Document généré le 4 juil. 2025 03:18

Revue générale de droit

Liberté d'information et droits concurrents : la difficile recherche d'un critère d'équilibration

Karim Benyekhlef

Volume 26, numéro 2, juin 1995

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1035862ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1035862ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Benyekhlef, K. (1995). Liberté d'information et droits concurrents : la difficile recherche d'un critère d'équilibration. *Revue générale de droit*, *26*(2), 265–306. https://doi.org/10.7202/1035862ar

Résumé de l'article

La liberté d'information constitue un principe de droit international consacré dans plusieurs instruments internationaux. De même, la plupart des constitutions nationales accordent à la liberté d'information le statut de règle supra-législative. La liberté d'information n'est évidemment pas absolue et doit, parfois, céder le pas à des intérêts concurrents. L'auteur examine les critères propres à assurer l'équilibration de la liberté d'information et des droits qui lui sont concurrents. Cet exercice d'équilibration est souvent présenté dans la jurisprudence et la doctrine, tant nationales qu'internationales, comme une forme achevée d'objectivité. Cette prétention à l'objectivité soulève des difficultés pratiques et théoriques. Au plan pratique, l'auteur démontre que la liberté d'information est loin d'avoir un sens unique en droit international. Bien que la plupart des pays souscrivent à la liberté d'information, chacun l'aménage à sa façon. De même, en droit national, le sens et la portée de la liberté d'information sont tributaires de facteurs contextuels qui amenuisent sérieusement la nature objective de l'exercice d'équilibration auquel se livrent les tribunaux. Au plan théorique, l'auteur souligne que le libéralisme juridique nie, en quelque sorte, cette prétention à l'objectivité puisque ses deux postulats fondateurs, l'autonomie de l'individu et le consentement de ce dernier à l'établissement de tout ordre social, consacrent la subjectivité des valeurs.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1995

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Liberté d'information et droits concurrents : la difficile recherche d'un critère d'équilibration*

KARIM BENYEKHLEF
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

La liberté d'information constitue un principe de droit international consacré dans plusieurs instruments internationaux. De même, la plupart des constitutions nationales accordent à la liberté d'information le statut de règle supra-législative. La liberté d'information n'est évidemment pas absolue et doit, parfois, céder le pas à des intérêts concurrents. L'auteur examine les critères propres à assurer l'équilibration de la liberté d'information et des droits qui lui sont concurrents. Cet exercice d'équilibration est souvent présenté dans la jurisprudence et la doctrine, tant nationales qu'internationales, comme une forme achevée d'objectivité. Cette prétention à l'objectivité soulève des difficultés pratiques et théoriques. Au plan pratique, l'auteur démontre que la liberté d'information est loin d'avoir un sens unique en droit international. Bien que la plupart des pays souscrivent à la liberté d'information, chacun l'aménage à sa façon. De même, en droit national, le sens et la portée de la liberté d'information sont

ABSTRACT

Freedom of information is a guiding principle of international law and is enshrined in many international agreements. Additionally, the constitutions of many countries accord freedom of information a supra-legislative status. However, it should be noted that freedom of information is not absolute and must on occasion cede its place to competing interests. The author examines the criteria necessary to ensure that an acceptable equilibrium is established between the right of freedom of information and other competing rights. Previous national and international studies of legislation, jurisprudence and doctrine have professed that such criteria result in an objective standard. However, it should be noted that such a position raises both theoretical and practical difficulties. On a practical level the author demonstrates the multitude of definitions and approaches to the term "freedom of information". Freedom of information is subject to a variety of internal political and social

* La recherche pour cet article a été rendue possible grâce à une subvention du Fonds Georg Stellari, du C.R.S.H. et du F.C.A.R. L'auteur tient à remercier messieurs Patrick Lutzy et François Themens qui ont agi comme assistants de recherche.

tributaires de facteurs contextuels qui amenuisent sérieusement la nature objective de l'exercice d'équilibration auquel se livrent les tribunaux. Au plan théorique, l'auteur souligne que le libéralisme juridique nie, en quelque sorte, cette prétention à l'objectivité puisque ses deux postulats fondateurs, l'autonomie de l'individu et le consentement de ce dernier à l'établissement de tout ordre social, consacrent la subjectivité des valeurs.

factors which may have an impact upon judicial determinations as to which information is publicly accessible and which is not. On the theoretical level the author emphasizes that the doctrine of judicial liberalism would tend to contradict any finding of objectivity. Such a contradiction finds its roots in the belief that the autonomy of the individual and its consent towards the establishment of social order its necessarily decree the subjectivity of criteria and values.

