercher, obtenir et diffuser des informations ...

(2) Toute personne a le droit d'obtenir des informations auprès d'instances de l'État et d'organismes sur toute question lui présentant un intérêt légitime à condition qu'elles ne soient pas un secret d'État ou un renseignement officiel et ne porte pas atteinte aux droits d'autrui.

113. En dehors de l'Europe, le droit d'accès à l'information est protégé en termes plus simples dans les constitutions du Mexique et de la Colombie. Ces approches minimales ne doivent pas servir de modèles à la nouvelle Constitution de la Tunisie qui doit formuler le droit d'accès à l'information de manière plus détaillée.

Constitution du Mexique de 1917 telle que modifiée en 2005

Article 6

La liberté d'expression est limitée ni judiciairement ni administrativement, sauf quand elle représente une attaque à la morale publique ou les droits individuels ainsi que quand elle constitue une infraction criminelle ou source de trouble à l'ordre public ; le droit à l'information doit être mis en vigueur par l'Etat.

Constitution de la Colombie 1991

Article 74

Toute personne a le droit d'accéder aux documents publics dans les cas prévus par la loi.

114. En Asie, si l'Inde connaît un débat animé concernant le droit à l'information, il n'existe aucune disposition explicite sur ce droit dans la constitution. La Cour Suprême indienne a cependant jugé dans plusieurs décisions que le droit de l'individu à l'information se fonde sur deux droits fondamentaux garantis par la Constitution indienne de 1949, à savoir la liberté d'expression (Article 19 (1)) et le droit à la vie (Article 21).¹¹⁸

115. Par ailleurs, la Constitution pakistanaise contient depuis 2010 une référence claire au droit d'accès à l'information.

Constitution du Pakistan de 1973, telle que modifiée en 2010

Article 19 A

¹¹⁸ Les cas pertinents de la Cour Suprême sont *Bennett Coleman & Co. v Union of India*, AIR 1973 SC 783, jugement dissident du juge KK Matthew en particulier; *State of UP v Raj Narain*, AIR 1975 SC 865.

Tout citoyen a le droit d'avoir accès à l'information dans tous les domaines d'intérêt public; ce droit est l'objet de réglementation et de restrictions raisonnables imposées par la loi.

116. La Constitution des Philippines comprend aussi un droit à l'information dans les termes suivants.

Constitution des Philippines de 1987

Article 3(7)

Le droit du peuple à l'information sur les questions d'intérêt public doit être reconnu. L'accès aux documents officiels, ainsi qu'aux documents et papiers se rapportant à des actes officiels, des transactions, ou des décisions, ainsi que des données d'études effectuées par le gouvernement pour l'élaboration de politiques, doit être accordé au citoyen, sous réserve des restrictions telles que prévues par la loi.

Constitution de la Thaïlande, 2007

Section 56. Droits à l'Information et de Pétition

Toute personne a le droit de recevoir et d'avoir accès à l'information publique détenue par une instance gouvernementale, un organisme d'État, une entreprise d'État ou un organe du gouvernement local, sauf si la divulgation de telles informations porte atteinte à la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les intérêts d'autres personnes qui doivent être protégées, ou aux données personnelles d'autres personnes tel que prévu par la loi..

Recommandations:

- 33. La nouvelle Constitution tunisienne doit protéger la liberté de l'information et l'accès à l'information détenue par ou pour le compte d'un organisme public, ainsi que l'accès à l'information détenue par des personnes privées et nécessaire pour faire valoir un droit.**
- 34. La nouvelle Constitution doit préciser que l'accès à l'information doit être accordé sauf si (a) la divulgation causerait un préjudice grave à un intérêt protégé et (b) ce préjudice l'emporte sur l'intérêt public à accéder à l'information.**

Liberté des Médias

117. Alors que le droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information sont des droits pour tous les individus, les journalistes et les organisations des médias sont nettement plus dépendants de ces droits que les personnes ordinaires. Ceci à cause de la nature même du travail des journalistes qui comporte l'expression et s'appuie sur une information de qualité. En outre, les médias jouent un rôle primordial dans toute démocratie. Les autorités internationales et régionales et les tribunaux ont souvent souligné le « rôle prééminent de la presse dans un Etat régi par la primauté du droit ».¹¹⁹
118. En juillet 2011, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU dans l'Observation générale n° 34 a reconnu qu'une « presse et d'autres moyens d'information libres, sans censure et sans entraves est essentielle dans toute société pour garantir la liberté d'opinion et d'expression et l'exercice d'autres droits consacrés par le Pacte. Elle constitue l'une des pierres angulaires d'une société démocratique ».¹²⁰ Le droit international comporte un droit selon lequel les médias peuvent recevoir des informations sur la base desquelles ils pourront exercer leur fonction.¹²¹ La communication libre des informations et des idées concernant des questions publiques et politiques entre les citoyens, les candidats et les représentants élus est essentielle au plein exercice des droits garantis à l'Article 25. Cela exige une presse et d'autres organes d'information libres, en mesure de commenter toute question publique sans censure ni restriction, et capable d'informer l'opinion publique.¹²² Le public est également en droit de recevoir la production des médias.¹²³
119. La Cour européenne des Droits de l'Homme a effectué à maintes reprises des déclarations comme suit :
- 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.¹²⁴
120. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, a déclaré :
- Ce sont les médias qui font de l'exercice de la liberté d'expression une réalité.¹²⁵

¹¹⁹ *Thorgeisen c. Islande*, Requête N° 13778/88 arrêt du 25 juin 1992 de la Cour européenne des Droits humains, para. 63.

¹²⁰ Comité des droits humains, Observation générale 34, para 13. Se référer également à la Communication N° 1128/2002, *Marques c. Angola*, Constatations adoptées le 29 mars 2005.

¹²¹ Voir la Communication N° 633/95, *Gauthier c. Canada*.

¹²² Voir l'Observation générale du Comité N° 25 (1996) sur l'Article 25 (Participation aux affaires publiques et le droit de vote) para 25, Documents officiels de l'Assemblée Générale, Cinquante-et-unième Session, Supplément N° 40 vol I (A/51/40 (Vol I)), annexe V.

¹²³ Voir la Communication N° 1334/2004, *Mavlanov et Sa'di c. Ouzbékistan*.

¹²⁴ *Castells c Espagne*, Requête n° 11798/85 arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 24 avril 1992, para 43.

¹²⁵ *Adhésion forcée dans une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme*, Avis consultatif OC -

121. Il est du devoir des médias de rendre compte de toutes les questions d'intérêt public, qu'elles aient trait au fonctionnement de la démocratie ou à toute autre question. La Cour européenne des droits humains a déclaré :

Alors que la presse ne doit pas franchir les limites fixées [pour la protection des intérêts énoncés à l'article 10 (2)] ... il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées d'intérêt public. Non seulement elle a pour tâche de communiquer de telles informations et idées mais le public a également le droit de les recevoir. S'il en était autrement, la presse serait incapable de jouer son rôle indispensable de « garde-fou. ».¹²⁶

122. En plus de profiter à la démocratie, la liberté de la presse permet également de renforcer la protection des droits sociaux et économiques ainsi que l'a relevé le Lauréat du prix Nobel Amartya Sen. Il a remarqué :

Dans la terrible histoire des famines dans le monde, aucune véritable famine n'a eu lieu dans un pays indépendant et démocratique ayant une presse libre... Alors que l'Inde, [pays où il a grandi] a continué à avoir des famines sous domination britannique et ce jusqu'à l'indépendance, elles ont soudainement disparues avec la mise en place d'une démocratie multipartite et d'une presse libre.¹²⁷

123. Il existe un certain nombre de principes qui s'appliquent afin de garantir une réelle liberté des médias et de ses utilisateurs. Les deux plus importants sont les suivants: d'abord, les Etats doivent accorder une attention particulière à encourager des médias indépendants et diversifiés dans le but de veiller à ce que les droits de tous les utilisateurs de médias, y compris les membres des minorités ethniques et linguistiques, à recevoir un large éventail d'informations et d'idées soit protégé ; ensuite, les Etats devraient veiller à ce que les services publics de radiotélévision agissent de manière indépendante.¹²⁸ À cet égard, les États parties doivent garantir leur indépendance et leur liberté éditoriale. Ils sont tenus d'assurer le financement de manière à ne pas porter atteinte à leur indépendance.

124. Un certain nombre de garanties explicites sont nécessaires dans la constitution pour veiller à ce que la liberté des médias soit protégée dans son ensemble. De telles déclarations peuvent être retrouvées dans les constitutions de nombreux pays à travers le monde (voir les exemples constitutionnels comparatifs ci-dessous). Toutefois, afin de renforcer la liberté des médias, une garantie constitutionnelle explicite des éléments constitutifs suivants serait d'une grande valeur.

- Il ne doit pas y avoir de censure préalable ;
- Tous les organes dotés de pouvoirs de réglementation sur les médias, y compris les organes directeurs des médias publics, doivent être indépendants des influences arbitraires des pouvoirs politiques économiques ou autres ;
- le droit des journalistes de protéger leurs sources confidentielles doit être garanti;

5/85 of 13 novembre 1985, Série A, No. 5, para. 34.

¹²⁶ Voir *Castells c. Espagne*, Ibid. Ar. 43; *The Observer c. Guardian c. RU*, Requête n° 13585/88 arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 24 octobre 1991 para 59; *The Sunday Times c. RU (II)*, Requête n° 13166/87 arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 26 novembre 1991 para 65.

¹²⁷ Amartya Sen "Democracy as a Universal Value" *Journal of Democracy* (1999) 10. Amartya Sen, *Development as Freedom*. (New York: Anchor Books, 1999).

¹²⁸ Observations finales sur la République de Moldavie (CCPR/CO/75/MDA).

- Les organes de presse écrite ne doivent pas être soumis à autorisation ;
- Les journalistes de presse écrite, de radiotélévision ou en ligne ne doivent pas être soumis à une obligation de licence ;
- Les journalistes doivent se voir garantir le droit de s'associer librement.

125. Les sections qui suivent traitent de ces questions plus en détail.

Pas de censure préalable

126. Aucune personne ou organe de presse ne doit avoir à demander l'autorisation d'un organisme public avant publication. Cela signifie qu'aucun média – que ce soit un journal, un programme télé ou radio, une publication en ligne ou toute autre forme de publication – ne doit être soumis à la censure d'un organisme public préalablement à une diffusion. Ce principe fondamental du droit international est reflété dans de nombreuses constitutions, ainsi que dans les traités internationaux des droits humains. Notamment, l'Article 13 (2) de la CADH stipule:

L'exercice du droit visé à l'alinéa précédent ne doit pas être soumis à une censure préalable.

127. La Cour européenne des droits humains a déclaré que « les dangers inhérents aux contraintes préalables sont tels qu'ils font appel à un examen des plus minutieux »¹²⁹

Indépendance des organes de presse

128. Afin de protéger le droit à la liberté d'expression, il est impératif que les médias soient autorisés à fonctionner indépendamment du contrôle du gouvernement. Cela permet de préserver le rôle des médias sur les questions d'intérêt public. Il s'ensuit que les organes dotés de pouvoirs de réglementation ou d'autorité sur les diffuseurs doivent être indépendants et protégés de l'ingérence politique. Il s'agit de deux types d'institutions, les organismes octroyant des licences de radiodiffusion et les organes directeurs des médias publics.

129. La nécessité pour les organismes de réglementation d'être indépendants est reconnue en droit international. Une déclaration conjointe du Rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, du Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias et du Rapporteur spécial de l'OEA sur la liberté d'expression précise :

Tous les pouvoirs publics qui exercent des pouvoirs formels de réglementation sur les médias devraient être protégés contre l'ingérence, en particulier à caractère politique ou économique, y compris par un processus de nomination des membres qui est transparente, qui permet la participation du public et qui n'est pas contrôlée par un quelconque parti politique.¹³⁰

130. Les organismes régionaux, y compris la Commission africaine des Droits humains et des Peuples, et le Conseil de l'Europe ¹³¹ ont également indiqué clairement que

¹²⁹ *The Observer c. Guardian c. RU*, Requête n° 13585/88 arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 24 octobre 1991 para 60.

¹³⁰ Déclaration commune du 18 Décembre 2003; disponible ici <http://www.article19.org/data/files/pdfs/igo-documents/three-mandates-dec-2003.pdf>.

¹³¹ Voir par exemple les recommandations du Comité des ministres sur l'Indépendance et les fonctions des

l'indépendance des autorités de régulation est d'une importance fondamentale pour la liberté des médias.

131. Il convient de rappeler que la Déclaration de principes sur la Liberté d'Expression en Afrique inclut la déclaration du principe:

Toute autorité publique qui exerce des pouvoirs dans le domaine de la radiodiffusion-télévision et de la régulation des télécommunications doit être indépendante et bien protégée contre l'ingérence, en particulier de nature politique ou économique.¹³²

132. En outre, la Déclaration de Principes sur la Liberté d'Expression en Afrique souligne également l'importance de l'indépendance des radiodiffuseurs publics. Il y est stipulé au Principe VI:

Tous les organismes de radiodiffusion-télévision contrôlés par l'Etat et le gouvernement doivent être transformés en organismes de radiodiffusion-télévision de service public devant rendre des comptes au public par le biais du corps législatif et non au gouvernement, conformément aux principes ci-après:

- les organismes de radiodiffusion-télévision doivent être gérés par un conseil protégé contre l'ingérence, en particulier de nature politique ou économique;
- l'indépendance éditoriale des organes publics de la radiodiffusion-télévision doit être garantie.

