

COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE DE LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Article 9 § 2

« Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements »

Harcèlement, menaces, saisies d'exemplaires, interdiction de journaux, assassinats, procès fictifs... Voilà quel est le sort réservé à ceux qui font usage de leur liberté de parole dans beaucoup de pays d'Afrique aujourd'hui.

Cette situation alarmante doit être rapportée à l'état des droits de l'Homme sur le continent africain, qu'il s'agisse des droits civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels, et des « droits des peuples ». Bien souvent, les persécutions à l'encontre des journalistes, des artistes ou des défenseurs des droits de l'Homme sont le signe d'un État chancelant, mélange de traditions africaines désacralisées et de structures répressives héritées de l'époque coloniale, sur fond de néo-colonialisme, de sous-développement et d'ethnicisme¹.

Inversement, le respect de la liberté d'expression est à la fois la conséquence et la condition de la mise en place d'un État moderne respectant l'autonomie des citoyens et le pluralisme de la société civile. En effet, au delà des institutions de la démocratie représentative, seule la communication libre au sein d'un espace public permet de réaliser le principe d'auto-législation, selon lequel les destinataires du droit peuvent en même temps se comprendre comme en étant les auteurs². L'État démocratique est l'État qui fournit les conditions de possibilité de cet échange d'idées, de cette soumission à la critique des propositions et des programmes politiques, tandis que seul l'exercice de cette liberté d'expression et de communication permet l'établissement d'un consensus relatif sur la légitimité du droit édicté.

La liberté d'expression n'a jamais été absente des préoccupations de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, l'organe principal de supervision de la Charte, avant la mise en place de la Cour africaine prévue par le Protocole de Ouagadougou de juin 1998. Plusieurs

¹ Sur l'État africain, on se reportera à Maurice Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque africaine et malgache », 1987.

² Sur cette conception qui fait de la communication le fondement de la légitimité du droit : Jürgen Habermas, *Droit et*

affaires soumises à la Commission par des ONG ont porté sur l'article 9 § 2, comme nous le verrons par la suite. En même temps, cette question a connu un regain d'attention ces dernières années, sous l'impulsion d'une ONG internationale spécialisée dans les questions de liberté d'expression : Article 19. Sur sa suggestion, la Commission a décidé d'organiser un séminaire sur la liberté d'expression et la Charte africaine. Ce séminaire a eu lieu du 22 au 25 novembre 2000 à Midrand, en Afrique du Sud³. Il a rassemblé des membres de la Commission, des diplomates africains, des journalistes et des ONG. Plusieurs recommandations ont été adoptées à l'issue de cet événement. Parmi les plus importantes, on doit retenir la rédaction d'une *Déclaration africaine de principes sur la liberté d'expression*, la mise en place d'un rapporteur spécial ou tout autre mécanisme approprié sur cette question, et la tenue d'une réunion périodique entre la Commission, les ONG et les journalistes africains. Ces recommandations ont été relayées par la Commission africaine dans une résolution sur la liberté d'expression adoptée lors de sa 29^{ème} session ordinaire à Tripoli, le 7 mai 2001⁴.

A sa 30^{ème} session (octobre 2001), la Commission a établi un Groupe de travail sur la liberté d'expression, chargé d'« élaborer une Déclaration de Principes en vue de renforcer le Mécanisme africain de protection du droit à la liberté d'expression et de proposer un mécanisme approprié visant à aider la Commission à examiner et assurer le suivi du respect de la liberté d'expression »⁵. Le Groupe de travail est composé des membres de la Commission africaine, du personnel du Secrétariat de la Commission et du personnel du Programme juridique d'Article 19. Le Groupe de travail a été invité par Article 19 à assister à un séminaire international sur la liberté d'expression réunissant les « trois mandats spécialisés », à savoir les trois rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression, respectivement de l'OSCE, de l'OEA et de l'ONU. Ce séminaire a eu lieu en novembre 2001 et seule une personne du Secrétariat de la Commission a pu y assister⁶. La première session du Groupe de travail s'est tenue à Cape Town, Afrique du Sud, les 10 et 11 février 2002⁷. Elle a abouti à un texte de projet de *Déclaration africaine de*

démocratie. Entre faits et normes, trad. R. Rochlitz, C. Bouchindhomme, Paris, N.R.F., coll. Essais, Gallimard, 1997.

³ V. *Report of the Seminar on Freedom of Expression and the African Charter organised by the African Commission in collaboration with Article XIX*. 22nd-25th November 2000, ESKOM Conference Center, Midrand, South Africa.

⁴ V. Quatorzième rapport d'activités (2000-2001).

⁵ V. Quinzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (2001-2002).

⁶ V. *Report of the International Seminar on Promoting Freedom of Expression with the Three Specialised International Mandates held at The Russel Hotel, London, United Kingdom*, 19th-20th November 2001.

⁷ V. *Rapport de la première réunion du Groupe de travail sur la liberté d'expression*, 10 et 11 février 2002, Cape

principes sur la liberté d'expression qui, s'inspirant des expériences régionales et universelles, aborde la problématique sous toutes ses facettes et constituera sans doute un instrument fondamental à l'avenir pour le travail d'interprétation.

De l'aveu de la Commission africaine elle-même : « Protection of the right in Article 9 of the African Charter is extremely weak and has not really been strengthened further by interpretation arising from consideration of communications »⁸. Si le constat de faiblesse du texte de départ est absolument fondé, comme nous allons le voir, la Commission fait ici preuve de modestie quant à son rôle. On verra en effet que les lacunes et les défauts de l'article 9 § 2 ont d'ores et déjà été en partie corrigés par la Commission au fil de ses décisions rendues sur les communications qui lui sont adressées dans le cadre des articles 55 et 56 de la Charte⁹. Afin de mieux mesurer le chemin déjà parcouru — et celui qu'il reste à parcourir — on examinera dans un premier temps le contenu du droit énoncé à l'article 9 § 2, puis dans un second temps la question du régime des atteintes qui peuvent lui être portées.

I. — LE CONTENU DU DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION

Depuis 1998, on ne peut plus faire grief à la Commission africaine de ne pas rendre hommage à la liberté d'expression comme droit fondamental particulièrement nécessaire à l'exercice de la démocratie. Dans l'affaire *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigeria*, la Commission a en effet pris une position sans ambiguïté :

« [L'article 9 § 2] stipule que la liberté d'expression est un droit humain fondamental, qu'elle est vitale pour l'épanouissement de la personne humaine, le développement de sa conscience politique et pour sa participation effective à la conduite des affaires publiques de son pays. »¹⁰

Town, Afrique du Sud. Ont participé à cette réunion : deux membres de la Commission dont le président du Groupe de travail, deux membres du Secrétariat de la Commission et cinq membres du Programme juridique d'Article 19.

⁸ V. Rapport du séminaire de Londres, novembre 2001, p. 2.

⁹ Les recherches s'étendent de 1987 (1^{ère} session) à 2002 (31^{ème} session, quinzième rapport d'activité). Pour la période 1986-1996, on s'est référé au premier tome des *Law Reports of the African Commission*, Series A (ACHPR/LR/A/1). Pour la période 1986-2002, on s'est reporté aux rapports annuels d'activités (du 10^{ème} au 15^{ème}), qui contiennent en annexe les décisions adoptées par la Commission.

¹⁰ Comm. n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, décision du 31 octobre 1998, § 54, in Douzième rapport d'activité de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (1998-1999). V. également comm. n° 212/98, *Amnesty International c/ Zambie*, 5 mai 1999, § 46, in Douzième rapport d'activité ; comm. n° 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigeria*, 15 novembre 1999, § 36, in Treizième rapport d'activité (1999-2000).

Le Séminaire d'expert tenu en Afrique du Sud, à Midrand, en 2001, confirme le caractère fondamental et central de ce droit pour l'être humain¹¹ et son lien intrinsèque, indivisible, avec la démocratie et le développement durable¹².