SOMMAIRE

Introduction 266

I. Quelques précisions terminologiques 267

II. Droits nationaux 272

A. Canada 272
B. États-Unis 279
C. Conclusion provisoire 282

III. Droit internationl 284

A. Documents internationaux 284
B. Contentieux international 292
C. Liberté d'information : effectivité et rhétorique en droit international 295

Conclusion 305

INTRODUCTION

À l'heure de la multimédiatisation et de l'euphorie tantôt naïve, tantôt suspecte, suscitée par le développement d'une technologie informationnelle qui devrait étreindre de sa lourde emprise tous les types de l'activité humaine, le juriste positiviste, modèle du libéralisme juridique, est tenté, plus que jamais, de trouver et de définir un idéal-type de la liberté d'information et de ses droits concurrents. Il s'agit alors de catégoriser les discours ou les comportements relevant de la liberté d'information et de leur opposer des restrictions licites. Cet exercice de hiérarchisation des normes n'est pas suffisant. Il importe également de mettre au point un critère d'équilibration invariable qui, quelles que soient les situations, conservera un caractère opérationnel et efficient. Un critère permettant, par exemple, de distinguer l'érotisme de la pornographie ou la diffamation de la saine critique. L'intérêt

public, au même titre que la protection du droit à la vie privée ou la défense de la morale, constitue, dans l'imaginaire positiviste, une restriction légitime. Encore faut-il être capable de définir cette notion et d'identifier un critère susceptible de nous indiquer le moment où celle-ci doit prévaloir sur la liberté d'information.

Ce principe de l'équilibration des droits n'est ni nouveau ni limité à la simple liberté d'information. Voilà un principe prégnant dans l'économie générale du libéralisme juridique. Pourtant, nous savons que l'équilibration des droits requiert une forme achevée d'objectivité. Le développement de maints critères par la jurisprudence canadienne et américaine en la matière s'est toujours fait à l'aune de ce souci déclaré d'objectivité. Or le libéralisme juridique nie, en quelque sorte, cette objectivité puisque ses deux postulats fondateurs, l'autonomie de l'individu et le consentement de ce dernier à l'établissement de tout ordre social, consacrent la subjectivité des valeurs. Ainsi, au-delà des difficultés purement pratiques qui frappent l'interprète dans sa recherche d'une équilibration juste des droits — difficultés reconnues et avouées par le juriste positiviste —, une autre difficulté, de nature théorique et fondamentale cette fois, rend cette tâche impossible, voire illusoire. Cette aporie n'est pas limitée au droit interne. On la retrouve aussi en droit international puisque, comme nous le verrons, celui-ci est fondé sur les mêmes postulats libéraux.

Il convient tout d'abord d'examiner succinctement le droit interne canadien et américain[1] relatif à la liberté d'information puisque, comme l'écrit Vasak, « le droit international des droits de l'homme dérive en réalité du droit national »[2]. Par la suite, l'examen du droit international complétera le portrait normatif de la liberté d'information et nous permettra de mieux saisir, outre les liens conceptuels indéniables entre les droits nationaux et international, les difficultés tant pratiques que théoriques mentionnées ci-haut.

I. QUELQUES PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

L'être humain a toujours aspiré à communiquer, à transmettre des idées, des faits, des informations. Voilà certes un invariant de la nature humaine. Du messager de l'Antiquité à la télématique d'aujourd'hui, le geste est le même : un émetteur transmet une information à un récepteur désireux ou non de la recevoir. Cette réalité semble circonscrite, de même, de prime abord, que le concept qui traduit celle-ci. Pourtant, on remarque, au plan juridique, une évolution ou, à tout le moins, une transformation terminologique des expressions qui désignent la réalité informationnelle. Des termes comme liberté d'information, droit à l'information, droit à la communication semblent se substituer à des expressions plus classiques, au plan des libertés publiques, comme liberté d'expression et liberté de presse.