133. Toute une Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe consacre l'indépendance du service public de la radiodiffusion¹³³ Elle souligne entre autres : « Le cadre juridique régissant les organismes de radiodiffusion de service public devrait clairement affirmer leur indépendance éditoriale et leur autonomie institutionnelle »¹³⁴

Protection des sources

134. Les journalistes s'appuient systématiquement sur des contacts en dehors des médias pour obtenir des renseignements sur des questions d'intérêt public. Des personnes se présentent parfois avec des informations secrètes ou sensibles, comptant sur le journaliste pour les communiquer à un large public afin de stimuler le débat public ou de divulguer des actes répréhensibles. Dans de nombreux cas, l'anonymat est la condition sine qua non de la divulgation de l'information au journaliste par sa source ; ceci peut être motivé par la crainte des répercussions qui pourraient nuire à sa sécurité de l'emploi ou même à son intégrité physique.

135. Compte tenu de l'importance de ce flux d'informations, les deux tribunaux, aussi bien national qu'international, ont reconnu que les médias jouissent d'un privilège spécial leur permettant de ne pas divulguer leurs sources confidentielles d'information sauf si certaines conditions strictes sont réunies.

autorités de régulation du secteur de la radio diffusion. Recommandation n° R (2000) 23, adoptée le 20 décembre 2000.

¹³² Adopté par la Commission Africaine des droits humains et des peuples à sa 32^{ème} session du 17 au 23 octobre 2002.

¹³³ Recommandation n° R (96) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la garantie d'indépendance du service public de la radiodiffusion adoptée le 11 Septembre 1996.

¹³⁴ *Ibid.*, Principe 1.

136. Dans l'affaire *Goodwin c. RU*, qui fait jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé qu'une tentative de forcer un journaliste à révéler sa source pour une information est une atteinte à sa liberté d'expression. Dans sa décision, la Cour a souligné l'importance de fournir des garanties à la presse en général et de protéger les sources des journalistes en particulier. Elle a jugé que :

La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...). L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie. Eu égard à l'importance que revêt la protection des sources journalistiques pour la liberté de la presse dans une société démocratique et à l'effet négatif sur l'exercice de cette liberté que risque de produire une ordonnance de divulgation, pareille mesure ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public.¹³⁵

137. La Cour européenne des droits de l'Homme a nettement renforcé cette position dans l'arrêt *Sanoma Uitgevers BV c. Pays Bas* de 2010. Dans cette affaire, elle a précisé les garanties procédurales nécessaires lorsqu'un tribunal ou autre organe indépendant ordonne à un journaliste de divulguer ses sources.

88. Compte tenu de l'importance vitale pour la liberté de la presse de la protection des sources des journalistes et des informations susceptibles de conduire à leur identification, toute atteinte au droit à la protection de pareilles sources doit être entourée de garanties procédurales, définies par la loi, en rapport avec l'importance du principe en jeu.

89. La Cour relève qu'une injonction de divulgation des sources peut avoir un impact préjudiciable non seulement sur les sources, dont l'identité peut être révélée, mais également sur le journal ou toute autre publication visés par l'injonction, dont la réputation auprès des sources potentielles futures peut être affectée négativement par la divulgation, et sur les membres du public, qui ont un intérêt à recevoir les informations communiquées par des sources anonymes...

90. Au premier rang des garanties exigées doit figurer la possibilité de faire contrôler la mesure par un juge ou tout autre organe décisionnel indépendant et impartial. Le principe selon lequel, dans les affaires concernant la protection des sources des journalistes « le tribunal doit pouvoir contempler le tableau complet de la situation » a été souligné dans l'une des toutes premières affaires de cette nature examinées par les organes de la Convention ... Le contrôle requis doit être mené par un organe, distinct de l'exécutif et des autres parties intéressées, investi du pouvoir de dire, avant la remise des éléments réclamés, s'il existe un impératif d'intérêt public l'emportant sur le principe de protection des sources des journalistes et, dans le cas contraire, d'empêcher tout accès non indispensable aux informations susceptibles de conduire à la divulgation de l'identité des sources.

91. La Cour se rend bien compte qu'il peut être impossible aux autorités de poursuite dans les cas urgents d'énoncer de manière détaillée les raisons qui justifient d'adresser une injonction ou une requête. En pareils cas, un contrôle indépendant mené à tout le moins avant que les éléments obtenus ne soient consultés et exploités devrait être suffisant pour permettre de déterminer si une

¹³⁵ *Goodwin c. RU Requête n° 17488/90* arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 27 mars 1996.

question de confidentialité se pose et, le cas échéant, si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, l'intérêt public invoqué par les autorités d'enquête ou de poursuite l'emporte sur l'intérêt public général à la protection des sources. Il est clair pour la Cour qu'un contrôle indépendant pratiqué seulement après la remise d'éléments susceptibles de conduire à l'identification de sources est inapte à préserver l'essence même du droit à la confidentialité.

92. Eu égard à la nécessité d'un contrôle de nature préventive, le juge ou autre organe indépendant et impartial doit donc être en mesure d'effectuer avant toute divulgation cette mise en balance des risques potentiels et des intérêts respectifs relativement aux éléments dont la divulgation est demandée, de sorte que les arguments des autorités désireuses d'obtenir la divulgation puissent être correctement appréciés. La décision à prendre doit être régie par des critères clairs, notamment quant au point de savoir si une mesure moins intrusive peut suffire pour servir les intérêts publics prépondérants ayant été établis. Le juge ou autre organe compétent doit avoir la faculté de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée, de manière à ce que les sources concernées puissent échapper à la divulgation de leur identité, qu'elles soient ou non spécifiquement nommées dans les éléments dont la remise est demandée, au motif que la communication de pareils éléments créerait un risque sérieux de compromettre l'identité des sources des journalistes ... En cas d'urgence, une procédure doit pouvoir être suivie pour permettre d'identifier et d'isoler, avant qu'elles ne soient exploitées par les autorités, les informations susceptibles de permettre l'identification des sources de celles qui ne comportent pas de tels risques.¹³⁶

138. La Déclaration de principes sur la Liberté d'expression adoptée par la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme précise également :

Tout communicateur social a droit à la non divulgation de ses sources d'information, notes et archives personnelle ou professionnelles.¹³⁷

139. La Déclaration de principes sur la Liberté d'expression de la Commission Africaine précise également

Les journalistes ne doivent pas être obligés de révéler leurs sources d'information ou autres documents détenus dans le cadre de l'exercice de la fonction de journaliste, sauf si c'est en conformité avec les principes suivants :

- l'identité de la source est nécessaire dans une enquête ou des poursuites relatives à un crime grave, ou pour assurer la défense d'une personne accusée d'infraction pénale;
- l'information ou une information similaire menant au même résultat ne peut pas être obtenue ailleurs ;
- l'intérêt public dans la divulgation prime sur la menace à la liberté d'expression ; et
- la divulgation a été ordonnée par un tribunal, après une audition complète.¹³⁸

140. Le Conseil de l'Europe a émis une recommandation entière sur la protection des sources des journalistes.¹³⁹

¹³⁶ *Sanoma Uitgevers BV c. Pays-Bas*, Requête n° 38224/03 arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des Droits humains du 14 septembre 2010.

¹³⁷ Déclaration de principes interaméricaine sur la liberté d'expression, approuvée par la Commission interaméricaine des Droits humains à sa 108^{ème} session régulière, 19 octobre 2000.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Recommandation n° R (2000) 7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit des journalistes à ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée le 8 mars 2000.

Octroi de licences et enregistrement

141. Il est clairement établi en droit international que toute exigence de licence pour la presse écrite, ou pour les journalistes en tant qu'individus, est incompatible avec la liberté d'expression, bien que des licences pour les médias audiovisuels ou les entreprises cinématographiques puissent être légitimes.

142. La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples considère l'obligation de licence comme une restriction à l'entrée dans la profession et elle spécifie, dans sa *Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique* :

Aucun système d'enregistrement pour la presse ne devrait imposer des restrictions importantes sur le droit à la liberté d'expression.¹⁴⁰

143. En ce qui concerne les journalistes, La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a considéré dans '*l'Adhésion forcée à une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme*¹⁴¹ que l'obligation de licence rendue effective par le biais d'une adhésion obligatoire à une association professionnelle constitue une violation du droit à la liberté d'expression. La Cour a admis que, garantir « les conditions qui assurent le fonctionnement normal et harmonieux des institutions basées sur un système cohérent de valeurs et de principes » est un objectif légitime. Toutefois, la Cour a également constaté que l'ordre public dépend à bien des égards du respect de la liberté d'expression. Tout en convenant que de nombreuses autres professions sont réglementées par des exigences d'entrée, comme le droit ou la médecine, elle a souligné que le journalisme est une activité fondamentalement différente.

Le journalisme est la manifestation première et principale de la liberté d'expression de la pensée. Pour cette raison, parce qu'il est lié à la liberté d'expression, qui est un droit inhérent de chaque individu, le journalisme ne peut être assimilé à une profession qui se limite à assurer un service au public par la mise en pratique de certaines connaissances ou d'une quelconque formation acquise à l'université ou par le biais d'un certain « *colegio* » professionnel. L'argument selon lequel une loi sur les licences obligatoires pour les journalistes ne diffère pas de la mise en œuvre de lois semblables à d'autres professions ne prend pas en considération le problème fondamental qui est présenté en ce qui concerne la compatibilité entre une telle loi et la Convention. Le problème résulte du fait que l'Article 13 protège explicitement la liberté de « chercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées de toutes sortes ... oralement, par écrit ou sous forme imprimée ... ». La profession du journalisme (ce que font les journalistes), implique précisément la recherche, la réception et la communication d'informations. La pratique du journalisme nécessite par conséquent que la personne s'engage dans des activités qui définissent ou englobent la liberté d'expression que la Convention garantit. Ceci n'est pas le cas de la pratique du droit ou de la médecine, par exemple. Contrairement au journalisme, la pratique du droit ou de la médecine (c'est-à-dire, ce que font les avocats ou les médecins) n'est pas une activité spécifiquement garantie par la Convention.¹⁴²

¹⁴⁰ *Ibid.*, Principe X(2).

¹⁴¹ *Adhésion forcée dans une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme*, (Arts 13 et 29 Convention américaine sur les Droits humains) *Ibid.* note 26.

¹⁴² *Ibid* paras 71-72.

144. A la suite de cet arrêt de la Cour interaméricaine, la Commission interaméricaine des droits humains a publié une déclaration indiquant :

Toute personne a le droit de communiquer ses opinions par tout moyen et sous toute forme. L'adhésion obligatoire ou l'exigence d'un diplôme universitaire pour la pratique du journalisme constituent des entraves illégitimes à la liberté d'expression.¹⁴³

La presse écrite

145. Des systèmes d'enregistrement purement techniques, en vertu desquels les organes de presse écrite sont tenus de fournir certaines informations aux autorités, peuvent être légitimes, mais seulement s'ils n'accordent aucun pouvoir discrétionnaire aux autorités de refuser l'enregistrement. Dans ce cas, l'enregistrement n'est pas utilisé comme un mécanisme de censure, mais plutôt comme une source d'information sur la propriété. Les mandats spéciaux de l'ONU, l'OEA et l'OSCE sur la liberté d'expression, dans une déclaration commune publiée en 2003, précisent que :

Imposer des obligations d'enregistrement spécifiques à la presse écrite est inutile et peut donner lieu à des abus et devrait être évité. Les systèmes d'enregistrement qui autorisent un pouvoir discrétionnaire de refuser l'enregistrement, qui imposent des conditions substantielles sur les médias imprimés ou qui sont supervisés par des organes qui ne sont pas indépendants du gouvernement sont particulièrement problématiques.¹⁴⁴

146. Le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU a souvent exprimé sa préoccupation au sujet des systèmes d'enregistrement ou de licence pour la presse écrite.¹⁴⁵ Plus récemment, dans le cas de *Kungurov c. l'Ouzbékistan*, le Comité a pour la première fois décidé qu'il y avait eu une violation de la liberté d'association en liaison avec la liberté d'expression dans une affaire concernant l'enregistrement des ONG. Le Comité a examiné si le refus d'enregistrement de l'ONG constituait une restriction de la liberté d'association et de la liberté d'expression de Kungurov, et si de telles restrictions étaient justifiées. Il a jugé que les exigences techniques et fondamentales de l'Ouzbékistan constituaient des restrictions *de facto* sur les droits de Kungurov, qui n'étaient pas conformes aux dispositions l'Article 22, paragraphe 2 du PIDCP. En particulier, le Comité a estimé que les autorités de l'Etat n'avaient avancé aucun argument expliquant en quoi de telles restrictions étaient nécessaires. Aux vues des « conséquences graves du refus de l'Etat d'inscrire 'la Démocratie et les Droits' pour le droit de l'auteur à la liberté d'association ainsi que l'illégalité de l'opération des associations non enregistrées en Ouzbékistan », le Comité a décidé qu'un tel refus constituait une violation de l'Article 22 du PIDCP. Il a également décidé que la procédure d'enregistrement ne permettait pas à Kungurov d'exercer son droit à la liberté d'expression et a jugé que les autorités de l'Ouzbékistan n'avaient « pas fait la moindre tentative de traiter les demandes précises de l'auteur et n'ont pas invoqué d'arguments quant à la compatibilité des exigences ... avec l'un des critères énumérés à l'Article 19, Paragraphe 3, du Pacte », à savoir que les restrictions doivent être prévues par la loi et nécessaire (a) pour le respect des droits et de la réputation d'autrui ou (b) pour la

¹⁴³ Déclaration interaméricaine des Principes de la Liberté d'expression approuvée par la Commission interaméricaine des Droits humains à sa 108^{ème} session, 19 octobre 2000.

¹⁴⁴ *Supra* note 131.