On peut comparer ces formulations avec celles des autres organes de contrôle en matière de droits de l'Homme sur le plan régional et universel¹³. A partir d'une base juridique beaucoup plus ténue que celle des autres instruments internationaux¹⁴, la Commission a finalement abouti aux mêmes conclusions générales quant à la nature de cette liberté dans le « catalogue » des droits de l'Homme. Selon cette démarche féconde, la Commission n'en est pas restée à une vision étriquée de la liberté d'expression, mais a su au contraire mettre en valeur l'existence de droits qui, bien que n'étant pas explicitement reconnus dans le texte de la Charte, sont inséparables parce qu'impliqués par l'affirmation de la liberté d'expression (A).

Outre cette extension du contenu de la liberté d'expression, la jurisprudence de la Commission étend la portée de ce droit à différents domaines d'activités, représentés par autant de cibles potentielles des violations du droit à la liberté d'expression (B).

A - Les droits impliqués

Il en est ainsi, bien sûr, de la *liberté d'opinion*. Le texte est clair : le droit à l'expression et à la diffusion ont essentiellement pour objet des opinions. Pour autant, le droit à la liberté d'opinion

¹¹ V. Rapport du séminaire de Midrand, Afrique du Sud, *op. cit.*, p. 3 : « The Seminar noted that expression was an attribute of humanity in all spheres of life and that there is now wide recognition of the importance of the right to freedom of expression and its cardinal role in human progress. »

¹² *Id.*, p. 7 : « Experience has shown that, in Africa and elsewhere, where the right to freedom of expression is upheld, other basic rights also tend to be respected. It is also now widely accepted that respect for the right to freedom of expression is central to democracy and sustainable development. » V. aussi le Projet de *Déclaration africaine de Principes sur la liberté d'expression* : le premier alinéa du préambule réaffirme « the fundamental importance of freedom of expression as an individual human right, as a cornerstone of democracy and as a means of ensuring respect for all human rights and freedoms ».

¹³ V. notamment, pour la Convention européenne des droits de l'Homme, l'arrêt *Handyside*, 7 décembre 1976, Série A n° 24, § 49 : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, 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'Etat 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". » Et pour le Comité des droits de l'Homme, les constatations rendues dans l'affaire *Adimayo M. Aduayon et autres c/ Togo*, passage citée note n° 19 *infra*.

¹⁴ V. les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'Homme, de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, citées par Laurence Burgorgue-Larsen, *supra*.

n'est pas reconnu explicitement en tant que tel. Il est consacré indirectement par la Commission par l'utilisation, en son lieu et place, de la liberté de conscience énoncée à l'article 8 de la Charte¹⁵. Le statut de la liberté d'opinion reste toutefois peu clair dans la jurisprudence de la Commission : ce droit peut-il faire l'objet de certaines limitations ou est-il considéré comme absolument intangible, c'est-à-dire insusceptible de faire l'objet d'aucune atteinte en quelque circonstance que ce soit ? La Commission ne s'est encore jamais prononcée directement au sujet d'une violation de la liberté d'opinion en tant que telle¹⁶. Il faut espérer que si le cas se présente, elle reconnaisse à celle-ci le caractère absolument intangible qui lui revient : en tant que droit protégeant le for interne, la liberté d'opinion ne peut en effet faire l'objet d'aucune atteinte en aucune circonstance. Il y va de la définition même du Droit qui, sauf à s'apparenter à une sorte de morale d'Etat, ne saurait réguler *les motifs* de nos actions, mais seulement ces actions elles-mêmes. Cette intangibilité absolue est d'ailleurs consacrée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, où la liberté d'opinion est explicitement soustraite à la clause de limitation de l'article 19 § 3, tandis que l'article 4 la place parmi les droits indérogeables en cas de circonstances exceptionnelles.

Il est également certain que la liberté d'expression comprend un « droit de critique » à l'égard du gouvernement qui rapproche cette liberté du droit de participation aux affaires publiques de son pays et, par ce biais, montre le lien intrinsèque qui l'unit à la démocratie. Dans l'affaire de la saisie du magazine TELL, après le coup d'État du général Sani Abacha au Nigéria, la Commission a ainsi jugé :

« ... le gouvernement n'a fourni aucune explication à l'effet que la saisie du magazine a été faite pour l'une quelconque des raisons précitées, hormis d'avoir été tout simplement critique à l'égard du gouvernement. »¹⁷

En cela, la jurisprudence de la Commission peut être rapprochée de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁸ et du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies¹⁹. Dans l'affaire

¹⁵ Comm. n° 212/98, *Amnesty International c/ Zambie*, 5 mai 1999, § 46, in Douzième rapport d'activité (1998-1999).

¹⁶ Pourtant, dans l'affaire *John D. Ouko c/ Kenya* (comm. n°232/99, 6 novembre 2000, Quatorzième rapport d'activité), le requérant alléguait qu'il avait été forcé de fuir de son pays « à cause de ses opinions politiques » (§ 2). Mais la Commission n'a pas saisi la perche qui lui était tendue. Elle a fondu son raisonnement dans le moule de l'article 9 et suivi une démarche adaptée au droit à la liberté d'expression, en considérant que le Gouvernement avait recouru à des mesures disproportionnées (arrestation du requérant, détention sans jugement et traitements inhumains ou dégradants) alors qu'une procédure en diffamation était à sa disposition (§ 28).

¹⁷ Comm. n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, § 73, Douzième rapport d'activité (1998-1999).

¹⁸ Droit de critique de la presse : arrêt *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986 (plénière), Série A n° 103 ; et droit de

Castells, où un homme politique espagnol avait été condamné pour avoir lancé, dans la presse, des accusations graves contre le gouvernement espagnol, en lien avec le terrorisme au Pays Basque, la Cour européenne a énoncé quelques principes généraux qui méritent d'être cités ici :

« Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts.

Sans doute M. *Castells* ne s'était-il pas en l'espèce prononcé à la tribune du Sénat, ainsi qu'il l'aurait pu sans risque de sanctions, mais dans un périodique. Il ne perdait pas pour autant le *droit de critiquer le gouvernement*.

A cet égard, il ne faut pas oublier le rôle éminent de la presse dans un Etat de droit. Si elle ne doit pas franchir certaines bornes fixées en vue, notamment, de la défense de l'ordre et de la protection de la réputation d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur les questions politiques ainsi que sur les autres thèmes d'intérêt général²⁰ (...).

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 coeur même de la notion de société démocratique (...). »²¹

Ce droit de critique inhérent à la liberté d'expression a également fait l'objet d'un développement intéressant dans le cadre de la *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'Homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1998 et mieux connue sous le nom de « Déclaration pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme ». Son article 8 énonce en effet :

critique d'un homme politique d'opposition dans le cadre d'un article diffusé par la presse : arrêt *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992 (chambre), Série A n° 236.

¹⁹ V. l'affaire *Adimayo M. Aduayon et autres c/ Togo* (constatations du 12 juillet 1996, comm. n° 422/1990, 423/1990 et 424/1990, A/51/40 (1996), pp. 18 et suiv.) dans laquelle deux maîtres-assistants à l'université avaient été poursuivis et emprisonnés pour « outrage au chef de l'État » et s'étaient vus par la suite privés du droit de réintégrer leurs fonctions après leur détention : « [L]iberté d'information et liberté d'expression sont les pierres angulaires de toute société libre et démocratique. De telles sociétés, par essence, autorisent les citoyens à s'informer sur les solutions de remplacement éventuelles au système ou parti politique au pouvoir, et à *critiquer ou évaluer ouvertement et publiquement leur gouvernement* sans crainte d'intervention ou de répression de sa part dans les limites fixées au paragraphe 3 de l'article 19. » (§ 7.4.) Nous soulignons.

²⁰ La Cour se réfère ici, *mutatis mutandis*, à ses arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 40, par. 65 et *Observer et Guardian* 26 novembre 1991, série A n° 216, p. 30, par. 59 b).

²¹ Arrêt *Castells*, précité, §§ 42-43. Nous soulignons.

« 1. Chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de participer effectivement, sur une base non discriminatoire, au gouvernement de son pays et à la direction des affaires publiques.

2. Ce droit comporte notamment le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de soumettre aux organes et institutions de l'État, ainsi qu'aux organismes s'occupant des affaires publiques, des critiques et propositions touchant l'amélioration de leur fonctionnement, et de signaler tout aspect de leur travail qui risque d'entraver ou empêcher la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

B. — *Les cibles des atteintes à la liberté d'expression*

La jurisprudence de la Commission relative à la liberté d'expression a pour l'instant concerné trois catégories de cibles : les journalistes, les partis d'opposition et les défenseurs des droits de l'Homme²².