---

1. L'étude du droit américain nous semble incontournable tant en raison de la longue expérience des tribunaux américains en la matière que de la richesse de la jurisprudence. La Cour suprême canadienne le reconnaît d'ailleurs en ces termes : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada. », *Law Society of Upper Canada* c. *Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 257, pp. 366-367. Lire au même effet : *R.* c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 et *Comité pour la République du Canada* c. *Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

2. K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », (1974) 140 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international (La Haye- R.C.A.D.I.)* 333, p. 405.

Ne s'agit-il pas pourtant du même geste que l'on cherche à décrire ou définir par le truchement de ces expressions? Il s'agit bien-sûr du même geste *essentiel*, à savoir la transmission d'une information. Mais au-delà de cette caractéristique intrinsèque, présente quelle que soit l'expression choisie, l'interprète remarque que l'évolution des technologies et des sociétés fait en sorte que la liberté d'expression, par exemple, ne peut rendre compte à elle seule des pluralités informationnelles. En d'autres termes, il s'avère nécessaire d'adapter le langage juridique afin que celui-ci puisse faire état plus adéquatement des nouvelles réalités.

Ainsi, l'expression « liberté d'information » apparaît après la Seconde Guerre mondiale en 1948 à la Conférence mondiale des Nations Unies sur la liberté d'information :

> Telles sont l'origine et la dénomination du concept en droit international. Il englobe et élargit, à la mesure des transformations sociales et technologiques, l'expression, héritée du XIX^e^ siècle, de « liberté de la presse ». L'expression traditionnelle aurait pu être conservée en lui donnant un sens élargi. Nous avons renoncé à l'employer systématiquement dans une étude sur « La liberté d'opinion et d'information » [...], « non pas seulement parce qu'elle évoque essentiellement un procédé technique d'expression [...] la liberté du lecteur, de l'auditeur, du spectateur doit être également garantie par la presse et contre la presse ».[3]

La liberté d'information ratisse donc plus large, puisqu'elle vise une multiplicité de locuteurs. La liberté de la presse devient, par conséquent, un sous-ensemble de la liberté d'information. Il ne s'agit pas ici de procéder à une catégorisation étanche des concepts présentés, mais plus simplement, de mieux saisir les interrelations qui peuvent se nouer entre eux.

Le professeur Trudel remarque, en ce qui concerne le droit à l'information, une tendance à le concevoir « comme une reformulation de la liberté d'expression ou encore son synonyme »[4]. Le droit à l'information découle d'une évolution juridico-historique de la liberté de presse et de la liberté d'expression :

> L'émergence de la notion de droit à l'information est largement attribuable aux divers mouvements d'idées qui ont conduit à l'évolution de la conception traditionnelle des droits de l'homme (incluant ceux dont l'objet est la circulation des informations concernant les faits d'actualité et l'expression des opinions sur les questions d'intérêt général) dans les États dont l'organisation sociale se fonde sur les principes de la démocratie et du libéralisme. Elle suppose également, d'une part, la prise de conscience des possibilités offertes par le développement des techniques de diffusion collective et, d'autre part, l'adhésion à la thèse voulant que l'information soit devenue une nécessité tant à des fins individuelles que sociales.[5]

Le XIX^e^ siècle connaît un essor considérable de la liberté de presse. La censure recule au profit d'une diffusion de plus en plus large de l'information, et ce, quelle que soit la nature politique de celle-ci. Les grandes proclamations du *Bill of Rights* ou de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789, consacrant la liberté de la presse, servent bien évidemment de fondements conceptuels sommant l'État de s'abstenir de toute intervention dans le domaine de l'informa-

---

3. R. PINTO, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, 1984, p. 19.

4. P. TRUDEL, « Réflexion pour une approche critique de la notion de droit à l'information en droit international », [1982] 23 *C. de D.* 847, p. 848.