¹⁴⁵ Voir également les Observations finales sur le rapport initial du Lesotho, 8 Avril 1999, CCPR/C/79/Add.106, paragraphe 23; Observations finales sur le rapport initial du Cambodge, 27 Juillet 1999, CCPR/C/79/Add.108 para 18.

protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public (ordre public), ou de la santé ou la moralité publiques. Le Comité a donc conclu qu'il y avait eu une violation des droits de Kungurov en vertu de l'Article 22, Paragraphe 1 du PIDCP, « lu séparément ou conjointement avec l'Article 19, paragraphe 2 du Pacte ». ¹⁴⁶

147. La Cour européenne des droits de l'Homme a également mis en garde contre les lois d'enregistrement abusives. Dans l'affaire *Gaweda c. Pologne*, elle a critiqué une loi qui permettait de refuser l'enregistrement du nom d'une publication si le nom proposé n'était « pas conforme avec l'état des choses ». ¹⁴⁷ La Cour a jugé qu'il était inadmissible que les systèmes d'enregistrement servent à imposer des exigences relatives aux noms des publications. En particulier, « l'exigence que le titre d'un magazine traduise des informations véridiques, était inapproprié du point de vue de la liberté de la presse. » ¹⁴⁸

Liberté d'association

148. Le droit à la liberté d'association est un droit humain reconnu par la DUDH et le PIDCP et de nombreux autres instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits humains. ¹⁴⁹ L'Article 20 de la DUDH stipule:

- (1) Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.
- (2). Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association

149. Le droit à la liberté d'association est consacré par l'Article 22 du PIDCP qui stipule :

Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.

150. Le droit à la liberté d'association peut être soumis aux mêmes restrictions que celles du droit à la liberté d'expression. Toute ingérence dans ce droit doit donc remplir rigoureusement les trois critères décrits précédemment concernant la liberté d'expression.
151. La liberté d'association est d'une importance particulière pour les journalistes comme moyen par le biais duquel leur indépendance et leur professionnalisme est renforcé. A travers une association, les journalistes sont mieux habilités à critiquer les autorités et ils sont également plus susceptibles de lutter pour l'indépendance éditoriale dans les médias.
152. Les autorités internationales et régionales, les cours et les tribunaux ont précisé la portée de la liberté d'association. Dans l'affaire *Wilson & le NUJ c. RU*, qui concernait le refus de reconnaître un syndicat de journalistes établi aux fin de négociations collective, la Cour européenne a rendu une décision forte indiquant que l'activisme

¹⁴⁶ Communication No 1479/2006 *Kungurov c. Ouzbékistan*, CCPR/C/102/D/1478/2006, 2 septembre 2011.

¹⁴⁷ *Gaweda c. Pologne*, Requête n° 26229/95 arrêt du 14 mars 2002, para 43.

¹⁴⁸ *Ibid*, para 47.

¹⁴⁹ Voir l'Article 11 de la CEDH, l'Article 16 CADH et l'Article 10 de la CADHP. Voir aussi la Déclaration de Principes de la Commission africaine sur la Liberté d'Expression en Afrique, Principe X.

syndical est au cœur du droit à la liberté d'association.¹⁵⁰ L'affaire faisait suite à une décision antérieure dans laquelle il avait été établi que les Etats ont une forte obligation positive de s'assurer que les agissements d'un employeur privé non-étatique ne contreviennent pas au droit à la liberté d'expression.¹⁵¹

153. La Cour a souligné à maintes reprises que le droit à la liberté d'association signifie que personne ne peut être contraint à adhérer à une association. La Cour interaméricaine a admis que l'adhésion obligatoire à une association professionnelle peut certes être acceptable dans le cas des avocats et des médecins, mais a jugé que des exigences similaires ne peuvent être imposées concernant les journalistes sans porter atteinte à leur droit à la liberté d'expression.¹⁵²

Exemples constitutionnels comparés

154. Les exemples suivants offrent diverses méthodes constitutionnelles de protection de la liberté des médias. La Constitution du Kenya de 2010 est élaborée et présente un exemple positif.

La Constitution du Kenya, 2010

Article 34. Liberté de la presse

- (1) La liberté et l'indépendance des médias électroniques, de la presse écrite et de tous les autres types de médias est garantie, mais ne s'applique à aucune expression mentionnée à l'Article 33(2).
- (2) L'Etat ne devrait pas –
 - a. Exercer de contrôle sur / ou interférer avec toute personne engagée dans la diffusion, la production ou la circulation de toute publication ou la diffusion d'informations par tout moyen, ou
 - b. Pénaliser toute personne pour une quelconque opinion ou point de vue ou pour le contenu de toute diffusion, publication ou communication.
- (3) La radiodiffusion et les autres médias électroniques jouissent de la liberté d'établissement, soumis uniquement à des procédures de licences qui–
 - a. Sont nécessaires pour la régulation des ondes et autres formes de distribution de signaux ; et
 - b. Sont indépendantes du contrôle exercé par le gouvernement, les intérêts politiques ou les intérêts commerciaux.
- (4) Tous les médias étatiques doivent –
 - a. Être libres de déterminer en toute indépendance le contenu éditorial de leur transmissions et autres formes de communications ;
 - b. Être impartiaux ; et
 - c. Donner la parole équitablement dans la présentation de points de vue divergents et d'opinions dissidentes.
- (5) Le Parlement doit adopter une législation qui prévoit les conditions de l'établissement qui doit
 - a. Etre indépendant du contrôle exercé par le gouvernement, les intérêts politiques ou les intérêts commerciaux ;
 - b. Refléter les intérêts de toutes les franges de la société ; et

¹⁵⁰ Requêtes n° 30668/96, 30671/96, 30678/96, Arrêt de la Cour européenne des Droits humains du 2 juillet 2002

¹⁵¹ *Young, James et Webster c. RU* Requêtes n° 7601/76, 7806/77, 13 août 1981, para 49.

¹⁵² *Adhésion forcée dans une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme* (Arts 13 et 29 Convention américaine sur les droits humains) Ibid. note 26.

- c. Définir des normes pour les médias et réglementer et surveiller la conformité à ces normes.

155. Cependant, la plupart des dispositions constitutionnelles relatives à la protection de la liberté des médias sont plutôt succinctes, y compris les exemples de l'Afrique du Sud et du Canada.

La Constitution de l'Afrique du Sud (Déclaration des droits), 1996

Article 16. La liberté d'expression

(1) Chacun a le droit à la liberté d'expression, qui comprend

- (a) la liberté de la presse et des autres médias;

La Loi constitutionnelle du Canada (Charte des Droits et libertés), 1982

Article 2. Les libertés fondamentales

Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

- a. liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication

156. Il est intéressant de noter que les textes constitutionnels provisoires de l'Égypte et la de Libye protègent la liberté des médias

Constitution provisoire de l'Égypte, 2011

Article 13

La liberté de la presse, de l'impression, des publications et des médias est garantie, et la censure est interdite, tout comme donner des ultimatums et l'arrêt ou l'annulation d'une publication par une autorité administrative. Exception peut être faite dans les cas d'urgence ou en temps de guerre, ce qui permet une censure limitée des journaux, des publications et des médias sur les questions liées à la sécurité nationale ou aux fins de la sécurité générale, le tout dans le respect de la loi.

Projet de Charte constitutionnelle pour la phase de transition en Libye, 2011

ARTICLE 14

L'Etat doit assurer la liberté d'opinion, d'expression individuelle et collective, la liberté de la recherche scientifique, la liberté de la communication, la liberté de la presse, des médias, de l'impression et de la publication ainsi que la liberté de mouvement de rassemblement pacifique, de manifestation et de sit-in conformément à la loi.

157. Nous retrouvons également la protection constitutionnelle de la liberté des médias ailleurs dans le monde arabe, bien qu'en des termes succincts.

Constitution de l'Irak, 2005

Article 38

L'Etat doit garantir d'une façon qui ne contrevient pas à l'ordre public et à la morale:

- (a) ...
- (b) la liberté de la presse, de l'impression, de la publicité, des médias et de la publication.

Constitution de la Jordanie, 1952

Article 15. Droits et devoirs des Jordaniens

(i) ...

(ii) la liberté de la presse et des publications doit être garantie dans les limites de la loi.

(iii) Les journaux ne doivent pas être interdits de publication, ni leur permis révoqué, sauf en conformité avec les dispositions de la loi.

- (iv) Dans le cas de déclaration de loi martiale ou d'état d'urgence, une censure limitée sur les journaux, publications, livres et émissions concernant les sujets touchant à la sécurité publique et à la défense nationale peut être imposée par la loi.
- (v) le contrôle des ressources des journaux doit être réglementé par la loi.

158. Les lois et les pratiques de la Turquie présentent un certain nombre de problèmes graves du point de vue de la liberté d'expression et du droit à l'information. Notamment, l'Article 301 du Code pénal turc interdit notoirement le dénigrement de la nation turque. Cependant, la Constitution turque garantit la liberté d'expression en termes détaillés, ainsi que la liberté de la presse et la liberté de l'information. Néanmoins, du point de vue des droits humains internationaux, elle est problématique compte tenu de la liste très étendue des motifs de restrictions autorisés en vertu de l'Article 26 (2) qui comprend « l'intégrité indivisible de l'Etat ».

Constitution de la Turquie, 1982

Article 28 - Liberté de la presse

La presse est libre et ne peut être censurée. La création d'une imprimerie ne peut être subordonnée à une autorisation ni au versement d'une garantie financière.

L'Etat prend les mesures propres à assurer la liberté de la presse et celle de l'information.

Article 31 - Droit d'utiliser des médias autres que ceux détenus par des personnes morales publiques

(1) Les individus et les partis politiques ont le droit de bénéficier des moyens de publication et de communication de masse autres que la presse détenus par les personnes morales publiques. Les conditions et les modalités de cet usage sont fixées par la loi.

(2) La loi ne peut imposer de restrictions qui empêchent le public d'obtenir des informations ou de se former des pensées et des convictions grâce à ces moyens ou qui entravent la libre formation de l'opinion publique en se fondant sur une raison autre que la sécurité nationale, l'ordre public, la sûreté publique, l'intérêt public, les bonnes mœurs et la protection de la santé publique.

159. Il est intéressant de noter que la Constitution de la Colombie appuie la liberté des médias ainsi que la responsabilité sociale.

Constitution de la Colombie, 1991

Article 20

...

Les médias sont libres et ont une responsabilité sociale. Le droit de rectification dans des conditions équitables est garanti. Il n'y aura pas de censure.

160. La Constitution thaïlandaise de 2007 protège la liberté de la presse.

Constitution de la Thaïlande, 2007

Section 45. La liberté d'expression de l'individu et de la presse

Toute personne doit jouir de la liberté d'exprimer son opinion, de faire des discours, d'écrire, d'imprimer, de diffuser, et de s'exprimer par tout moyen.

La restriction de la liberté en vertu du paragraphe 1 ne doit pas être imposée, sauf en vertu de la loi spécifiquement adoptée dans le but de préserver la sécurité de l'Etat, la protection des droits, les libertés, la dignité, la réputation, la famille ou les droits à la vie privée de toute autre personne, le maintien de l'ordre public ou les bonnes mœurs ou la prévention ou l'arrêt de la détérioration de l'esprit ou de la santé du public.

161. La Constitution portugaise prévoit un précédent relativement positif, car il offre une conception détaillée et complète de ce qu'implique la protection de la liberté de la presse. Il comprend la protection des journalistes, le droit à l'information, la liberté d'établir des médias, il indique que l'État a la responsabilité d'assurer des médias de service public, et souligne également l'indépendance des médias du service public.

Constitution du Portugal de 1974

Article 38. La liberté de la presse et des médias

- (1) La liberté de la presse est garantie.
- (2) La liberté de la presse a les corollaires suivants :
 - a. la liberté d'expression et de création pour les journalistes et leurs collaborateurs, ainsi que la participation des premiers à l'orientation éditoriale des organes de communication pour lesquels ils travaillent, exception faite de ceux qui appartiennent à l'État ou sont de nature doctrinale ou confessionnelle ;
 - b. Le droit des journalistes d'accéder aux sources d'information, la protection de leur indépendance et de leur confidentialité et le droit d'élire les conseils de rédaction ;
 - c. le droit de fonder aussi bien des journaux que d'autres publications, sans autorisation administrative, ni caution, ni habilitation préalables.
- (3) La loi exige la publicité du nom des propriétaires des organes de communication et la publicité de leurs moyens financiers.
- (4) L'État garantit la liberté et l'indépendance des organes de communication face au pouvoir politique et au pouvoir économique. Il impose le principe de la spécificité des entreprises propriétaires d'organes d'information. Il les traite et les assiste de façon non discriminatoire et empêche, en particulier, qu'elles ne se concentrent par des prises de participations multiples et croisées.
- (5) L'État garantit l'existence et le fonctionnement d'un service public de la radio et de la télévision.
- (6) Le mode d'organisation et de fonctionnement des moyens d'information du secteur public permet à ces derniers de conserver leur indépendance face au Gouvernement, face à l'administration et aux autres pouvoirs publics. Ils permettent également aux divers courants d'opinion de s'exprimer et de se confronter.
- (7) Les stations de radio et de télévision peuvent fonctionner dès lors qu'une autorisation d'émettre leur a été délivrée, dans les conditions prévues par la loi, et après leur mise en concurrence.