1. Les journalistes

La liberté d'expression constitue bien évidemment le fondement existentiel du *journalisme* et, par ce biais, rejoint le *droit à l'information*²³ et la *liberté de la presse*, domaines qui ont fait l'objet de la plupart des décisions de la Commission au sujet de l'article 9. Droit à l'information, liberté de la presse et liberté d'expression sont effectivement étroitement liés comme en témoigne la décision de la Commission rendue dans l'affaire *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés de la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats de France c/ Tchad* : dans cette affaire, la Commission condamne les persécutions et le harcèlement à l'encontre de journalistes tchadiens à la fois sur le terrain de l'article 9 § 1 (droit d'exprimer et de diffuser des informations et droit du public d'avoir accès à ces informations) et sur celui de l'article 9 § 2

²² La question de la liberté artistique reste pour l'instant absente de cette jurisprudence. Le cas de l'écrivain nigérian Ken Saro-Wiwa n'a été envisagé que sous l'angle de la participation de ce dernier au MOSOP, le mouvement de défense des Ogonis. Sur les dimensions politiques de l'œuvre de Ken Saro-Wiwa : Frank Schulzer-Engler, « Civil Critiques : Satire and the Politics of Democratic Transition in Ken Saro-Wiwa's Novels », in Abdul Rasheed Na'Allah (ed.), *Ogoni's Agonies. Ken Saro-Wiwa and the Crisis of Nigeria*, Asmara, Africa World Press, Inc, 1998, pp. 285-306. Sur la liberté artistique en général : Emmanuel Decaux, « On the Freedom of the Author and the Artist », in *Cultural Rights and Wrongs*, Institute of Art and Law, Unesco Pub, 1998, pp. 21-41.

²³ V. contribution relative à l'article 9 § 1 du Professeur Laurence Burgorgue-Larsen, *supra*.

(droit des journalistes d'exprimer et de diffuser leurs opinions)²⁴. Dans un autre cas, la Commission ne s'embarrasse pas à faire le détail et condamne la Gambie pour des violations de l'article 9 dans son ensemble :

« L'intimidation, l'arrestation ou la détention des journalistes pour des articles publiés ou des questions posées privent non seulement les journalistes de leurs droits d'expression et de diffusion de leur opinion, mais aussi le public de son droit à l'information. Cet acte va carrément à l'encontre des dispositions de l'article 9 de la Charte. »²⁵

De nombreux pays d'Afrique se caractérisent par une législation et une pratique souvent répressive à l'encontre de la presse, à laquelle répond un paysage médiatique tourmenté : journalistes mal formés et peu respectueux de la déontologie, presse partisane ou à scandale²⁶... Dans ce contexte, la palette des violations à l'encontre des journalistes est très étendue. Tous les moyens sont bons pour les empêcher de faire leur métier, du plus insidieux au plus violent : saisies d'exemplaires ; mise en place rétroactive d'un système d'autorisation de publier, fondé sur le paiement de frais d'enregistrement exorbitants et sur une décision d'un conseil nommé par le gouvernement ; interdiction de journaux ; mise sous scellés des bureaux abritant ces journaux ; persécution des vendeurs de journaux ; incrimination, arrestation des journalistes²⁷ et procès sous des prétextes fallacieux²⁸... le tout aboutissant à une auto-censure qui tue dans l'œuf toute velléité d'expression libre²⁹.

2. Les partis d'opposition

²⁴ Comm. n°74/92, Octobre 1995, 18^{ème} session, in Neuvième rapport d'activité (1995-1996).

²⁵ Comm. 147/95 et 149/96, *Sir Dawda K. Jawara c/ Gambie*, 11 mai 2000, § 65, Treizième rapport d'activité (1999-2000).

²⁶ V. Institut Panos, *Afrique centrale. Des médias pour la démocratie*, Paris, Karthala, 2000.

²⁷ V. *Organisation Mondiale contre la torture et autres c/ Zaïre*, op. cit. ; comm. n° 102/93, *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c/ Nigeria*, 31 octobre 1998, Douzième rapport d'activité (1998-1999) ; comm. n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c/ Nigeria*, 31 octobre 1998, Douzième rapport d'activité (1998-1999) ; comm. 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigéria*, 15 novembre 1999, Treizième rapport d'activité (1999-2000) ;

²⁸ V. Comm. n° 224/98, *Media Rights Agenda c/ Nigeria*, Octobre-Novembre 2000, 14^{ème} rapport d'activité (2000-2001) : éditeur du quotidien nigérian indépendant *The Diet*, arrêté, jugé et condamné à la prison à vie par un tribunal militaire pour son implication alléguée dans un coup d'État.

²⁹ Le lien est bien fait par la Commission dans comm. 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigéria*, 15 novembre 1999, § 37, Treizième rapport d'activité (1999-2000) : « Interdire des journaux spécifiques et faire mettre des scellés sur leurs bâtiments sans donner la chance à leurs responsables de se défendre et sans qu'ils ne soient inculpés au préalable soit publiquement, soit devant une instance judiciaire, revient à un harcèlement de la presse, ce qui entrave sérieusement la libre circulation de l'information. La peur de la saisie des immeubles pourrait inciter d'autres journalistes qui ne sont pas encore

La liberté d'expression joue également un rôle fondamental dans l'arène politique, en permettant aux partis d'opposition de faire valoir leurs arguments et leurs critiques auprès du public et de proposer un programme de gouvernement alternatif.

Dans l'affaire *Amnesty International c/ Zambie*, la Commission a ainsi condamné l'expulsion de deux membres d'un parti politique d'opposition zambien sur le fondement des articles 8 (liberté de conscience), 9 § 2 (liberté d'expression) et 10 (liberté d'association), au motif que cette expulsion forcée était essentiellement fondée sur des mobiles politiques.

A l'avenir, la Commission et la future Cour pourront se référer à la jurisprudence très riche de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le sujet, tout en sachant séparer le bon grain de l'ivraie. Ainsi, la Cour européenne est à son meilleur lorsqu'elle opère un lien conceptuel entre la vie politique en démocratie et la liberté d'expression, considérant que la « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » telle que garantie par l'article 3 du Protocole premier se rapportant à la C.E.D.H., « ne saurait se concevoir sans le concours d'une pluralité de partis politiques représentant les courants d'opinion qui traversent la population d'un pays. En répercutant ceux-ci, non seulement dans les institutions politiques mais aussi, grâce aux médias, à tous les niveaux de la vie en société, ils apportent une contribution irremplaçable au débat politique, lequel se trouve au cœur même de la notion de société démocratique »³⁰. Dès lors, on peut dire que les partis politiques « participent d'un exercice collectif de la liberté d'expression » qui les fait relever tout à la fois de l'article 10 et de l'article 11 de la Convention³¹. Mais la Cour est moins convaincante lorsqu'elle fixe des critères plutôt vagues qui justifieraient une forme de déchéance du droit de se prévaloir de l'article 10, conformément sinon à la lettre du moins à l'esprit de l'article 17 de la Convention³². Elle l'est encore moins lorsque l'application de ces critères la conduit à avaliser la dissolution d'un parti politique, alors que cette dissolution se

affectés à l'autocensure afin de pouvoir continuer à travailler. »

³⁰ Arrêt *Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, 30 janvier 1998, *Rec.* 1998-I, p. 17, § 44.

³¹ Arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c/ Turquie*, 31 juillet 2001, *Req.* n°41340/98 et autres, § 44.

³² Arrêt *Refah Partisi* précité, § 47 : « ... un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence, ou proposent un projet politique qui ne respecte pas une ou plusieurs règles de la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs (...) » L'article 17 de la Convention, intitulé « Interdiction de l'abus de droit », énonce : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples que ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

fondait essentiellement sur des déclarations de ses dirigeants faites plusieurs années auparavant³³...