5. P. TRUDEL, J. BOUCHER, R. PIOTTE et J.M. BRISSON, *Le droit à l'information*, Montréal, P.U.M., 1981, pp. 1-2.

tion. Nous sommes en présence d'une liberté-abstention, pierre d'angle de la doctrine libérale[6]. Le libéralisme économique profite donc à la liberté d'expression et à la liberté de presse. L'apparition de la radio et de la télévision modifie cette situation de laisser-faire. Ainsi, tout d'abord, des raisons techniques militent « en faveur de la prise en charge par l'État de la gestion du spectre des fréquences »[7]. De plus, « le pouvoir de manipulation de l'opinion publique qu'on a prêté aux nouvelles techniques a suffisamment inquiété les gouvernements pour les inciter à en assurer le contrôle »[8]. La conception libérale de l'information est donc appelée à se transformer en raison de l'évolution technique, mais également, de la critique marxiste des aspects purement formels des libertés[9]. On s'aperçoit notamment que l'abstention de l'État ne permet pas à lui seul un exercice effectif des libertés. Le laisser-faire ne peut résoudre des questions complexes comme la concentration de la presse, l'accès aux documents des organes de l'État (accès à l'information), l'inféodation de la presse à des intérêts particuliers (clientélaires) ou encore la diffusion de tous les courants de pensée, même les plus impopulaires. Le principe des droits économiques et sociaux apparaît alors, et avec lui, entre autres, le droit à l'information.

Le professeur Trudel note que les tribunaux ont joué un rôle important dans l'émergence du droit à l'information :

> Ce sont les tribunaux qui ont, dans une certaine mesure, introduit dans notre droit la notion de droit à l'information puisqu'ils ont été amenés à en faire un standard susceptible de contribuer à déterminer certaines limites de la liberté d'expression. Ainsi, l'intérêt du public à être informé a constitué un facteur de structuration des limites de la liberté d'expression [...] Le droit à l'information du public est présent dans le principe de la liberté d'expression. Il se manifeste surtout comme un standard d'appréciation de l'intérêt que comportait le message pour le bon fonctionnement de la démocratie ou pour l'information du public. Il permet de situer les limites de la liberté d'expression car en droit, cette liberté se trouve fatalement en conflit avec d'autres droits aussi fondamentaux. La reconnaissance de la liberté d'information recèle donc nécessairement, dans une certaine mesure, une reconnaissance du droit à l'information qui ne saurait être négligée. Il ne s'agit cependant pas d'un droit subjectif en tant que tel. Il ne concède pas de pouvoirs d'agir à titre principal, c'est bien davantage une sorte de sous-produit de la jurisprudence résultant de la confrontation de la liberté d'information avec d'autres libertés.[10]

Le droit à l'information peut alors se concevoir comme une liberté-créance, dont se réclame, par exemple, le droit d'accès à l'information des organes de l'État. Évidemment, l'effectivité de ce droit est tributaire de la reconnaissance par l'État des éléments qui le composent. En d'autres termes, la puissance publique doit, en principe, intervenir afin de permettre la mise en œuvre pratique de ce que le droit à l'information suppose. L'exemple, encore une fois, des lois d'accès à

---

6. « Par-delà la simple proclamation de la liberté d'expression, la doctrine libérale suppose que chaque individu possède un droit imprescriptible de publier ses connaissances et ses opinions. L'État a le devoir de s'abstenir d'en empêcher l'exercice. La seule prérogative qui lui reste est le pouvoir de sanctionner, *a posteriori*, les abus de cette liberté qui sont susceptibles de porter atteinte à la réputation d'autrui ou de mettre en péril l'existence même de l'État. », *id.*, pp. 5-6.
7. *Id.*, p. 7.
8. *Id.*, p. 8.
9. *Id.*, pp. 9-10.
10. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 851.

l'information, dont se sont dotés la plupart des pays démocratiques, illustre la nécessité d'une telle intervention[11].