Recommandations:

35. **La nouvelle Constitution devrait fournir une protection explicite de la liberté des médias et plus particulièrement protéger les éléments suivants de la liberté des médias :**
- **Il ne doit y avoir aucune censure préalable.**
 - **Il ne doit y avoir aucune licence ou système d'enregistrement pour les médias imprimés.**
 - **Il ne doit pas y avoir de licences de journalistes ou des exigences d'entrée pour la pratique de la profession.**
 - **L'indépendance de tous les organismes ayant des pouvoirs réglementaires sur les médias, y compris les organes des médias publics, doit être garantie.**
 - **Le droit des journalistes de protéger leurs sources d'information confidentielles doit être garanti.**
 - **Les journalistes doivent être libres d'adhérer aux associations professionnelles de leur choix.**

Liberté d'expression et TIC

162. Cette partie de la présente analyse examine la question de la liberté d'expression et des technologies de l'information et de la communication (TIC), telles que l'Internet et les systèmes mobiles électroniques de diffusion de l'information. Cependant, ARTICLE 19 a rédigé une analyse distincte portant sur le cadre juridique approprié pour la protection de la liberté d'expression et les TIC. Cette partie traite donc uniquement de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression à travers les TIC.
163. ARTICLE 19 rappelle que le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies dans son Observation générale récente a recommandé que les Etats accordent l'attention requise à l'environnement médiatique en pleine mutation, en particulier « la mesure dans laquelle les développements des TIC ont considérablement modifié les pratiques de communication à travers le monde ». Il a relevé notamment que : « Il y a maintenant un réseau mondial d'échange d'idées et d'opinions qui ne repose pas nécessairement sur les intermédiaires traditionnels des médias de masse ». Dans cette situation changeante, « les États parties devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour favoriser l'indépendance de ces nouveaux médias et garantir l'accès des individus à ceux-ci », ¹⁵³ ainsi que de veiller à ce que les systèmes de réglementation tiennent compte des différences entre le secteur de l'impression et la radiodiffusion et celui de l'Internet, tout en notant également la manière dont différents médias convergent. ¹⁵⁴
164. Il ya plusieurs dimensions importantes à mettre en évidence à l'égard d'Internet. *D'abord* et surtout, tel qu'indiqué ci-dessus, l'Article 19 (2) du PIDCP s'applique à toutes les formes d'expression et les moyens de leur diffusion, y compris l'expression sur l'Internet. ¹⁵⁵ Cela est compréhensible étant donné que l'Internet constitue à la fois une tribune pour l'expression et pour l'accès à l'information et aux idées.
165. *Ensuite*, toutes les restrictions imposées aux systèmes de diffusion de l'information, qu'ils soient électroniques sur internet ou autres, y compris la responsabilité des fournisseurs de services internet, doivent être en conformité avec les dispositions de l'Article 19(3) du PIDCP. Elles doivent par conséquent se conformer au régime des exceptions admissibles tel qu'indiqué ci-dessus. Par exemple, l'exigence que toute restriction doit être strictement adaptée et porter sur un contenu spécifique, ce qui signifie qu'il serait inadmissible de fermer un site web ou de liquider un fournisseur de services internet, alors qu'il serait possible d'atteindre un objectif de protection en isolant et en supprimant le contenu incriminé. Le Comité a insisté sur ce point dans son Observation générale récente indiquant :

43. Toutes les restrictions sur le fonctionnement des sites web, blogs ou tout autre système de diffusion de l'information qu'il soit électronique sur Internet ou autres, y compris le support d'une telle communication tel que les fournisseurs de services internet ou les moteurs de recherche ne sont permisibles que dans la mesure où elles sont compatibles avec le paragraphe 3. Les restrictions permisibles doivent généralement porter sur un contenu spécifique ; les interdictions génériques sur le

¹⁵³ *Supra* note 42, para 15.

¹⁵⁴ *Ibid.*, para 39.

¹⁵⁵ *Ibid.*, para 12.

fonctionnement de certains sites et systèmes ne sont pas compatibles avec le paragraphe 3. Interdire à un site ou à un système de diffusion de l'information de publier des documents sur la seule base qu'il pourrait être critique envers le gouvernement ou le système socialo-politique adopté par le gouvernement est également incompatible avec le paragraphe 3.¹⁵⁶

166. En Juin 2011, les quatre mandats internationaux spéciaux sur la liberté d'expression des systèmes des Nations Unies et des systèmes régionaux des droits humains (Interaméricain, européen et africain)¹⁵⁷ ont publié une Déclaration commune sur la liberté d'expression et de l'Internet, en consultation avec ARTICLE 19.¹⁵⁸ Entre autres choses, cette déclaration commune réaffirme l'application des droits à la liberté d'expression à l'Internet et souligne que l'institution de la responsabilité pénale pour des infractions liées à l'expression doit tenir compte de l'intérêt public général tout en protégeant aussi bien l'expression que la tribune sur laquelle elle s'opère.¹⁵⁹
167. Le Rapporteur spécial des Nations Unies a récemment déclaré que l'Internet est « devenu un outil indispensable pour la réalisation de tout un éventail de droits humains »¹⁶⁰
168. Le titulaire du mandat a également, en de nombreuses occasions, fait part de ses points de vue sur la relation entre Internet et la liberté d'expression.¹⁶¹ Il a souligné qu'en ce qui concerne les restrictions sur le contenu de l'Internet et la satisfaction des conditions cumulatives en trois parties :

Toute législation limitant le droit à la liberté d'expression doit être appliquée par un organisme qui est indépendant de toute influence politique, commerciale, ou autre influences injustifiées d'une manière qui ne soit ni arbitraire ni discriminatoire. Il devrait également y avoir des garanties suffisantes contre les abus, y compris la possibilité de contestation et de recours contre son application abusive.¹⁶²

¹⁵⁶ Observations finales sur la République Arabe de Syrie (CCPR/CO/84/SYR). Voir l'Observation Générale para 43.

¹⁵⁷ Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression, Frank LaRue ; le Rapporteur spécial sur la liberté d'expression de la Commission interaméricaine des droits humains de l'Organisation des États américains, Catalina Botero Marino ; l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Représentante pour la liberté des médias, Dunja Mijatović et la Commission africaine des droits humains et des peuples , Rapporteur spécial pour la liberté d'expression, Faith Pansy Tlakula

¹⁵⁸ Déclaration commune sur la liberté d'expression et l'internet (1^{er} juin 2011); disponible sur <http://www.article19.org/data/files/pdfs/press/international-mechanisms-for-promoting-freedom-of-expression.pdf>

¹⁵⁹ Paragraphe 1(a) et 4(b).

¹⁶⁰ Rapport du Rapporteur Spécial sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, Frank La Rue, 16 mai 2011 A/HRC/17/27 A/HRC/14/23/Add.2.

¹⁶¹ A/HRC/17/27 A/HRC/14/23/Add.2 (paras 9 – 10); A/HRC/7/14 (paras 29- 31, Gouvernance Internet); A/HRC/4/27 (paras 38 – 43, Gouvernance internet et démocratie numérique); E/CN.4/2006/55 (paras 29 – 43, Gouvernance internet et droits humains); E/CN.4/2002/75 (paras 88 - 95).

¹⁶² Rapport du Rapporteur Spécial sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, Frank La Rue, 16 mai 2011 A/HRC/17/27 A/HRC/14/23/Add.2 au. para 69.

Exemples constitutionnels comparés

169. En ce qui concerne les exemples de droit comparé, le parlement estonien a adopté une loi en 2000 déclarant l'accès à Internet comme droit humain fondamental.¹⁶³ Le Conseil constitutionnel français a effectivement déclaré que l'accès à Internet est un droit fondamental en 2009, et la Cour constitutionnelle du Costa Rica a pris une décision similaire en 2010.¹⁶⁴ La Finlande a adopté un décret en 2009 indiquant que chaque connexion Internet doit disposer d'une vitesse d'au moins un mégabit par seconde (niveau haut débit).¹⁶⁵ Selon un (sondage de la) BBC en Mars 2010, 79% des personnes interrogées dans 26 pays estiment que l'accès à Internet est un droit humain fondamental.¹⁶⁶
170. Même s'il n'existe pas de dispositions constitutionnelles expresses protégeant la liberté d'expression et la liberté de l'information sur Internet, il y a un certain nombre de développements juridiques en faveur de la reconnaissance de l'accès à Internet en tant que droit fondamental. Vraisemblablement, l'accès à Internet sera protégé dans les constitutions futures comme un droit humain. Compte tenu de l'insuffisance en matière de protection de la liberté d'expression et des restrictions imposées à la liberté de parole sur Internet en Tunisie ces dernières années, il serait tout à fait approprié et justifiable pour les rédacteurs de la Constitution tunisienne d'inclure l'exercice du droit à la liberté d'expression et la liberté de l'information par le biais d'Internet comme un droit protégé par la Constitution.

Recommandations:

- **La nouvelle Constitution tunisienne devrait préciser que toutes les formes d'expression et les moyens de leur diffusion, y compris l'expression à travers les TIC. - ou les systèmes de diffusion de l'information qu'ils soient électroniques sur internet ou autres,- sont protégées par le droit à la liberté d'expression.**
- **Elle devra également stipuler que les restrictions en matière de TIC, y compris en ce qui concerne la responsabilité des fournisseurs de services Internet, doivent satisfaire aux exigences des restrictions autorisées à la liberté d'expression, telle qu' indiquées ci-dessus.**

¹⁶³ "Internet comme un droit humain: C'est l'Estonie !" 4 décembre 2010; disponible au <http://www.lithuaniatribune.com/2010/04/12/internet-as-human-right-this-is-estonia/>

¹⁶⁴ Décision 2009-580, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur l'Internet.

¹⁶⁵ "732/2009, Décret du Ministère des Transports et des Communications sur le taux minimum d'un accès fonctionnel à Internet comme un service universel," (original: Liikenne- ja viestintäministeriön asetus tarkoituksenmukaisen internet-yhteyden vähimmäisnopeudesta yleispalvelussa), FINLEX, 22 octobre 2009. Disponible sur: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2009/en20090732>.

¹⁶⁶ "Four in five regard Internet access as a fundamental right: global poll," BBC News, 8 mars 2010. Disponible sur : http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/08_03_10_BBC_internet_poll.pdf.

La place de la religion dans la Constitution

171. Si la liberté de manifester sa religion est individuellement protégée par le PIDCP,¹⁶⁷ il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un aspect de la liberté d'expression. A ce titre, il semble opportun d'apporter quelques précisions quant à la place de la religion dans la Constitution au regard du droit international. En outre, les débats qui ont eu lieu lors du séminaire de réflexion organisé par ARTICLE 19 et les organisations Alpha Steppa, Moulahedh et la ligue de développement de Kasserine à Sbeitla en février 2012 ont clairement fait apparaître l'importance de ce sujet.

1. La protection de la liberté de religion dans la Constitution ne prête pas à controverse en tant que telle

(a) La liberté de religion est généralement protégée par une disposition spécifique dans la Constitution

172. D'emblée, il convient de noter que la liberté de religion est protégée aussi bien par des dispositions spécifiques du droit international des droits humains, que dans les constitutions de nombreux pays de par le monde. En d'autres termes, la protection de la liberté de religion par la Constitution Tunisienne ne prête pas à controverse en tant que telle.

173. Ainsi l'article 18 du PIDCP est libellé comme suit :

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

174. De la même manière, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme précise que :

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.

¹⁶⁷ Article 18 du PIDCP.

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.

175. Pour sa part, l'article 12 de la Convention américaine des droits de l'Homme dispose que :

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.

176. Enfin, il est à noter que l'Article 8 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples protège la liberté de religion dans les termes suivants :

La liberté de conscience, la profession et la pratique libre de la religion, sont garanties. Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés.

177. Sans être exhaustif, on peut également noter les exemples suivants tirés du droit constitutionnel comparé :

Constitution du Mali (1992)

Article 4 : Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion, de culte, d'opinion, d'expression et de création dans le respect de la loi.

Constitution sénégalaise

Article 24

La liberté de conscience, les libertés et les pratiques religieuses ou cultuelles, la profession d'éducateur religieux sont garanties à tous sous réserve de l'ordre public.

Les institutions et les communautés religieuses ont le droit de se développer sans entrave. Elles sont dégagées de la tutelle de l'Etat. Elles règlent et administrent leurs affaires d'une manière autonome

178. Il semble également pertinent de noter que la liberté de religion est protégée, même dans les Etats de tradition fortement séculaire tels que la France ou la Turquie :

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

Article X

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.

Constitution turque

ARTICLE 24 : Chacun possède la liberté de conscience, de croyance et de conviction religieuses.

Les prières et les rites et cérémonies religieux sont libres à condition de ne pas être contraires aux dispositions de l'article 14.

Nul ne peut être astreint à prendre part à des prières ou à des rites et cérémonies religieux, ni à divulguer ses croyances et ses convictions religieuses et nul ne peut être blâmé ni incriminé en raison de ses croyances ou convictions religieuses.

L'éducation et l'enseignement religieux et éthique sont dispensés sous la surveillance et le contrôle de l'Etat. L'enseignement de la culture religieuse et de la morale figure parmi les cours obligatoires dispensés dans les établissements scolaires du primaire et du secondaire. En dehors de ces cas, l'éducation et l'enseignement religieux sont subordonnés à la volonté propre de chacun et, en ce qui concerne les mineurs, à celle de leurs représentants légaux.

Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, exploiter la religion, les sentiments religieux ou les choses considérées comme sacrées par la religion, ni en abuser dans le but de faire reposer, fût-ce partiellement, l'ordre social, économique, politique ou juridique de l'Etat sur des préceptes religieux ou de s'assurer un intérêt ou une influence politiques ou personnels.

179. Enfin, si la liberté de religion est spécifiquement protégée, il ne faut toutefois pas manquer de souligner que les dispositions spécifiques, telles que celles mentionnées ci-dessus, ne font pas directement référence à Dieu ou à une religion particulière, ce qui, du point de vue d'ARTICLE 19, constitue le meilleur moyen de protéger la liberté de religion de chacun, et en particulier celle des minorités religieuses.