3. Les défenseurs des droits de l'Homme

Egalement touchés de plein fouet par les atteintes au droit à la liberté d'expression sont les *défenseurs des droits de l'Homme*³⁴, évoqués à plusieurs reprises dans des décisions de la Commission. Dans l'affaire *Ken Saro Wiwa*, huit membres du MOSOP — le mouvement de défense des Ogonis — furent jugés par un tribunal nommé par le chef de l'Etat, condamnés à mort, puis pendus quelques jours plus tard. Officiellement, la condamnation reposait sur l'accusation de meurtre de plusieurs dirigeants du MOSOP, censés appartenir à une faction opposée. En fait, la condamnation intervenait dans le cadre d'un processus de répression massive du mouvement de défenseurs des droits de l'Homme et de dirigeants communautaires cherchant à dénoncer les violations des droits de l'Homme et les destructions causées à l'environnement par l'exploitation pétrolière dans l'Ogoniland. La Commission a considéré que le gouvernement nigérian avait violé l'article 9 § 2 « en violant les articles 10.1 et 11 de la Charte. »³⁵ Autrement dit, si les atteintes de l'État affectaient en premier lieu la liberté d'association et la liberté de réunion, elles avaient pour corollaire de priver leurs victimes de leur droit à la liberté d'expression.

Dans une décision concernant plusieurs communications relative à la situation en Mauritanie, la Commission s'est penchée sur le cas de nombreuses personnes accusées d'avoir tenu des réunions non autorisées et d'avoir affiché et distribué des publications « préjudiciables à l'intérêt national, et mené une propagande à caractère racial et ethnique ». Toutes ces personnes étaient mises en cause pour leur soutien à un document intitulé « Le Manifeste des négro-mauritaniens opprimés », qui donnait des preuves de la discrimination raciale dont étaient victimes les négro-

³³ Affaire *Refah Partisi*, arrêt précité. V. également, pour une solution plus satisfaisante mais fondée sur des principes semblables : *Affaire Yasar, Karatas, Aksoy et le Parti du Travail du Peuple (HEP) c/ Turquie*, arrêt du 9 avril 2002.

³⁴ Conformément à l'article 1^{er} de la « Déclaration pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme », on entend par « défenseurs des droits de l'Homme », toute personne qui « individuellement ou en association avec d'autres » promeut la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux niveaux national et international. Ceci inclut donc évidemment les syndicalistes, les membres de groupes communautaires et de communautés de base etc.

³⁵ Comm. n° 137/94, 139/94, 154/96 et 161/97, *International Pen, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro-Wiwa Jr. et Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, 30 octobre 1998, § 110, Douzième rapport d'activité

mauritaniens et demandait l'ouverture d'un dialogue avec le gouvernement. La Commission jugea que les différents procès en cause, outre toutes les infractions au droit à un procès équitable qu'ils pouvaient comporter, violaient également le droit à la liberté d'expression, tel qu'énoncé à l'article 9 § 2³⁶.

Enfin, dans l'affaire *Huri Laws c/ Nigéria* la Commission a constaté que les multiples actes de harcèlement et de persécution en direction de l'association Civil Liberties Organisation et de ses membres au Nigéria étaient constitutifs d'une violation de la liberté d'expression³⁷.

La liberté d'expression est évidemment un élément fondamental de l'action des défenseurs des droits de l'Homme, comme en témoigne la place qui lui faite dans la « Déclaration pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme », adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1998³⁸. Dans une résolution consacrée à la situation des défenseurs des droits humains en Tunisie, la Commission fait d'ailleurs explicitement référence à ce texte pour déplorer la suspension des activités de la Ligue Tunisienne de Défense des Droits de l'Homme, « l'une des plus anciennes organisations de défense des droits humains en Afrique »³⁹.

II. — LE REGIME DES ATTEINTES AU DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION

Un certain nombre de dispositions contenues dans les instruments internationaux déclaratifs de droits de l'Homme contiennent une clause spécifique, dite souvent « clause de limitation », en ce qu'elle fixe les critères applicables aux restrictions que l'État voudrait apporter à l'exercice du droit reconnu précédemment. Ces clauses sont inspirées de l'article 29 § 2 de la Déclaration

(1998-1999).

³⁶ Comm. n°54, *Malawi African Association c/ Mauritanie* ; 61/91, *Amnesty International c/ Mauritanie* ; n°98/93, *Mme Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO c/ Mauritanie* ; 164/97 à 196/97, *Collectif des Veuves et Ayants-droit c/ Mauritanie* ; 210/98, *Association Mauritanienne des Droits de l'Homme c/ Mauritanie*, 11 mai 2000, Treizième rapport d'activité (1999-2000).

³⁷ Comm. n° 225/98, *Huri-Laws c/ Nigéria*, 6 novembre 2000, Quatorzième rapport d'activité (2000-2001).

³⁸ V. en particulier l'article 6 de la Déclaration : « Chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres : a) De détenir, rechercher, obtenir, recevoir et conserver des informations sur tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales en ayant notamment accès à l'information quant à la manière dont il est donné effet à ces droits et libertés dans le système législatif, judiciaire ou administratif national ; b) Conformément aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et autres instruments internationaux applicables, de publier, communiquer à autrui ou diffuser librement des idées, informations et connaissances sur tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ; c) D'étudier, discuter, apprécier et évaluer le respect, tant en droit qu'en pratique, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales et, par ces moyens et autres moyens appropriés, d'appeler l'attention du public sur la question. »

³⁹ Résolution adoptée par la Commission à Tripoli, le 7 mai 2001, lors de sa 29^{ème} session, Quatorzième rapport d'activité (2000-2001).

universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, première disposition à avoir dégagé des critères cohérents de justification des restrictions aux droits de l'Homme⁴⁰. Elles constituent souvent un paragraphe ou un alinéa distinct de celui qui opère la reconnaissance du droit en question. Mais il peut arriver, comme c'est le cas avec le paragraphe 2 de l'article 9, que l'affirmation du droit et l'énonciation des critères pertinents relatifs aux atteintes que l'État peut y apporter se suivent dans une seule et unique phrase.

Plutôt que « clause de limitation », il semble d'ailleurs préférable d'utiliser l'expression « clause de réglementation des atteintes », le terme « atteinte » englobant à la fois les actions et les omissions de l'État qui interfèrent avec l'exercice d'un droit. Comme on le sait en effet — et comme la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples l'a elle-même notée à plusieurs reprises⁴¹ — la responsabilité de l'État en matière de droits de l'Homme peut être engagée tant par une « ingérence » (action) que par une omission, dans la mesure où tout droit de l'Homme impose à l'État à la fois des obligations *positives* (de faire) et *négatives* (de ne pas faire).

En tant que clause de réglementation des atteintes, la clause de l'article 9 § 2 — « dans le cadre des lois et des règlements » et « within the law », en anglais — est unanimement reconnue par la doctrine comme étant foncièrement restrictive⁴². Elle semble d'emblée contredire l'affirmation du

⁴⁰ Article 29 § 2 de la D.U.D.H. : « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. »

⁴¹ Cf. comm. n° 74/92, *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés de la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats de France c/ Tchad*, 18^{ème} session, octobre 1995, § 54, où la Commission évoque l'obligation positive du gouvernement tchadien d'« assurer » les droits de ses citoyens, y compris contre des ingérences par des tiers (en l'espèce, il s'agissait de persécutions contre des journalistes menées par des individus non identifiés). Et plus récemment : comm. n° 155/96, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigéria*, octobre 2001, Quinzième rapport d'activité (2001-2002), à propos des violations des droits de l'Homme occasionnées par le consortium d'exploitation du pétrole de l'Ogoni : « Les idées acceptées au plan international concernant les diverses obligations créées par les droits de l'homme indiquent que tous les droits civils et politiques, sociaux et économiques, créent au moins quatre niveaux d'obligations pour un État qui s'engage à adopter un régime de droits, notamment le devoir de respecter, de protéger, de promouvoir et de réaliser ces droits. Ces obligations s'appliquent universellement à tous les droits et imposent une combinaison de devoirs négatifs et positifs. »

⁴² V. Fatsah Ouguerouz, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, Paris, P.U.F., 1993, p. 113 ; Evelyn A. Ankumah, *The African Commission on Human and Peoples' Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Nijhoff Law Specials, vol. 16, 1996 ; Jean Matringe, *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Etude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 32-33 ; U. Oji Umzurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 2, 1997, pp. 34-35 ; Claude E. Welch, Jr, « The African Charter and Freedom of Expression in Africa », *Buffalo Human Rights Law Review*, 1998, vol. 4, pp. 103-122.

droit faite précédemment ; elle reprend d'une main ce qui a été donné de l'autre. Une lecture « suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité » (article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) amène en effet à comprendre la clause comme donnant tout pouvoir à l'État pour réglementer, par l'édiction de lois et de règlements, l'exercice du droit d'exprimer et de diffuser ses opinions. Aucune borne particulière n'est fixée à ce pouvoir normatif : l'État *dispose* totalement du droit, puisqu'au delà de sa simple reconnaissance, il en fixe la *portée*, celle-ci pouvant être étendue ou au contraire restreinte, voire très restreinte, pour ne pas dire rendue inexistante. Ce type de clause de réglementation des atteintes n'est pas sans précédent. On en trouve des exemples dans les autres instruments déclaratifs des droits de l'Homme⁴³. D'une manière générale, ces clauses ont toutes été réinterprétées — voire reformulées — par les organes de contrôle compétents, en vue de les rendre plus conformes à la fois au contexte mais aussi à l'objet et au but du traité correspondant⁴⁴. La Commission africaine a suivi la même démarche à propos de l'article 9 § 2 de la Charte.

Cette démarche doit être replacée dans la perspective de l'attitude générale adoptée par la Commission à l'égard des clauses de réglementation des atteintes. Plutôt que de céder aux potentialités autoritaires du texte qu'elle avait à interpréter, la Commission a résolument pris le parti d'interpréter restrictivement les clauses de réglementation des atteintes. Cette orientation générale apparaît clairement dans les passages suivants de la décision rendue par la Commission dans l'affaire *Amnesty International c/ Zambie* :

« La Commission considère que les clauses dérogatoires ne devraient pas être interprétées dans le sens contraire aux principes de la Charte. Le recours à ces dispositions ne devrait pas être un moyen de perpétuer des violations des dispositions claires de la Charte. (...) Il importe que la Commission fasse une mise en garde contre le recours trop facile à ces clauses dérogatoires de la Charte africaine. Il incombe à l'État de prouver qu'il est justifié de recourir aux clauses dérogatoires. »⁴⁵

Elle est également bien illustrée par la volonté de la Commission de généraliser les principes établis par elle en matière de liberté d'association :

« La Commission a décidé, dans la communication 101/93 concernant la liberté d'association, que “les autorités compétentes ne doivent pas arrêter des décisions qui limitent l'exercice de cette liberté. Les autorités compétentes ne doivent pas rejeter des

⁴³ Articles 13 et 14 § 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Article 2 du Protocole n°7 se rapportant à la C.E.D.H. ; Article 14 § 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

⁴⁴ Cf. *infra* note n° 52.

⁴⁵ Comm. n° 212/98, *Amnesty International c/ Zambie*, 5 mai 1989, § 42, Douzième rapport d'activité (1998-1999).

dispositions constitutionnelles ou compromettre des droits fondamentaux garantis par la constitution et les normes internationales des droits de l'homme⁴⁶

Ce faisant, la Commission établit un principe général qui s'applique à tous les droits, et non seulement à la liberté d'association. Le gouvernement doit éviter de restreindre les droits et attacher une attention spéciale aux droits constitutionnels et aux droits garantis par le droit international humanitaire. Aucune situation ne justifie la violation systématique des droits de l'homme. En fait, les restrictions générales des droits réduisent la confiance du public dans la primauté du droit et ne sont souvent d'aucune utilité. »⁴⁷

S'agissant plus spécifiquement de l'article 9 § 2, la démarche de réinterprétation de la clause de réglementation des atteintes de ce paragraphe peut être résumée en deux étapes. Dans une première étape, la Commission a rejeté l'interprétation littérale du texte au profit d'une interprétation conforme à l'idée d'intangibilité des droits de l'Homme, fondée à la fois sur le contexte et sur l'objet et le but du traité. Ce faisant la Commission a affirmé sa compétence pour déterminer l'existence de violations de l'article 9 § 2 (A). Puis la Commission a progressivement réintroduit certains critères fondamentaux de justification des atteintes, tirés de l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et d'autres clauses, notamment relatives à la liberté d'expression.

A. — Le rejet d'une interprétation littérale

L'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Le paragraphe 2 du même article précise que le « contexte » comprend notamment « le texte, préambule et annexes inclus » du traité. Enfin le paragraphe 3 précise qu'« [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...) c) de toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties. »

Une lecture littérale de l'article 9 § 2 fait de cette disposition une contradiction dans les termes, si on l'envisage à la lumière de l'objet et du but de la Charte. Cette dernière a en effet pour objet et

⁴⁶ Il s'agit de la décision sur la comm. n° 101/93, *Civil Liberties Organisation au nom du Nigerian Bar Association c/ Nigéria*, § 25, 17^{ème} session ordinaire de la Commission, Lomé, Togo, Mars 1995.

⁴⁷ Comm. n° 102/93, *Constitutionnal Rights Project et Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, §§ 57-58, Douzième rapport d'activité (1998-1999). V. aussi comm. n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, §§ 64-65, Douzième rapport d'activité (1998-1999).

pour but de reconnaître un certain nombre de droits qualifiés de « droits de l'Homme », d'en donner une définition « commune » aux parties au traité, et d'en assurer la garantie internationale. Or en plaçant l'exercice du droit à la liberté d'expression sous l'empire des « lois et règlements », l'article 9 § 2 laisse à l'État toute latitude pour en déterminer la portée et prive donc, dans un même mouvement, le texte international de sa fonction normative et l'organe de contrôle de la possibilité d'apprécier le respect de la disposition par l'État à l'aune de critères autonomes. C'est donc tout à la fois l'objectif de reconnaissance d'une « conception commune » de la liberté d'expression que celui de garantie internationale qui sont ici atteints dans leur substance. Au-delà, c'est la fonction même du droit international qui est en cause et la primauté de principe qui découle de cette fonction. *Du point de vue du droit international*, le traité ne peut en effet que primer sur le droit interne, sauf à se nier lui-même⁴⁸. Ces différents impératifs, liés à l'objet et au but du traité et à la nature même du droit international, ont été parfaitement résumés par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples pour écarter une interprétation littérale du paragraphe 2 de l'article 9 :

« En vertu de l'article 9 § 2 de la Charte, la diffusion d'opinions peut être restreinte par les lois nationales. Ce qui n'implique pas que les lois nationales peuvent complètement écarter le droit d'exprimer et de faire connaître ses opinions, ce qui rendrait inopérante la protection de ce droit. Permettre à la loi nationale d'avoir la préséance sur la Charte aurait comme conséquence d'anéantir l'importance et l'impact des droits et des libertés prévus par la Charte. Les obligations internationales doivent toujours avoir la préséance sur les lois nationales. Toute restriction des droits garantis par la Charte doit être conforme aux dispositions de cette dernière. »⁴⁹

Le recours au contexte de la Charte milite également à l'encontre d'une interprétation littérale. L'article 60 de la Charte autorise la Commission à s'inspirer, dans son œuvre d'interprétation, de

⁴⁸ V. à cet égard l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, 4 février 1932, Série A/B, n°44, p. 24.

⁴⁹ Comm. n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, § 66, Douzième rapport d'activité (1998-1999). V. aussi comm. n° 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigéria*, 15 novembre 1999, § 40, Treizième rapport d'activité (1999-2000). V. aussi *mutatis mutandis*, dans le contexte de l'article 13 (droit de participer aux affaires publiques de son pays), à propos de l'annulation des élections au Nigéria : comm. 102/93, *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, Douzième rapport d'activité (1998-1999), § 48 : « Un des principes fondamentaux de l'universalité des droits de l'homme est que certaines normes doivent être constantes à travers les frontières et que les gouvernements assument la responsabilité de respecter ces normes. Les critères des éléments essentiels qui constituent des élections libres et justes sont universellement convenus et des observateurs internationaux sont détachés pour veiller à ce qu'ils soient appliqués. Il serait contraire à la logique du droit international qu'un gouvernement ayant un intérêt quelconque concernant une élection, soit le juge ultime chargé de trancher si les élections se sont déroulées conformément aux normes internationales ou pas. »

tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme « adoptés par les Nations Unies et par les pays africains » — et singulièrement la Déclaration universelle des droits de l'Homme — « ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. » Par ailleurs l'article prévoit que la Commission « prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » « les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine. » Cet ensemble de références est plus qu'il n'en faut pour élaborer une interprétation cohérente du système de réglementation des atteintes aux droits reconnus par la Charte.