(b) La religion est mentionnée de manière symbolique dans le Préambule de nombreuses constitutions

180. Outre les dispositions spécifiques de protection de la liberté de religion, le préambule de nombreuses constitutions fait référence à l'identité ou traditions culturelles et religieuses du pays, voire à Dieu, de manière symbolique.
181. Ainsi, le préambule de la Constitution slovaque mentionne « *l'héritage spirituel de Cyril et Méthode* », deux saints ayant apporté le christianisme dans le pays.
182. Pour sa part, le préambule du projet de Constitution de l'Union européenne commence de la manière suivante :

S'INSPIRANT des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit;

183. Dans de nombreux pays, les références à Dieu dans le préambule sont accompagnées de références à d'autres valeurs universelles ou démocratiques, voire même aux traités internationaux des droits humains.
184. Ainsi, en Pologne, où la tradition religieuse catholique est très forte, le Préambule de la Constitution se réfère aux citoyens de la République, comme incluant aussi bien « *ceux qui croient en Dieu en tant que source de vérité, justice, bonté et beauté* », que « *ceux qui ne partagent pas cette croyance mais respectent les mêmes valeurs universelles provenant d'autres sources* ». Le préambule continue en mentionnant la responsabilité du peuple polonais « *devant Dieu ou devant notre propre conscience* ». ¹⁶⁸
185. En Suisse, le Préambule de la Constitution commence par « *Au nom de Dieu Tout-Puissant* », référence qui est immédiatement suivie par une déclaration de l'engagement du peuple et des cantons suisses à renouveler leur alliance « *pour renforcer la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde* ».
186. De la même manière, le préambule de la Constitution du Libéria exprime sa gratitude envers Dieu, mais souligne à la fois que le peuple libérien forme un corps politique commun, « *indépendamment de l'histoire, de la tradition, des croyances, ou des origines ethniques* » de chacun ». En outre, le préambule exprime clairement que le gouvernement libérien est établi en vue de promouvoir « *l'unité, la liberté, la paix, la stabilité, l'égalité, la justice et les droits humains dans un Etat de droit, avec des opportunités pour l'avancement politique, social, moral, spirituel et culturel de la société libérienne et de chacun* ». ¹⁶⁹
187. Le préambule de la Constitution brésilienne est rédigé dans le même esprit. Le peuple brésilien est placé sous la protection de Dieu, mais l'Etat démocratique brésilien est instauré afin de garantir « *l'exercice des droits sociaux et individuels ainsi que la liberté, la sécurité, le développement, l'égalité et la justice, en tant que valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés* ». ¹⁷⁰
188. Aux Etats-Unis, les préambules des constitutions de plusieurs Etats américains, comme l'Alabama (1901) ou le Michigan (1908) contiennent une référence à Dieu. Cependant, la Constitution des Etats-Unis comprend une très forte protection de la liberté d'expression sous la forme du 1^{er} amendement à la Constitution, lequel interdit expressément au Congrès d'adopter des lois portant création d'une religion d'Etat aux Etats-Unis.
189. Enfin, il convient de noter que, dans certains pays, comme l'Afghanistan, le préambule de la Constitution fait mention de l'Islam, mais également des traités internationaux des droits humains. Ainsi, le préambule de la Constitution afghane proclame aussi bien la « *foi du peuple afghan en Dieu tout-puissant et sa croyance en la religion sacrée de l'Islam* » que son « *observance de la Charte des Nations unies et son respect de la Déclaration universelle des droits de l'Homme* ». ¹⁷¹

(c) Certaines constitutions reconnaissent une religion d'Etat

¹⁶⁸ Traduction libre.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

190. Certains pays ne se bornent pas à mentionner la religion dans le préambule de la Constitution mais instaurent une religion d'Etat. Cela était notamment le cas de l'ancienne Constitution tunisienne de 1959.

191. D'emblée, il convient de relever que le droit international n'interdit pas les religions d'Etat en tant que telles. En effet, il serait difficile d'ignorer que de nombreux Etats ayant une longue tradition démocratique, tels la Norvège ou le Royaume-Uni, ont une religion d'Etat.

192. C'est notamment pour cette raison que la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré dans l'affaire *Lautsi c. Italie* (no. 30814/06, 18 mars 2011) que la place donnée à une tradition religieuse dans un pays relevait de la marge d'appréciation des Etats :

68. Selon la Cour, la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La Cour se doit d'ailleurs de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique. Elle souligne toutefois que l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un Etat contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles.

193. L'affaire en question concernait la présence de symbole religieux, en l'occurrence un crucifix, dans les salles de classe des écoles publiques italiennes. La Cour a conclu que :

69. La Cour se doit donc en principe de respecter les choix des Etats contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion, dans la mesure toutefois où ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement (*ibidem*).

194. Néanmoins, les plus hautes instances internationales, y compris la Cour européenne, n'ont pas manqué de souligner que le fait d'adopter une religion officielle, ou de donner une place particulière à une tradition religieuse, ne saurait acquitter les Etats de leur obligation de respecter les autres droits et libertés protégés en vertu du droit international.

195. En particulier, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction a émis de fortes réserves à l'encontre des religions d'Etat. Il s'est exprimé en ces termes :¹⁷²

64. Le Rapporteur spécial tient à réaffirmer dans ce contexte que, si la notion de religion d'Etat n'est pas interdite en soi par le droit international des droits de l'Homme, les États doivent veiller à ce qu'un tel concept n'entraîne pas une discrimination de jure ou de facto à l'égard des membres d'autres religions ou convictions. La charge de la preuve incombe à cet égard à l'État. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial souscrit pleinement à la position exprimée par le Comité des droits de l'Homme au paragraphe 9 de son Observation générale n° 22 dans lequel il souligne que «le fait qu'une religion est reconnue en tant que religion d'État ou qu'elle est établie en tant que religion officielle ou traditionnelle, ou que ses adeptes représentent la majorité de la population, ne doit porter en rien atteinte à la jouissance de l'un quelconque des droits garantis par le Pacte, notamment les articles 18 et 27, ni entraîner une discrimination quelconque contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants. En particulier certaines mesures de caractère discriminatoire pour ces derniers, par exemple des mesures restreignant l'accès au service de l'État aux membres

¹⁷² Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, A/HRC/19/60, 22 décembre 2011

de la religion prédominante, leur accordant des privilèges économiques ou imposant des restrictions spéciales à la pratique d'autres religions, ne sont pas conformes à l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou la conviction ni à la garantie d'une protection égale énoncées à l'article 26.

65. Le Rapporteur spécial voudrait aussi réitérer ses mises en garde contre le risque d'aggravation des discriminations résultant de l'adoption d'une religion d'État. Si la simple existence d'une religion d'État n'est peut-être pas en soi incompatible avec les droits de l'Homme, ce concept ne doit pas être exploité au détriment des droits des minorités ni conduire à une discrimination fondée sur des motifs liés à la religion ou la conviction. Les distinctions formelles ou juridiques entre différents types de communautés religieuses ou de conviction portent les germes de la discrimination, dans la mesure où de telles distinctions sur le plan du statut se traduisent par une différenciation au niveau des droits ou du traitement.

66. Il semble certes difficile, sinon impossible, d'envisager l'application d'un concept de « religion d'État » officielle qui, dans la pratique, n'entraînerait pas d'effets préjudiciables pour les minorités religieuses et, partant, une discrimination à l'égard de leurs membres. Comme Abdelfattah Amor, l'un des précédents titulaires de mandat, l'a souligné à juste titre dans ce contexte, « dans la mesure où tout dépend, en définitive, du bon vouloir de l'État, de la personnalité des gouvernants successifs en son sein, ainsi que d'autres facteurs imprévisibles ou subjectifs, il n'y a juridiquement aucune garantie sérieuse pour que l'État en question respecte en tout temps les droits des minorités ethnoreligieuses ». Lorsque c'est l'État lui-même qui affiche sa religion dans sa Loi fondamentale, le droit ne reflète plus la variété ethnique et religieuse de la société et les portes de l'arbitraire et de l'intolérance sont bien entrouvertes. De plus, si une religion est reconnue comme religion d'État, les femmes appartenant à des minorités religieuses ou celles qui n'appartiennent pas à la religion officielle ou d'État peuvent être victimes d'une discrimination aggravée, par exemple lorsque l'État ou la société entend imposer sa conception des femmes. S'agissant tant des religions d'État que d'autres communautés religieuses ou confessionnelles, l'État ne doit jamais prendre en tutelle la religion pour en définir le contenu, les concepts ou les limites, en dehors de celles qui sont strictement nécessaires et qui sont prévues par le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

196. ARTICLE 19 a cru comprendre lors du séminaire de réflexion tenu à Sbeïtla que les rédacteurs de la Constitution tunisienne avaient l'intention de reprendre l'article 1^{er} de l'ancienne Constitution tunisienne de 1959, lequel reconnaissait l'Islam comme la religion officielle du pays. Toutefois, à la lumière des réserves émises par le Rapporteur spécial des Nations unies à ce sujet, ARTICLE 19 ne peut que recommander la plus grande prudence quant à la reconnaissance d'une religion d'Etat dans la Constitution.
197. En outre, ARTICLE 19 rappelle que l'adoption d'une nouvelle Constitution est généralement censée marquer une rupture avec le passé et signifier un nouveau départ pour le pays. Par conséquent, il paraît pour le moins étrange, d'un point de vue symbolique, de reprendre l'article 1^{er} de l'ancienne Constitution tunisienne et de lui redonner la même place dans la nouvelle Constitution.
198. Enfin, il est à noter que, même dans les pays de religion majoritairement musulmane qui reconnaissent une religion d'Etat, l'Islam n'est pas forcément mentionné dans la Constitution. Cela est notamment le cas de l'Indonésie, dont l'article 29 de la Constitution prévoit que l'Etat repose sur la croyance en « *un seul et unique Dieu* », sans autre référence à l'Islam ou à la Charia.

2. La liberté de religion demeure limitée

199. Si la liberté de religion est protégée aussi bien par le droit international que par un grand nombre de constitutions, il n'en demeure pas moins qu'elle est également soumise à certaines limites. Ainsi, l'article 18 alinéa 3 du PIDCP précise que :

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

200. En outre, ARTICLE combat depuis longtemps les lois pénalisant les propos blasphématoires, comme étant injustifiées dans une société démocratique et parce que très souvent utilisées contre les minorités religieuses. Cette position est notamment soutenue par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui a déclaré dans sa Recommandation 1805 (2007) sur le blasphème, insultes à caractère religieux et discours de haine contre des personnes au motif de leur religion, que :¹⁷³

4. En ce qui concerne le blasphème, les insultes à caractère religieux et les discours de haine contre des personnes au motif de leur religion, il incombe à l'Etat de déterminer ce qui est à considérer comme infraction pénale dans les limites imposées par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. **A cet égard, l'Assemblée considère que le blasphème, en tant qu'insulte à une religion, ne devrait pas être érigé en infraction pénale. Il convient, en effet, de distinguer les questions relevant de la conscience morale et celles relevant de la légalité, celles relevant de la sphère publique de celles relevant de la sphère privée.** Même si, de nos jours, les poursuites à ce titre sont rares dans les Etats membres, elles sont encore légion dans d'autres pays du monde.

5. L'Assemblée se félicite du rapport préliminaire sur la question, adopté les 16 et 17 mars 2007 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), et estime, comme cette dernière, que **dans une société démocratique les groupes religieux doivent, tout comme les autres groupes, tolérer les critiques dans les déclarations publiques et les débats relatifs à leurs activités, à leurs enseignements et à leurs croyances, à condition que ces critiques ne constituent pas des insultes délibérées et gratuites ou des discours de haine, ni une incitation à la perturbation de l'ordre public ou à la violence et à la discrimination à l'encontre des personnes adhérant à une religion donnée.** Il faut tenir des débats publics, dialoguer et améliorer l'aptitude à communiquer des groupes religieux et des médias, pour atténuer les susceptibilités lorsqu'elles sont exacerbées.

201. Ceci nous amène à notre dernier point quant à la place de la « loi religieuse » dans la Constitution, et plus particulièrement celle de la Charia. Selon ARTICLE 19, la mention de la Charia (ou loi islamique) dans la Constitution tunisienne est hautement indésirable. En effet, la Charia, en tant que normes et régulations propres à une certaine interprétation de l'Islam, est difficilement compatible avec le droit international et plus généralement les exigences d'une société démocratique, particulièrement celle issue d'une révolution.

202. Cela a été formellement reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* ([GC], n^{os} 41340/98,

¹⁷³ Le texte entier de la Recommandation est disponible à : <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/frec1805.htm>

41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 123, CEDH 2003-I concernant la dissolution d'un parti politique dont l'action semblait tendre à l'instauration de la charia. La Cour européenne s'est exprimée en ces termes :

123. Or la Cour partage l'analyse effectuée par la chambre quant à l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention :

« 72. A l'instar de la Cour constitutionnelle, la Cour reconnaît que la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La Cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la charia sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'Homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses. (...) Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la **charia** dans un Etat partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention. »

203. Cet arrêt est d'autant plus remarquable que la Cour européenne des droits de l'Homme accorde généralement une large marge d'appréciation aux Etats dans les affaires concernant les lois sur le blasphème ou la place de la religion au sein de l'Etat (voir *Lautsi*, précité). En outre, cela n'exclut pas la défense de la charia, ou son enseignement, dans la mesure où il n'est pas fait appel à la violence pour l'établir (voir notamment l'affaire *Günduz c. Turquie*, no. 35071/97, 4 décembre 2003).
204. En tout état de cause, ARTICLE 19 note avec approbation que les rédacteurs de la Constitution tunisienne ne semblent pas disposés à inclure la charia dans la Constitution tunisienne, du moins si l'on en croit les débats qui ont eu lieu à Sbeïtla lors du séminaire de réflexion sur la Constitution.
205. Si les constituants souhaitaient toutefois inclure une référence à la religion musulmane, nous les renvoyons au préambule de la Constitution afghane mentionné ci-dessus comme modèle possible pour la Constitution tunisienne (paragraphe 189).

Recommandations ;

- **La liberté de religion doit être garantie pour tous conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.**
- **La nouvelle Constitution peut faire référence aux traditions culturelles et religieuses du pays comme on peut le retrouver dans bon nombre de constitutions. Afin de s'inspirer des meilleures pratiques de par le monde et de répondre aux aspirations démocratiques de la révolution, ces références culturelles et/ou religieuses doivent être limitées au Préambule de la Constitution, et ne doivent pas faire mention de loi religieuse (la Charia). Aux vues des recommandations récentes du rapporteur spécial de l'ONU sur la religion, nous ne recommandons pas non plus l'inclusion d'une religion d'état dans la Constitution.**

- **Enfin, toute référence dans le préambule aux valeurs culturelles ou religieuses du pays doit être accompagnée d'autres références aux valeurs universelles des droits humains et aux principes fondamentaux de la démocratie.**

Mise en œuvre des droits

D'emblée, il convient de distinguer d'une part, la mise en œuvre des droits garantis par la Constitution, et d'autre part, celle des droits protégés en vertu du droit international.

Mise en œuvre des droits garantis par la Constitution

206. La mise en œuvre des droits garantis par la Constitution par le biais de l'existence de recours effectifs est absolument essentielle à la pleine réalisation des droits. Sans cette mise en œuvre, toute déclaration, charte ou autre chapitre dédié aux droits et libertés fondamentales seraient lettre morte. Les développements qui suivent présentent différents modèles qui nous paraissent les plus appropriés dans le contexte tunisien, eu égard à sa tradition juridique largement civiliste. En particulier, les exemples français, allemand et espagnol sont examinés de manière détaillée, notamment les types de recours constitutionnels prévus dans la Constitution de ces pays et la composition des organes compétents pour l'interprétation de la Constitution. Bien que de tradition différente, ARTICLE 19 a également inclus, dans un souci d'exhaustivité, quelques références aux modèles relevant de la *common law*.

1. Le modèle français

(a) Les différents types de recours

207. La mise en œuvre des droits et libertés suppose un organe compétent pour interpréter la Constitution. En France, il s'agit du Conseil constitutionnel. La composition et les compétences du Conseil sont définies dans la Constitution (Titre VII, articles 56 à 63).

208. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil est double. D'une part, il peut s'exercer par « voie d'action », et d'autre part, par « voie d'exception ».

- Contrôle de constitutionnalité par voie d'action

209. Le contrôle de constitutionnalité par voie d'action est un contrôle abstrait de la loi, après le vote par le Parlement mais avant sa promulgation. L'effet de ce contrôle est *erga omnes*, c'est-à-dire que la loi jugée inconstitutionnelle est annulée.

210. Ce contrôle est limité dans la mesure où il est facultatif sauf pour les lois organiques. En outre, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, ou encore 60 députés ou 60 sénateurs. Les individus ou personnes morales ne peuvent donc saisir, ni directement ni indirectement, le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Voir article 61 de la Constitution française, disponible à : http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_7.

211. Lorsque le contrôle de constitutionnalité est exercé par voie d'action, le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai d'un mois, voire une semaine en cas d'urgence et à la demande du Gouvernement.¹⁷⁵
- La question prioritaire de constitutionnalité
212. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure relativement récente permettant à tout justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition d'une loi promulguée à l'occasion d'un procès devant une juridiction administrative ou judiciaire. En d'autres termes, la QPC permet un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie d'exception.
213. La QPC est strictement encadrée.¹⁷⁶ D'une part, seules les parties à un procès peuvent soulever cette exception d'inconstitutionnalité. Le juge n'est donc pas habilité à soulever la constitutionnalité d'une disposition législative d'office. D'autre part, seules les dispositions législatives peuvent être contestées et non les actes administratifs, tels les décrets ou les arrêtés dont le contrôle relève du Conseil d'Etat.
214. En outre, la QPC est soumise à un double filtrage : d'abord, celui du juge d'instance judiciaire ou administratif, et ensuite celui de la Cour de Cassation ou du Conseil d'Etat suivant la nature de la juridiction devant laquelle la question a été posée.
215. Le juge devant lequel le procès se déroule, puis la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat suivant la procédure, vérifient que les conditions de saisine du Conseil constitutionnel ont été remplies, à savoir : (1) la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; (2) la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; (3) la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.
216. Seuls la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat peuvent décider de renvoyer la QPC devant le Conseil constitutionnel.¹⁷⁷ Le refus, par les juridictions suprêmes, de saisir le Conseil constitutionnel ne peut faire l'objet d'aucun recours. En revanche, quand la juridiction du fond refuse de transmettre une QPC, cette décision ne peut être contestée que lors d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.
217. Une fois la QPC transmise, la juridiction doit suspendre la procédure dans l'attente de la décision des juridictions suprêmes puis, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a trois mois, à compter du jour où il a été saisi, pour rendre sa décision. Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée conforme à la Constitution, la juridiction doit l'appliquer. Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée contraire à la Constitution, cette décision a deux conséquences : (1) l'application de la disposition est écartée dans le procès concerné ; et (2) la disposition est abrogée, soit immédiatement, soit à compter d'une date ultérieure fixée par le Conseil lui-même. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours.

¹⁷⁵ Article 61 de la Constitution française.

¹⁷⁶ Si ce recours par voie d'exception est prévu par l'article 61-1 de la Constitution, les détails de sa mise en œuvre sont élaborés dans la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution qui a modifié l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et par le décret n° 148 du 16 février 2010

¹⁷⁷ Voir article 61-1 de la Constitution.

218. En conclusion, le contrôle de constitutionnalité français est relativement restreint. En particulier, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour connaître des recours individuels. A cet égard, et comme nous le verrons par la suite, les modèles allemand et espagnol semblent mieux à même d'assurer une protection efficace des droits et libertés. Toutefois, le système juridique tunisien étant largement modelé sur le système français, le modèle constitutionnel français ne manque pas de pertinence. En outre, si la QPC n'est pas parfaite, elle constitue néanmoins une nette amélioration du système antérieur, qui était limité au contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'action.

(b) Composition du Conseil constitutionnel

219. Le Conseil constitutionnel est composé de la manière suivante : ¹⁷⁸

Le Conseil constitutionnel est composé de 9 membres. Il se renouvelle par tiers tous les trois ans. Les membres sont désignés respectivement par le Président de la République et le président de chacune des assemblées du Parlement (Sénat et Assemblée nationale). Les anciens Présidents de la République font, de droit, partie à vie du Conseil constitutionnel quand ils n'occupent pas de fonction incompatible avec le mandat de membre du Conseil, cas dans lequel ils ne peuvent pas siéger.

Le président du Conseil constitutionnel est désigné par le Président de la République parmi les membres.

Le mandat des conseillers est de neuf ans ; il n'est pas renouvelable. Toutefois, en cas de nomination en remplacement d'un membre empêché de finir son mandat, le mandat du remplaçant peut être prolongé de la durée d'un mandat complet si, à l'expiration du mandat du conseiller remplacé, le remplaçant n'a pas occupé cette fonction pendant plus de trois ans.

Les conseillers nommés prêtent serment devant le Président de la République.

Aucune qualification d'âge ou de profession n'est requise pour devenir membre du Conseil constitutionnel. La fonction de conseiller est incompatible avec celles de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental ainsi qu'avec tout mandat électoral. Les membres sont en outre soumis aux mêmes incompatibilités professionnelles que les parlementaires. Pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil ne peuvent être nommés à un emploi public ni recevoir de promotion au choix s'ils sont fonctionnaires.

Les membres du Conseil constitutionnel peuvent choisir de cesser leurs fonctions. Ils peuvent aussi être déclarés démissionnaires d'office en cas d'incompatibilité ou d'incapacité physique permanente constatée par le Conseil constitutionnel.

220. Les modalités de nomination des membres du Conseil constitutionnel permettent donc difficilement de considérer ce dernier comme une juridiction à part entière. On pense davantage à un organe politique. Par conséquent, ARTICLE 19 invite les rédacteurs de la Constitution tunisienne à résister à la tentation de ressusciter l'ancien Conseil constitutionnel tunisien, qui était largement calqué sur le modèle français.

221. En effet, même si la jurisprudence du Conseil constitutionnel français témoigne de son indépendance face aux pressions politiques, l'expérience tunisienne a montré que son équivalent local n'a pas su sauvegarder les droits et libertés du pays. ARTICLE

¹⁷⁸

Voir

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>

recommande plutôt la mise en œuvre d'une véritable cour constitutionnelle suivant les modèles allemand ou espagnol présentés ci-dessous.

2. Le modèle allemand

(a) Les différents types de recours

222. La Loi fondamentale allemande prévoit trois types de recours constitutionnels. Deux d'entre eux, la « *Verfassungsbeschwerde* » ou « recours constitutionnel » et la « *konkrete Normenkontrolle* » ou « contrôle concret de normes », permettent aux individus de faire valoir une atteinte à leurs droits fondamentaux devant le Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*). Le troisième permet un contrôle abstrait de la conformité de la loi à la Loi fondamentale.

- Le recours constitutionnel

223. Le recours constitutionnel permet à quiconque de contester un acte de la puissance publique, dont il estime qu'elle porte atteinte à ses droits fondamentaux. L'acte attaqué peut prendre différentes formes : il peut s'agir aussi bien d'un acte du pouvoir exécutif, que d'une disposition législative ou d'une décision du pouvoir judiciaire. Les actes de personnes privées sont également susceptibles de faire l'objet d'un recours constitutionnel, si ces personnes exercent des fonctions de puissance publique, notamment par voie de délégation.

224. Le Tribunal constitutionnel fédéral est seul compétent pour examiner la recevabilité du recours. Une requête est irrecevable si la décision attaquée est susceptible d'appel. En outre, pour être recevable, le recours doit remplir une des conditions suivantes : il soulève une question constitutionnelle d'importance fondamentale ; l'atteinte alléguée aux droits fondamentaux est particulièrement grave ; ou le requérant subirait un préjudice particulièrement grave en l'absence d'une décision du Tribunal.¹⁷⁹

225. Le recours constitutionnel allemand présente donc des avantages certains sur l'exception d'inconstitutionnalité française (ou QPC), notamment en ce que le recours constitutionnel peut être introduit par tout individu directement auprès du Tribunal constitutionnel fédéral, sans filtrage par d'autres juridictions.

- Le contrôle concret des normes

226. En droit allemand, le recours correspondant à l'exception d'inconstitutionnalité française est le contrôle concret des normes. La Loi fondamentale prévoit qu'un tribunal peut saisir le Tribunal constitutionnel fédéral lors d'un litige pendant, s'il estime qu'une loi ou disposition législative applicable au litige est inconstitutionnelle.

227. Toutefois, à la différence de la QPC, tout tribunal peut saisir le Tribunal constitutionnel fédéral, sans qu'il soit question de filtrage par les tribunaux suprêmes. En outre, la saisine du Tribunal constitutionnel fédéral est indépendante d'une demande correspondante d'une des parties au litige. En d'autres termes, le juge peut saisir le Tribunal constitutionnel fédéral et soulever la question de l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative *ex officio*.

¹⁷⁹ Pour davantage de détails, voir <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/le-recours-constitutionnel-en-droit-allemand.52367.html>

228. Si le Tribunal constitutionnel fédéral conclut à l'inconstitutionnalité de la loi ou de la disposition législative, il la déclare nulle et non avenue ou incompatible avec la Loi fondamentale. Seul le Tribunal constitutionnel fédéral est compétent pour déclarer l'annulation d'une loi.

- Le contrôle de constitutionnalité abstrait

229. Enfin, il convient de noter que, outre le contrôle concret de normes, le Gouvernement fédéral, le gouvernement d'un *Land* ou un quart des membres du Parlement (*Bundestag*) peuvent saisir le Tribunal constitutionnel fédéral d'une demande de contrôle de la conformité d'une loi à la Loi fondamentale (contrôle de constitutionnalité abstrait). Ce type de contrôle s'apparente donc au système français de contrôle de constitutionnalité abstrait par voie d'action, du moins en ce qui concerne la saisine du Conseil constitutionnel.

(b) La composition du Tribunal constitutionnel fédéral

230. Contrairement au Conseil constitutionnel français, le Tribunal constitutionnel fédéral a un véritable rôle juridictionnel. Il est composé de seize juges, nommés pour un mandat non-renouvelable de douze ans. Huit d'entre eux sont élus par le *Bundestag* et le reste par le *Bundesrat*, selon des procédures différentes dans les deux cas. En principe, les personnes choisies pour exercer la fonction de juge du Tribunal fédéral sont des juristes confirmés. De plus, six d'entre eux sont recrutés parmi les juges appartenant à une des cinq cours fédérales.

231. Aux vues de ce qui précède, ARTICLE 19 considère que les recours constitutionnels ouverts aux individus en droit allemand, ainsi que la composition du Tribunal constitutionnel fédéral, sont particulièrement aptes à garantir une protection efficace des droits et libertés fondamentaux. Nous invitons donc les rédacteurs de la Constitution tunisienne à y prêter la plus grande attention.

3. Le modèle espagnol

(a) Les différents types de recours

232. En Espagne, le Tribunal constitutionnel est compétent pour connaître de trois types de recours constitutionnels : (1) le recours d'*amparo* ; (2) la question d'inconstitutionnalité ; et (3) le recours d'inconstitutionnalité.