L'idée de la Commission est de tout évidence de trouver un principe unique d'explication, qui permette à la fois d'uniformiser le régime des atteintes tout en le renforçant lorsque, comme c'est le cas dans le cadre de l'article 9 § 2, il s'avère beaucoup trop faible. Pour ce faire, la Commission va réinterpréter l'article 27 § 2 de la Charte pour en faire un équivalent fonctionnel et matériel de l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme — article clé de voûte fixant les critères fondamentaux d'un régime « commun » des atteintes aux droits de l'Homme :

« Contrairement aux autres instruments internationaux des droits de l'homme, la Charte Africaine ne contient pas de clause dérogatoire. Par conséquent, les restrictions des droits et des libertés contenus dans la Charte ne peuvent être justifiées par les situations d'urgence ou les circonstances particulières.

Les seules raisons légitimes de limitation des droits et des libertés contenus dans la Charte sont stipulées à l'article 27 § 2, à savoir que les droits ... *“s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun”*.

Les raisons de limitation possibles doivent se fonder sur un intérêt public légitime et les inconvénients de la limitation doivent être strictement proportionnels et absolument nécessaires pour les avantages à obtenir.

Ce qui est plus important, une limitation ne doit jamais entraîner comme conséquence le fait de rendre le droit lui-même illusoire. »⁵⁰

Que l'on ne s'y trompe pas, il s'agit bien d'une réinterprétation sous l'effet des articles 60 et 61 : l'article 27 § 2 est en effet contenu dans le Chapitre II de la Première partie de la Charte,

⁵⁰ Comm. n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, §§ 67-70, Douzième rapport d'activité (1998-1999). V. aussi comm. n° 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigéria*, 15 novembre 1999, §§ 41-42, Treizième rapport d'activité (1999-2000).

consacré aux « Devoirs ». Il n'avait pas vocation, à l'origine, à faire office de clause générale fixant des critères de justification des atteintes portées par l'État aux droits reconnus par la Charte. Bien au contraire, il s'inscrivait dans la logique des « devoirs » que l'État a la charge et le privilège de faire peser sur les citoyens⁵¹.

Ce travail opéré sur l'article 27 § 2 conduit lui-même à une réinterprétation de la clause restrictive de l'article 9 § 2. Cette clause est à la fois englobée dans et modifiée par l'article 27 § 2. Dès lors, la Commission se donne une conception cohérente du régime des atteintes, fondée sur l'idée d'intangibilité des droits de l'Homme : ces droits, en effet, sont hors de portée de la volonté de l'État en tant que droits réputés de droit naturel. L'État ne peut donc y porter atteinte qu'à condition de respecter un certain nombre de conditions qui permettent de s'assurer que la « substance » du droit n'est pas atteinte, autrement dit, que le droit n'est pas rendu « illusoire » par l'atteinte⁵². L'adoption de cette conception substantielle de l'intangibilité des droits ouvre la voie à une réintroduction, au sein de l'article 9 § 2, des critères fondamentaux de justification des atteintes.

B. — La réintroduction des critères fondamentaux de justification des atteintes

Dans le passage de la décision cité plus haut, la Commission énumère deux des quatre critères fondamentaux de justification des atteintes, tels qu'ils sont identifiés par l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme : but légitime à l'atteinte et « nécessité » de cette atteinte pour la poursuite du but légitime. A ces deux critères, il faut ajouter celui de la légalité et la notion de « société démocratique », directive d'interprétation qui vient irradier l'ensemble des

⁵¹ V. F. Ougergouz, *op. cit.*, pp. 115 et 260 et la contribution du Professeur Laurence Burgogue-Larsen au sujet de l'article 9 § 1, *supra*.

⁵² On observera qu'un travail semblable a été fait par les organes de Strasbourg, la Cour de San José et le Comité des Droits de l'Homme pour les dispositions des instruments correspondants qui présentent un régime des atteintes comparable à l'article 9 § 2 (renvoi à la loi nationale). Toutefois, le rejet de l'interprétation littérale au profit d'une interprétation conforme au principe d'intangibilité s'est fait ici sans recourir à une clause générale de limitation. Pour l'article 12 C.E.D.H., on se reportera aux décisions de la Commission dans les affaires *Hamer c/ Royaume-Uni et Draper c/ Royaume-Uni* (respectivement rapport du 13 décembre 1979, *D.R.* 24, pp. 18 et suiv. et rapport du 10 juillet 1980, *D.R.* 24, pp. 84 et suiv.) et à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Rees c/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, Série A n° 106. Pour l'article 2 du Protocole n° 7, v. la décision de la Commission dans l'affaire *E.M. c/ Norvège* (26 octobre 1995, *D.R.* n° 83-B, p. 5) et l'arrêt de la Cour *Krombach c/ France* (13 février 2001). Pour ce qui est de l'article 13 du P.I.D.C.P., v. Observation générale n° 15 du Comité des droits de l'Homme, § 10. S'agissant de l'article 14 § 5 du P.I.D.C.P., v. les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Salgar de Montejo c/ Colombie* (comm. n° 64/1979, 24 mars 1982, A/37/40 (1982), p. 186, § 10.4). Enfin pour l'article 14 § 1 de la Convention interaméricaine : l'avis consultatif n° 7 de la Cour interaméricaine, *Enforceability of the Right to Reply*

critères précédents. La Commission africaine a entrepris un travail de réintroduction de ces critères fondamentaux dans le cadre de son raisonnement relatif aux atteintes portées à la liberté d'expression. Il faut toutefois remarquer que ce processus n'est pas linéaire. L'évolution générale de la jurisprudence relative à l'article 9 § 2 suit une phase ascendante de 1996 à 2000 : le raisonnement se complexifie, s'amplifie, avec l'introduction de nouveaux critères. Puis commence une phase descendante de 2000 jusqu'à 2002. Les dernières décisions de la Commission étudiées sont très peu motivées, comme si les concepts élaborés avec peine dans les décisions antérieures étaient laissés de côté. Il faut espérer que la Commission renouera à l'avenir avec des raisonnements plus étoffés.

1. Légalité

Le critère de légalité n'a pas été réincorporé par la Commission de manière explicite. Il n'en reste pas moins que l'on voit apparaître dans plusieurs décisions une des facettes substantielles de ce critère. Le concept de légalité comporte, comme on le sait, deux dimensions : une dimension formelle, qui renvoie à la « loi » comme acte voté à l'issue d'une procédure démocratique, en général par un organe représentant le « pouvoir législatif »⁵³ ; et une dimension matérielle ou substantielle qui renvoie, elle, à plusieurs « qualités » ou caractéristiques de la législation comme norme respectueuse des libertés⁵⁴. Une première décision *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c/ Nigéria* concernait un « décret militaire » adopté par la junte au pouvoir en 1993, après l'annulation des élections au Nigéria. En vertu d'un décret antérieur dérogeant à la Constitution, les décrets adoptés par la junte étaient insusceptibles de faire l'objet d'un recours devant les tribunaux internes en vue de contrôler leur validité. Par décret, la junte s'était donc arrogé un pouvoir constitutionnel. Le décret en cause interdisait la publication d'une dizaine de

or *Correction*, (Avis OC-7/86, 29 août 1986, Série A, n° 7, § 33).

⁵³ Cette conception est bien illustrée par la jurisprudence interaméricaine. V. en particulier l'avis consultatif n° 6 de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme *The Word « Laws » in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, OC-6/86 du 9 mai 1986, Série A, n°6 (1986).

⁵⁴ Cette conception matérielle a été développée par les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans l'affaire *Sunday Times*, en particulier, la Cour a considéré que la « base de droit interne » sur laquelle était fondée la restriction devait être à la fois *suffisamment accessible et assez précise* pour permettre au citoyen de régler sa conduite (arrêt du 26 avril 1979, n°30, p. 31, § 49). V. aussi dans le même sens la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies et en particulier les observations du Comité dans l'affaire *Robert W. Gauthier c/ Canada* à propos d'un journaliste empêché d'accéder pleinement aux services de presse du Parlement parce que sa demande d'adhésion à une association privée réglementant cet accès avait été refusée (comm. n° 633/1995, 5 mai 1999, A/54/40 (1999), vol. II, pp. 96 et suiv.)

journaux et de magazines. La Commission constate une violation de l'article 9 comme *corollaire* d'une violation de l'article 3, qui énonce le principe d'égalité devant la loi. Mais le lien conceptuel qui permet de comprendre ce basculement d'un article à l'autre manque :

« Les lois applicables spécifiquement à une personne ou à une personnalité juridique présentent le grave danger de discrimination et d'absence de traitement égal devant la loi, tel que garanti par l'article [3]. L'interdiction frappant "The News" est donc une violation de l'article 9. »⁵⁵

Ce n'est que dans une deuxième décision *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project* que ce lien apparaît clairement :

« Des lois faites sur mesure pour s'appliquer à une personne ou à une personne morale entraînent le grand danger de discrimination et d'absence d'égalité de traitement devant la loi, telles qu'elles sont garanties par l'article 3. *La proscription de "The News" ne peut donc avoir été faite "selon la loi" et constitue donc une violation de l'article 9.2.* »⁵⁶

Le constat de la violation de l'article 9 ne découle pas, on le voit bien ici, du constat antérieur d'une discrimination constitutif d'une violation de l'article 3. Si la Commission avait voulu aller dans ce sens, elle aurait dû constater plutôt une violation de l'article 9 *combiné* à l'article 3⁵⁷. Ce n'est pas le cas ici : ce que la Commission veut dire, c'est qu'il y a violation de l'article 9 parce que la mesure visée entre en conflit avec le critère de légalité dans sa dimension substantielle de *généralité*. La « loi » est en effet, par définition, générale, elle ne vise aucun cas particulier. De la sorte, elle permet une réglementation égalitaire des droits, c'est-à-dire une réglementation qui ne privilégie aucun intérêt particulier au détriment de l'intérêt général. En l'espèce, le décret prétendait explicitement à une valeur législative — voire constitutionnelle — en ce qu'il dérogeait aux lois et principes en vigueur relatifs à la liberté de la presse. Dès lors, il aurait dû respecter les qualités inhérentes à un acte législatif, et notamment la généralité.

A vrai dire, la mesure de la junte était condamnable à tout point de vue et la Commission aurait pu aller beaucoup plus loin. La légalité présente en effet deux autres qualités substantielles : l'accessibilité aux citoyens et la précision⁵⁸, qui permettent à chacun d'anticiper et de régler son comportement en fonction des normes en vigueur. Sur le plan formel aussi, la mesure nigérienne était condamnable, en ce qu'elle constituait une intrusion sauvage du pouvoir exécutif dans le

⁵⁵ Comm. 102/93, 31 octobre 1998, § 59, Douzième rapport d'activité (1998-1999).

⁵⁶ Comm. 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 31 octobre 1998, § 71, Douzième rapport d'activité (1998-1999). Nous soulignons.

⁵⁷ V. la jurisprudence des organes de Strasbourg au sujet de l'article 14 de la C.E.D.H.

champ de compétence des pouvoirs législatif et constituant. Par le biais de l'article 3 ou par simple référence à l'article 60, la Commission pourrait, à l'avenir, réintégrer dans toute sa plénitude le critère de légalité au sein du paragraphe 2 de l'article 9.

2. Buts légitimes

En s'inspirant de l'article 27 § 2, la Commission a pu réintroduire dans son raisonnement la notion de « but » ou d'« intérêt public légitime ». Dans un certain nombre de cas, la mesure visée par le requérant tombe sous le coup de ce critère. Il en est ainsi lorsque le seul « but » poursuivi par une saisie de magazines au Nigéria est de faire taire la critique à l'égard des décrets inconstitutionnels adoptés par la junte :

« L'article en question pourrait avoir provoqué des discussions et des critiques à l'égard du gouvernement, *mais il ne semble pas qu'il ait déclenché des menaces, pour prendre un exemple, à la sécurité nationale ou à l'ordre public.* »⁵⁹

Parfois, la version du gouvernement peut être purement fallacieuse et il revient à la Commission de découvrir les buts réels poursuivis par le Gouvernement. Ainsi pour la condamnation du journaliste nigérian Niran Malaolu à la prison à vie, sous le prétexte fallacieux de participation à un coup d'État :

« Considérant les faits dont elle dispose et la réponse apportée par le gouvernement défendeur, la Commission estime que c'est seulement la publication de Monsieur Malaolu qui a conduit à son arrestation, à son jugement et condamnation, et ce, en violation de l'Article 9 de la Charte (...) »⁶⁰

Les « buts légitimes » se rattachent tous d'une manière ou d'une autre à la défense de l'intérêt général (les droits de tous) et à la défense des droits d'autrui (les droits de chacun). Tout but légitime doit se comprendre en lien avec la notion de « société démocratique ». De cette manière, la liberté d'expression ne saurait être comprise uniquement comme une « menace » potentielle à l'ordre public. Dans une « société démocratique », la liberté d'expression constitue également une composante fondamentale de cet ordre public, comme l'a bien montré la Cour

⁵⁸ Cf. la jurisprudence citée *supra* note n° 54.

⁵⁹ Comm. n°105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, § 73, Douzième rapport d'activité (1998-1999). Nous soulignons.

⁶⁰ Comm. n° 224/98, *Media Rights Agenda c/ Nigéria*, Octobre-Novembre 2000, § 69, Quatorzième rapport d'activité (2000-2001).

interaméricaine des droits de l'Homme, dans son avis consultatif n° 5 *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* :

« The Court also believes, however, that that same concept of public order in a democratic society requires the guarantee of the widest possible circulation of news, ideas and opinions as well as the widest access to information by society as a whole. *Freedom of expression constitutes the primary and basic element of the public order of a democratic society*, which is not conceivable without free debate and the possibility that dissenting voices be fully heard. »⁶¹

3. Nécessité

La Commission indique que, selon elle, « les inconvénients de la limitation doivent être strictement proportionnels et absolument nécessaires pour les avantages à obtenir. »⁶² Ce critère ne se trouve pas dans l'article 27 § 2, ni dans l'article 9 § 2. On peut donc estimer que, pour l'introduire dans son raisonnement, la Commission s'est référée implicitement à une autre disposition de la Charte, l'article 11⁶³, qui contient ce critère, mais aussi aux autres instruments internationaux en matière de droits de l'Homme sur le plan universel, et cela en vertu de l'article 60.

C'est sans doute la jurisprudence des organes de Strasbourg qui donne la conception la plus complète et la plus cohérente du critère de nécessité. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la « nécessité » implique que la mesure visée s'appuie sur un motif déterminant — à la fois « pertinent » et « suffisant » — et qu'elle soit proportionnée et en adéquation avec le but légitime visé. L'existence de garanties — et en particulier de garanties judiciaires — peut également entrer en ligne de compte dans la « balance » effectuée par le juge entre l'intérêt général et le droit de l'individu. En tout état de cause, la nécessité s'évalue toujours dans le contexte d'une « société démocratique », ce qui signifie qu'une priorité de principe est accordée au droit individuel par rapport aux intérêts de la collectivité.

La Commission africaine a bien montré à cet égard que l'idée de proportionnalité implique que c'est toujours la mesure *la moins attentatoire* à la liberté visée qui doit être adoptée. Lorsque la

⁶¹ Avis du OC-5/85, 13 novembre 1985, Série A, n° 5, § 69. Nous soulignons.

⁶² Passage précité de *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998.