- Le recours d'*amparo* (recours en protection des droits fondamentaux)

233. Le recours individuel d'*amparo* est le plus important mécanisme de protection des droits fondamentaux dans le système espagnol. Selon l'article 53.2 de la Constitution, tout citoyen peut demander la protection des libertés et des droits fondamentaux reconnus dans la section dédiée à cet effet dans la Constitution devant les tribunaux ordinaires. Ce type de demande se fait par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel d'*amparo* devant le Tribunal Constitutionnel. Ce recours est notamment applicable à l'action des pouvoirs publics.

234. La Constitution précise en outre que le recours individuel d'*amparo* est ouvert à toute personne naturelle ou juridique invoquant un intérêt légitime, ainsi qu'au Défenseur du Peuple et au ministère public.¹⁸⁰
235. Le reste de la procédure est définie dans la loi organique n°02/79 relative au Tribunal constitutionnel.
236. En principe, seuls les actes ou décisions émanant des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire sont susceptibles d'être attaqués.¹⁸¹ En d'autres termes, les normes générales à caractère réglementaire ou de valeur législative sont normalement exclues, ainsi que les actes émanant des personnes privées. Cela étant, le champ d'application de ce recours a été étendu en pratique. En règle générale, les individus utilisent la voie de l'*amparo* pour se plaindre de la violation d'un droit fondamental, même lorsque celle-ci découle de l'application d'une loi générale au cas concret.
237. Pour être recevable, la décision ou l'acte attaqué dans le recours ne doit pas être susceptible d'appel. Par ailleurs, le recours doit être introduit dans un délai qui varie de 20 ou 30 jours en fonction du type d'acte attaqué. En principe, le délai court à partir de la notification de la décision en dernier ressort des tribunaux compétents.¹⁸² Un certain nombre de conditions de forme et de fond doivent également être remplies.¹⁸³ Il suffit de noter que la requête doit démontrer l'importance constitutionnelle spéciale du recours.
238. Enfin, le Tribunal constitutionnel statue sur une affaire par arrêt d'octroi ou de refus de protection.¹⁸⁴ L'arrêt d'octroi de l'*amparo* contient un ou plusieurs des prononcés suivantes: a) déclaration de nullité de la décision, acte ou résolution ayant empêché le plein exercice des droits ou libertés protégés, en déterminant, le cas échéant, l'étendue de ses effets ; b) reconnaissance du droit ou liberté publique, conformément à son contenu déclaré constitutionnellement; c) rétablissement du pétitionnaire dans l'intégrité de son droit ou de sa liberté et adoption, le cas échéant, des mesures propres à son maintien.¹⁸⁵
- La question d'inconstitutionnalité
239. Outre le recours de protection ou *amparo*, l'article 35 de la loi organique 02/1979 sur le Tribunal constitutionnel prévoit un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois : « la question d'inconstitutionnalité ». Lorsqu'un juge ou tribunal, soit d'office, soit à la demande d'une partie, considère qu'une disposition législative applicable en la matière est susceptible d'être contraire à la Constitution, alors même que sa validité est décisive pour le litige en question, il renvoie la question au Tribunal constitutionnel.
240. Il est important de noter qu'en tout état de cause, il appartient au juge, et au juge seul, de décider de renvoyer la question au Tribunal constitutionnel s'il considère que la loi

¹⁸⁰ Article 162 (1)(b) de la Constitution : <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/constitucion/Pages/ConstitucionFrances.aspx#F24>.

¹⁸¹ Voir articles 41 à 44 de la loi organique sur no. 2/79 relative au Tribunal constitutionnel telle qu'amendée, disponible à : <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOTC-fr.pdf>

¹⁸² Voir les articles 43 et 44 de loi organique précitée.

¹⁸³ Voir article 49 de la loi organique.

¹⁸⁴ Article 53 de la loi organique précitée.

¹⁸⁵ Article 55 de la loi organique.

mise en cause est susceptible d'être contraire à la Constitution. Le fait de ne pas renvoyer la question au Tribunal constitutionnel n'enfreint pas, en principe, le droit à la protection juridictionnelle garanti par l'article 24 de la Constitution.

241. Ce recours est toutefois moins restrictif que la QCP française en ce qu'il n'est pas soumis à un double filtrage, notamment par les juridictions suprêmes. Il se rapproche donc davantage du contrôle concret de norme allemand.

242. En outre, contrairement au recours d'*amparo*, la question d'inconstitutionnalité peut porter sur la compatibilité de la loi avec toute les dispositions de la Constitution, et non pas seulement celles faisant partie du noyau dur des droits fondamentaux.

243. Quant à la procédure devant le Tribunal constitutionnel, il est intéressant de relever que les parties ont le droit de prendre part à la procédure devant le Tribunal constitutionnel à partir du moment où la question d'inconstitutionnalité a été jugée recevable.¹⁸⁶

244. Lorsque le Tribunal déclare la nullité de la loi inconstitutionnelle, l'arrêt prononcé à un effet *erga omnes*, ne se limitant donc pas au litige concret en question.¹⁸⁷

245. Les arrêts du Tribunal constitutionnel revêtent également l'autorité de la chose interprétée, en ce qu'ils lient les juges et tribunaux.¹⁸⁸ Par ailleurs, le Tribunal constitutionnel prononce souvent des arrêts interprétatifs, où il ne déclare pas l'inconstitutionnalité de la loi en cause mais fixe l'interprétation conforme à la Constitution. Cette interprétation s'impose aux juges et tribunaux.

- Le recours d'inconstitutionnalité

246. Le recours d'inconstitutionnalité espagnol permet un contrôle de constitutionnalité abstrait des lois par voie d'action. L'article 162 de la Constitution précise que ce recours est ouvert aux personnes suivantes : le Président du Gouvernement, le Défenseur du Peuple, cinquante députés, cinquante sénateurs, les organes collégiaux exécutifs des Communautés autonomes et, le cas échéant, les assemblées de ces Communautés.

247. Comme pour les recours constitutionnels précédents, la procédure est définie dans la loi organique relative au Tribunal constitutionnel.¹⁸⁹ Il est intéressant de noter que, contrairement au contrôle de constitutionnalité abstrait français par voie d'action, le recours d'inconstitutionnalité espagnol a lieu a posteriori, c'est-à-dire après publication de la loi au journal officiel.

248. Quant aux arrêts du Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité, le Tribunal constitutionnel peut déclarer l'inconstitutionnalité de la loi ou de la disposition législative contestée. L'arrêt prononcé a alors effet *erga omnes*.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Voir articles 36 et 37 de la loi organique 02/79 précitée.

¹⁸⁷ Ibid., articles 38 ets. Voir également article 164 de la Constitution.

¹⁸⁸ Ibid., article 38 (3) et 40 (2).

¹⁸⁹ Articles 31 à 34.

¹⁹⁰ Voir article 38 de la loi organique 02/79 précitée.

(b) La composition du Tribunal constitutionnel

249. La composition du Tribunal constitutionnel espagnol est définie aux articles 159 et 160, Titre IX de la Constitution, et sont libellés ainsi :

TITRE IX

Du Tribunal Constitutionnel

Article 159.

1. Le Tribunal constitutionnel se compose de douze membres nommés par le Roi, quatre sur la proposition du Congrès adoptée à la majorité des trois cinquièmes de ses membres, quatre sur la proposition du Sénat adoptée à la même majorité, deux sur la proposition du Gouvernement et deux sur la proposition du Conseil général du pouvoir judiciaire.

2. Les membres du Tribunal constitutionnel devront être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'Université, des fonctionnaires publics et des avocats; ils devront tous être des juristes aux compétences reconnues et exerçant leur profession depuis plus de quinze ans.

3 Les membres du Tribunal constitutionnel seront désignés pour une période de neuf ans; ils seront renouvelés par tiers tous les trois ans.

4. La qualité de membre du Tribunal constitutionnel est incompatible avec tout mandat représentatif, l'exercice de fonctions politiques ou administratives, l'exercice d'une charge de direction dans un parti politique ou un syndicat et un emploi au service de ceux-ci, l'exercice de fonctions judiciaires et de fonctions relevant du ministère public et avec toute autre activité professionnelle ou commerciale. 4. Pour le reste, les incompatibilités affectant les membres du Tribunal constitutionnel seront celles qui sont propres aux membres du pouvoir judiciaire. 6. Les membres du Tribunal constitutionnel seront indépendants et inamovibles pendant la durée de leur mandat.

Article 160.

Le Président du Tribunal constitutionnel sera nommé parmi ses membres par le Roi, sur la proposition du Tribunal réuni en séance plénière, pour une période de trois ans.

250. La composition du Tribunal constitutionnel représente donc une forme de compromis entre le Tribunal constitutionnel fédéral allemand et le Conseil constitutionnel français. En tout état de cause, il est apparent que le Tribunal constitutionnel espagnole exerce des compétences proprement juridictionnelles et jouit d'une indépendance accrue par rapport à son homologue français. Il constitue donc un modèle possible pour la Tunisie.

251. De la même manière, les recours constitutionnels prévus par le droit espagnol sont tout à fait aptes à permettre une sauvegarde efficace des droits et libertés et peuvent donc également servir de point de référence aux rédacteurs de la Constitution tunisienne.

4. Les modèles de la *common law*

252. Enfin, bien que les modèles de la *common law* paraissent difficilement transposables au contexte civiliste tunisien, certaines dispositions des Constitution sud-africaine et canadienne paraissent pertinentes quant à la mise en œuvre des droits fondamentaux. Elles sont donc reproduites un peu plus bas. En particulier, ces dispositions prévoient l'existence de recours devant les tribunaux ordinaires en cas de violation des droits protégés par la Constitution. En revanche, le type de recours n'est pas précisé. Le

recours doit simplement être approprié eu égard aux circonstances de l'espèce et, pour le Canada, doit permettre réparation. Les dispositions pertinentes des Constitutions africaine et canadienne sont ainsi libellées :

Constitution de l'Afrique du Sud (*Déclaration des droits*), 1996

Article 38. Mise en œuvre des droits

Toute personne mentionnée ci-dessous a le droit de s'adresser à un tribunal compétent pour se plaindre qu'un droit énoncé dans la Déclaration des droits a été violé ou risque de l'être, et le tribunal peut accorder une réparation appropriée, y compris un énoncé des droits. Les personnes pouvant ester en justice sont :

- (a) toute personne agissant en son nom ;
- (b) toute personne agissant au nom d'une autre personne qui ne peut pas agir en son propre nom ;
- (c) toute personne agissant en tant que membre d'un groupe de personnes ou dans l'intérêt de celui-ci;
- (d) toute personne agissant dans l'intérêt général, et
- (e) toute association agissant dans l'intérêt de ses membres.

La Loi constitutionnelle du Canada (*Charte des droits et des libertés*), 1982

Article 24

(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Exclusion des éléments de preuves déconsidérant l'administration de la justice.

Mise en œuvre du droit international dans l'ordre juridique interne

253. Outre la protection des droits fondamentaux dans la Constitution, les Etats sont tenus, en vertu du droit international, de donner effets aux droits énoncés dans les traités internationaux des droits humains. Ainsi, l'Article 2, alinéa 2 du PIDCP stipule :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte.

254. Trois questions se posent : tout d'abord, celle de la manière dont laquelle les conventions internationales acquiert force obligatoire en droit interne, ensuite, celle de la place du droit international dans l'ordre juridique interne, et enfin, celle de l'application du droit international par les tribunaux nationaux.

5. Validité des traités en droit interne : systèmes monistes et dualistes

255. Dans de nombreux pays dits monistes, comme par exemple la France ou les Pays-Bas, une disposition de la Constitution prévoit la force obligatoire des traités dès ratification ou publication. Cela était également le cas de l'ancienne Constitution tunisienne de 1959 dont l'article 32 précisait que « les traités n'ont force de lois

qu'après leur ratification ». Ce type de disposition rend donc le droit international directement applicable en droit interne.

256. Les pays monistes se distinguent des pays dits dualistes, tels que la Grande-Bretagne ou l'Italie, dans lesquels les traités internationaux ne sont valides dans l'ordre juridique interne qu'une fois transposés par une loi. En d'autres termes, la norme internationale doit devenir « nationale » pour être applicable. Du point de vue du droit international, le système dualiste présente donc le risque qu'un Etat ratifie une convention ou un traité sans avoir l'intention de le transposer en droit interne, ce qui rend la mise en œuvre du traité beaucoup plus aléatoire.
257. Le Comité des droits humains a reconnu la validité de ces différentes approches tant qu'elles se traduisent par la mise en œuvre effective des droits garantis par le PIDCP. Il a cependant exprimé une préférence marquée pour l'applicabilité immédiate et directe de ces droits dans l'ordre juridique interne des Etats. Dans son Observation générale n° 31, le Comité a déclaré:

L'Article 2 autorise un Etat partie à procéder à cette modification conformément à sa structure constitutionnelle propre et, partant de là, il n'exige pas que le Pacte puisse être directement applicable par les tribunaux, par voie d'incorporation dans le droit interne. Le Comité est cependant d'avis que les droits garantis par le Pacte sont susceptibles d'être mieux protégés dans les États où le Pacte fait partie de l'ordre juridique interne automatiquement ou par voie d'incorporation expresse. Le Comité invite les États parties où le Pacte ne fait pas partie de l'ordre juridique interne à envisager l'incorporation du Pacte pour en faire une partie intégrante du droit interne de façon à faciliter la pleine réalisation des droits reconnus dans le Pacte conformément aux dispositions de l'Article 2.¹⁹¹

6. Place du droit international dans le droit interne

258. Du point de vue du droit international, le droit international prime sur les règles de droit interne qui lui sont contradictoires. Plus particulièrement, selon l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un Etat ne saurait invoquer des dispositions de son droit interne pour se soustraire à ses obligations en vertu du droit international.
259. En revanche, la place du droit international en droit interne varie selon les pays. Etant donné que la tradition juridique tunisienne est moniste, les développements qui suivent se bornent à examiner ce sujet dans les pays de cette même tradition.
260. Dans de nombreux pays, la Constitution prévoit la primauté des traités internationaux sur la loi mais pas sur la Constitution. Cela est notamment le cas des Constitutions néerlandaise, française et tchèque dont les dispositions pertinentes sont reproduites ci-contre :

La Constitution des Pays-Bas de 2002

Article 91. 3

Toute disposition d'un traité entrant en conflit avec la Constitution, ou pouvant mener à un conflit avec elle, doit être approuvée par une majorité des deux-tiers du Parlement.