⁶³ Cet article dispose : « Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions *nécessaires* édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes. » Nous soulignons.

mesure dépasse ce strict rapport de nécessité, elle est constitutive d'une violation du droit en cause. C'est le cas lorsque la junte nigériane fait saisir des numéros d'un magazine, alors qu'elle possède à sa disposition des procédures en diffamation qui suffisaient en l'espèce à défendre ses intérêts :

« Il est important que dans la conduite des affaires de l'Etat des opinions critiques, émises à l'égard du gouvernement, soient jugées selon qu'elles représentent un vrai danger à la sécurité nationale. Si le gouvernement estimait que l'article en question était une insulte contre lui ou contre le Chef de l'Etat, une action en diffamation aurait été plus appropriée que la saisie de tout le numéro du magazine avant sa publication. La saisie de TELL constitue donc une violation de l'article 9.2. »⁶⁴

Par ailleurs, dans une société démocratique, le gouvernement doit être prêt à faire face aux critiques qui lui sont adressées sur son programme et ses idées avec une grande tolérance. Dès lors, le rapport de proportionnalité entre la mesure prise pour limiter ce droit de critique et le but légitime visé doit être apprécié de manière beaucoup plus stricte que pour des propos à l'endroit d'individus privés. C'est cet enseignement des arrêts *Lingens* et *Castells*⁶⁵ de la Cour européenne des droits de l'Homme que la Commission reprend à son compte dans ce passage de sa décision *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project*, à propos d'un article critique à l'égard du chef de la junte nigériane :

« La seule personne dont la réputation a pu être ternie par cet article est le Chef de l'Etat. En tout état de cause, et jusqu'à preuve du contraire, l'on peut penser que lorsqu'on critique un gouvernement cela ne constitue pas une attaque à la réputation personnelle du Chef de l'Etat. Ceux qui assument des rôles publics de premier plan doivent nécessairement être prêts à faire face à des critiques plus importantes que celles que peuvent subir de simples citoyens, autrement tout débat public ne serait plus possible. »⁶⁶

Dans cette même affaire, les requérants mettaient en cause un système d'enregistrement des journaux mis en place par la junte par le biais d'un décret rétroactif. Tous les journaux non enregistrés étaient déclarés rétroactivement illégaux. La demande d'enregistrement devait être adressée à un Comité pour l'enregistrement des journaux qui statuait discrétionnairement, sans aucune voie de recours. Même si le Comité acceptait la demande, des frais d'enregistrement

⁶⁴ Comm. n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, 31 octobre 1998, § 75, Douzième rapport d'activité (1998-1999). V. aussi, dans le même sens mais avec une argumentation beaucoup plus faible, comm. n° 232/99, *John D. Ouko c/ Kenya*, 6 novembre 2000, § 28, Quatorzième rapport d'activité (2000-2001).

⁶⁵ Arrêts cités *supra*.

⁶⁶ Comm. n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 31 octobre 1998, § 74.

élevés devaient être payés, censés couvrir les frais administratifs et les éventuels dédommagements ou amendes en cas d'action en diffamation.

La Commission a considéré qu'un système d'enregistrement n'était pas en soi incompatible avec le droit à la liberté d'expression, mais que le montant des frais d'enregistrement ne devait pas dépasser les frais nécessaires pour effectuer l'opération et pour garantir d'éventuels dédommagements. Autrement dit « des frais excessivement élevés » constitueraient « une restriction de la publication des moyens d'information ». En l'espèce, la Commission a considéré que les frais exigés, bien qu'élevés, n'étaient pas excessifs. En revanche, elle a condamné le Nigéria sur le fondement de l'article 9 § 1, en raison du fait que le Comité pour l'enregistrement des journaux rendait ses décisions de manière totalement discrétionnaire, conférant ainsi au gouvernement un véritable pouvoir de censure, ce qui avait pour effet de compromettre le droit du public à l'information⁶⁷.

On voit ainsi poindre, à travers ces différents éléments, un raisonnement structuré autour du principe de nécessité. Certes, les motifs qui justifient la mise en place d'un système d'enregistrement des journaux peuvent apparaître « pertinents » et « suffisants » lorsqu'ils constituent une forme de garantie contre d'éventuelles « victimes » de la liberté de la presse. La mesure n'en est pas pour autant proportionnée avec le but légitime poursuivie : il faut pour cela que les frais d'enregistrement eux-mêmes ne soient pas si élevés qu'ils en viennent à empêcher la création d'un journal. En tout état de cause, la restriction occasionnée par un tel système exigerait, pour être proportionnelle au regard du but légitime visé, d'être contrebalancée par un système de recours effectif contre les abus. Or ce n'est évidemment pas le cas ici, puisque le Comité chargé de procéder aux enregistrements ne présente aucune garantie d'indépendance et d'impartialité et qu'il rend ses décisions en premier et dernier ressort.

On peut faire observer que si la Commission avait abordé les critères en suivant l'ordre dans lequel ils se présentent d'ordinaire dans les clauses de réglementation des atteintes, elle aurait pu sanctionner d'emblée la mesure de la junte nigériane sur le fondement de la condition « prévue par la loi »⁶⁸. D'une part, en effet, la mesure était incompatible avec l'exigence de légalité dans sa dimension formelle, dans la mesure où elle était prise par le pouvoir exécutif en dérogation de la loi et de la Constitution internes. D'autre part, tant la rétroactivité du décret que le pouvoir

⁶⁷ *Id.*, §§ 55-57.

⁶⁸ Comp. à cet égard avec l'arrêt *Gaweda c/ Pologne*, rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 14 mars 2002 (req. n° 26229/95).

discrétionnaire laissé au Comité pour décider d'accorder l'enregistrement venaient contredire les exigences d'accessibilité et de précision inhérentes à la dimension matérielle du même principe de légalité. Il n'était donc même pas nécessaire de procéder à un contrôle de nécessité.

On vient de toucher du doigt ce qui constitue sans doute la grande faiblesse de la jurisprudence de la Commission telle qu'elle se présente à la fin de l'année 2002. Les critères de justification des atteintes — légalité, but légitime, nécessité dans une société démocratique — demandent à être réintégrés de manière beaucoup plus systématique qu'ils ne le sont à l'heure actuelle. Cela signifie que chaque critère devrait être réintégré dans toute ses dimensions et dans toute sa complexité, mais aussi que le raisonnement devrait être mieux formalisé, de manière à ce qu'aucune étape fondamentale ne soit oubliée. Il ne sert à rien de procéder à un contrôle de « nécessité » s'il n'a pas été préalablement vérifié que la mesure visée était bien « prévue par la loi » et poursuivait un but légitime. On retrouve ce paradoxe notamment dans l'affaire *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project* : à propos des saisies de journaux perpétrés par la junte au Nigéria, la Commission constate d'abord l'absence de but légitime en considérant que de telles mesures ne pouvaient viser qu'à faire taire les critiques à l'égard du gouvernement. Puis elle procède tout de même à un contrôle de proportionnalité au regard du but légitime, alors que ce contrôle est devenu sans objet, le but légitime ayant été déclaré inexistant⁶⁹...

Face à cette jurisprudence somme toute impressionnante pour une jeune institution — confrontée qui plus est à toutes sortes de difficultés liées notamment à sa composition, à une organisation souvent déficiente et à un manque de moyen endémique⁷⁰ — on ne peut toutefois qu'être optimiste pour l'avenir du contrôle de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Le développement de la jurisprudence au regard de l'article 9 § 2, en particulier, exigera de la Commission et de la Cour qu'ils en approfondissent encore toutes les implications tant au regard de l'extension matérielle du droit à la liberté d'expression que des atteintes qui peuvent lui être portées par l'État. Mais l'important est de s'être attaché dès le début à l'œuvre de construction d'une conception commune des droits de l'Homme, dans le droit fil de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Une conception qui comme le rappelait le Secrétaire général de l'O.N.U.

⁶⁹ *Ibid.*, §§ 73-75.

⁷⁰ V. à cet égard le rapport critique d'Amnesty International, « Credibility in Question : proposals for improving the efficiency and effectiveness of the African Commission on Human and Peoples' Rights », Août 1998, IOR 63/02/98. Et Jean-Louis Atangana Amougou, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, www.revue-df.org.

Boutros Boutros Ghali lors de la Conférence mondiale de Vienne en 1993, constitue « le langage commun de l'humanité grâce auquel tous les peuples peuvent, dans le même temps, comprendre les autres et écrire leur propre histoire ».

Olivier de Frouville

Maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre

Janvier 2005.