¹⁹¹ Observation générale n° 31 sur l'Article 2 du Pacte (La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte), 21 avril 2004, CCPR/C/74/CRP.4/Rev 6.

La Constitution de la France de 1958

Article 55

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

La Constitution de la République tchèque de 1993

Article 10

Les traités sur les droits humains et les libertés fondamentales ratifiés et promulgués, sont contraignants pour la République tchèque, sont immédiatement obligatoires et priment sur la loi.

Il convient toutefois de noter qu'en pratique, le fait que les traités relatifs aux droits humains aient un rang inférieur à la Constitution est généralement sans conséquence, étant donné que le texte de cette dernière est souvent inspiré de ces traités. En outre, les droits constitutionnels sont souvent interprétés à la lumière de ces traités (voir ci-dessous).

261. Dans d'autres pays, comme la Slovaquie, la constitution ne reconnaît la primauté des traités internationaux relatifs aux droits humains que dans la mesure où ils offrent une protection accrue des droits fondamentaux. L'article pertinent de la Constitution slovaque est ainsi libellé :

La Constitution de la Slovaquie de 1992

Article 11. Les Droits humains

Les traités internationaux relatifs aux droits humains et aux libertés fondamentales, ratifiés par la République slovaque et promulgués selon la procédure fixée par la loi, ont primauté sur ses lois, à condition de garantir une étendue plus grande des droits fondamentaux et libertés fondamentales.

262. Par ailleurs, il est à noter que, bien que moniste, le système juridique de certains pays présente des similarités avec le système dualiste en ce que certains traités internationaux ne sont pas directement applicables mais doivent être transposés en droit interne. C'est le cas notamment de la Convention européenne des droits humains qui a été transposée en droit allemand par une loi ordinaire. La Convention a donc un rang inférieur à la Constitution en droit allemand. Toutefois, la Cour constitutionnelle allemande a conféré à cette loi de transposition une valeur législative renforcée à l'égard des lois postérieures, de telle sorte que la règle *lex posterior derogat priori* (la loi postérieure implique l'abolition de la loi antérieure qui lui est contraire) est en principe inopérante.¹⁹²

7. Application du droit international par les tribunaux nationaux

(c) Application directe : le contrôle de conventionnalité

263. Le système moniste repose sur l'idée que le droit international est directement applicable en droit interne. Partant, tout individu ou personne morale peut en principe invoquer les dispositions d'un traité devant les tribunaux. De même, le juge national peut contrôler la conformité d'une loi aux traités internationaux. C'est ce que l'on appelle le contrôle de conventionnalité ou encore exception d'inconventionnalité.

¹⁹² BVerfGE 74, 358.

264. En France, par exemple, ce contrôle est assuré par les juridictions judiciaires et administratives. Ces dernières n'ont d'ailleurs pas hésité à écarter les lois et règlements qu'elles estimaient contraires à la Convention européenne des droits humains. Même si, en principe, les décisions rendues en matière conventionnelle n'ont que l'autorité relative de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elles n'ont d'effet qu'entre les parties, Olivier Dutheillet de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel, a fait remarquer que ces décisions aboutissaient, en pratique à une paralysie des lois jugées contraires à la Convention.¹⁹³
265. Un système similaire existe en Espagne de sorte que les juges et tribunaux espagnols peuvent écarter l'application des lois inconventionnelles.

(d) Application indirecte : l'interprétation du droit interne à la lumière du droit international

266. Indépendamment de la place du droit international dans la hiérarchie des normes, ce dernier demeure un outil d'interprétation de premier plan du droit interne. En particulier, les traités internationaux relatifs aux droits humains servent à interpréter les droits constitutionnels.
267. Par exemple, l'article 10 § 2 de la Constitution espagnole dispose que les droits fondamentaux garantis par la Constitution doivent s'interpréter conformément aux traités internationaux relatifs aux droits humains ratifiés par l'Espagne, dont la Convention européenne des droits humains. De plus, selon la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, la jurisprudence de la Cour européennes des droits humains doit également être prise en compte dans l'interprétation des droits fondamentaux constitutionnels.
268. De la même manière, la Cour constitutionnelle allemande a jugé que les droits de la Convention, ainsi que la jurisprudence de Strasbourg, devaient être pris en considération dans l'interprétation des droits fondamentaux garantis par la Constitution.¹⁹⁴ L'absence d'une telle prise en considération peut porter atteinte aux droits fondamentaux combinés avec le principe de l'État de droit.¹⁹⁵
269. Dans le même esprit, dans les pays de *common law*, les tribunaux ordinaires - lesquels sont habilités à examiner les griefs tirés d'une violation de la Charte ou de la Déclaration des droits - peuvent faire appel au droit international dans leur interprétation de la Charte ou de la Déclaration des droits. Et ce, en dépit du fait que les traités internationaux ne fassent pas automatiquement partie du droit interne (système dualiste). Ainsi, l'article 39 de la Constitution Sud-africaine dispose :

Constitution de l'Afrique du Sud (*Déclaration des droits*), 1996

Article 39. Interprétation de la Déclaration des droits

¹⁹³ Voir Olivier Dutheillet de Lamothe, Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France, avril 2009 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf

¹⁹⁴ BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); 111, 307 (317).

¹⁹⁵ Voir BVerfGE 111, 307. Dans cet arrêt (décision du 14 Octobre 2004 – *Görgülü*) la Cour constitutionnelle s'est exprimé de façon détaillée sur la place de la Convention européenne des droits humains dans le système juridique allemand.

- (1) Dans l'interprétation de la Déclaration des droits, les cours ou tribunaux
 - a. doivent promouvoir les valeurs constituant le socle d'une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté ;
 - b. doivent prendre en considération le droit international; et
 - c. peuvent prendre en considération le droit comparé.
- (2) Lors de l'interprétation de toute loi, et lors de l'élaboration de la loi commune ou du droit coutumier, chaque cour, tribunal ou forum doit promouvoir l'esprit, la teneur et les objectifs de la Déclaration des droits
- (3) La Déclaration des droits ne nie pas l'existence de tout autre droit, de toute autre liberté reconnus ou conférés par la loi commune, le droit coutumier ou la législation, dans la mesure où ils sont conformes à la Déclaration.

Recommandations:

- **La nouvelle Constitution tunisienne devrait rendre les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et de la liberté de l'information directement opposables à l'Etat ainsi qu'aux acteurs non-étatiques ou privés. Ces garanties devraient primer sur les lois ou dispositions législatives incompatibles avec elles.**
- **La Constitution devrait prévoir des recours effectifs permettant la mise en œuvre des droits et liberté garantis par la Constitution. En particulier, les voies de recours devant les tribunaux constitutionnels allemand et espagnol, ainsi que la composition de ces derniers, devraient être soigneusement étudiés comme pouvant servir de modèle en Tunisie.**
- **Une attention particulière devrait être accordée à une disposition constitutionnelle incorporant explicitement les droits garantis par les traités internationaux dans le droit tunisien.**

Mécanismes de participation démocratique

270. Il est apparu lors du séminaire de réflexion sur la Constitution tenu à Sbeïtla, que tous les citoyens tunisiens ne savaient pas comment participer au processus de rédaction de la Constitution et faire connaître leur point de vue. On l'a dit, le succès de toute Constitution repose en grande partie sur le degré d'appropriation du texte par le peuple concerné, en l'occurrence le peuple tunisien. Il est donc tout à fait fondamental de mettre en place des mécanismes permettant cette participation démocratique. Les expériences kényane, libérienne et sénégalaise sont particulièrement instructives de ce point de vue. Elles sont donc présentées ci-dessous à la lumière de l'expérience d'ARTICLE 19 dans ces pays.

L'expérience kényane

271. Le processus de rédaction de la Constitution kényane a été particulièrement ouvert aux contributions de multiples acteurs de la société civile. Pour commencer, la Commission en charge de la révision de la Constitution kényane (ci-après « Commission ») a été mandatée afin de recueillir les vues des citoyens. La Commission a donc tenu de nombreuses réunions ou « sessions » régionales au cours desquelles elle a reçu des opinions écrites ou autres contribution de la part de différents acteurs.

272. Après une période de 6 mois, la Commission a publié un rapport, qui a été débattu par une Assemblée National Constituante, composée de représentants de tous les partis politiques enregistrés, des représentants de la société civile et du secteur privé et tous les députés, lors d'une conférence constitutionnelle.

273. Ce processus a donné lieu à un projet contenant une Déclaration des droits. La conférence constitutionnelle fut toutefois ajournée, après que le Président Moi eut dissout le parlement, appelant ainsi les élections de 2002.

274. Par la suite, une autre série de réunions eut lieu au cours de l'année 2003, culminant avec un projet de Constitution, qui fut soumis à référendum en 2005. Le projet fut rejeté et un nouveau processus de révision de la Constitution fut donc mis en place à la suite des violences post électorales de 2007-2008.

275. Un comité d'experts représentant les différents secteurs de la société fut nommé et approuvé par le Parlement. Le rôle du comité consistait à harmoniser les différentes versions existantes de la Constitution et recevoir les contributions des différents acteurs de la société sur les questions épineuses.

276. Après un certain temps, un nouveau projet de Constitution fut publié et soumis à référendum en 2010. Le projet fut approuvé par une large majorité et promulgué en tant que Constitution.

L'expérience libérienne

277. Au Libéria, le processus de rédaction de la Constitution a été très participatif, comprenant des personnes de tous bords, y compris des individus venant de régions lointaines.

278. La société civile elle-même a mis en place un groupe de travail au niveau national avec l'assistance d'ARTICLE 19 et de deux autres partenaires. Une série d'ateliers a été organisée afin de sensibiliser la société civile, les médias et les législateurs aux réformes.
279. Des réunions avec les députés clés ont également été organisées, au cours desquelles les acteurs locaux ont pu présenter leur point de vue. Il est à noter que ces derniers avaient reçu au préalable une formation leur permettant de défendre leurs opinions.
280. A la fin du processus, un projet de Constitution reflétant les besoins de différents secteurs de la société a été finalisé.

L'expérience sénégalaise

281. Depuis 3 ans, la société civile, l'opposition, le secteur privé et les syndicats sénégalais se rassemblent afin de discuter des problèmes de gouvernance du pays. Une consultation nationale a eu lieu dans plusieurs secteurs, et ce dans toutes les régions et avec tous les acteurs pertinents. Les participants ont partagé leurs défis et leur vision quant à la manière dont ils souhaiteraient que leurs problèmes économiques et sociaux soient résolus.
282. Ces consultations ont déterminé une série de priorités, qui incluent la rédaction d'une nouvelle constitution et une réforme de la justice et des institutions publiques. Le processus a abouti à l'adoption d'une Charte de bonne gouvernance, à laquelle tous les candidats aux élections présidentielles ont souscrits, à l'exception du président actuel. Si l'opposition gagne les élections, la Charte sera mise en œuvre et le processus de réforme initié.

Recommandations :

- **Des ateliers de travail sur la Constitution devraient être organisés périodiquement dans les régions.**
- **Les acteurs locaux devraient être formés en parallèle afin d'apprendre à formuler des propositions appropriées pour la rédaction de la Constitution**
- **Les acteurs de la société civile devraient se rencontrer afin de former d'éventuelles coalitions, qui pourraient leur permettre de mieux se faire entendre des personnes en charge de la rédaction de la Constitution**

Conclusions

283. L'examen précédent et les exemples tirés du droit comparé montrent que les approches internationales, régionales et comparatives de la législation de la liberté d'expression et la liberté de l'information peuvent constituer une précieuse source d'inspiration pour les rédacteurs de la nouvelle Constitution tunisienne.
284. Il est également important de rappeler que, malgré les tendances positives en matière de protection de ces droits au niveau national (en particulier dans des Etats tels que le Kenya, l'Afrique du Sud et le Canada), c'est la législation internationale des droits humains et en particulier le PIDCP et autres documents ratifiés par la Tunisie qui sont contraignants et que les autorités publiques tunisiennes sont tenus d'appliquer dans le droit interne. La légitimité de la Tunisie en tant que membre de la communauté internationale se mesure à l'aune du respect que les autorités tunisiennes montrent vis-à-vis des exigences de l'État de droit et envers la primauté du droit international. En ce sens, la rédaction de la nouvelle Constitution - y compris les droits et libertés qui y sont définis, tels que la liberté d'expression et la liberté de l'information - constituent un test pour l'Assemblée constituante de la Tunisie.
285. ARTICLE 19 espère pouvoir continuer à assister l'Assemblée constituante et les intervenants tunisiens à formuler le meilleur cadre constitutionnel possible pour le peuple Tunisien, cadre qui répondra aux aspirations du Réveil arabe qui y est né, qui respectera les obligations internationales de l'Etat, mais qui permettra également de faire de la protection et de la promotion des droits humains une partie intégrante de la vie quotidienne et de la conscience sociale dans le pays.