Depuis quelques années, une nouvelle expression a fait son apparition : le droit à la communication[12]. Il s'agit là d'un concept relativement flou relevant bien plus de l'hypothèse de travail[13] que du droit effectif. Le droit à la communication apparaît comme une sophistication de la liberté d'information. Il ne s'agit plus simplement de reconnaître le droit de recevoir ou d'émettre des informations. Le droit à la communication prétend aller plus loin en se fondant notamment sur l'idée du dialogue et de la participation[14]. Trois éléments

---

11. Le professeur Rivero écrit au sujet des libertés-créances en général : « Tant que le service n'est pas créé, tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer. Or, il ne va pas, et ne peut aller pratiquement, jusqu'à contraindre l'État à créer le service nécessaire : c'est à l'encontre de celui-ci, une fois la création effectuée, que le droit va s'exercer. Jusque-là, il demeure virtuel, à la différence des libertés dont la jouissance est immédiate » ; J. RIVERO, *Les libertés publiques*, 5e édition, tome 1, Paris, P.U.F. (Coll. Thémis), 1987, p. 123. L'article 44 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 énonce que toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi. Cet article est inclus au chapitre IV de la Charte, intitulé Droits économiques et sociaux. Les auteurs Trudel, Boucher, Piotte et Brisson traitent abondamment des incidences de l'article 44 aux pages 245 et suivantes de leur ouvrage (*op. cit.*, note 5).

12. « On travaille sur la notion même de droit à la communication depuis une dizaine d'années. La première déclaration, de Jean d'Arcy, sur le concept est parue en 1969, et il a été discuté pour la première fois au cours des études de la télécommission au Canada. À partir de 1973, le concept a constitué une partie importante du programme annuel de l'Institut international des communications. À la suite de l'intérêt manifesté pour ce concept dans les pays nordiques, la Suède a présenté à la dix-huitième Conférence générale de l'Unesco en 1974 une résolution qui a conduit à son inclusion dans le programme de l'Organisation. En mai 1978, une réunion d'experts sur le droit à la communication, premier résultat tangible de ce programme, a été organisée par l'Unesco à Stockholm. Il y a eu en outre un certain nombre d'autres projets et programmes sur ce droit dans diverses parties du monde » ; L.S. HARMS, « Le droit de l'homme à communiquer : le concept », dans Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, *Le droit de l'homme à communiquer*, Document n° 36. Lire aussi K.C. GREER, « Human Rights and the Right to Communicate », [1991] 1 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 49.

13. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 868.

14. « La communication, de nos jours, est considérée comme une question de droits de l'homme. Mais ce droit est de plus en plus envisagé comme le droit de communiquer, et va au-delà de celui de recevoir la communication ou d'être informé. La communication est donc envisagée comme un processus bidirectionnel, dont les participants — individuels ou collectifs — entretiennent un dialogue démocratique et équilibré. Cette idée de dialogue, par opposition au monologue, est au cœur de beaucoup d'idées contemporaines, qui conduisent à la reconnaissance de nouveaux droits de l'homme. Le droit à communiquer est un prolongement logique du progrès continu vers la liberté et la démocratie. À chaque époque, l'homme a lutté pour se libérer des pouvoirs qui le dominaient, qu'ils soient politiques, économiques, sociaux ou religieux, et qui tentaient d'entraver la communication [...] Aujourd'hui, la lutte continue pour étendre les droits de l'homme et rendre le monde des communications plus démocratique qu'il ne l'est actuellement. Mais la présente étape de la lutte met en jeu de nouveaux aspects du concept fondamental de liberté. L'exigence d'une circulation bidirectionnelle, d'un échange libre, de possibilités d'accès et de participation, ajoutent une nouvelle dimension qualitative aux libertés successivement conquises dans le passé. L'idée du droit à communiquer élève tout le débat sur la « libre circulation » à un niveau supérieur, et promet de le faire sortir de l'impasse où il a été maintenu pendant les trente dernières années » ; Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, *Voix multiples, Un seul monde*, Paris, La Documentation française et l'UNESCO, 1980, p. 215 (ci-après « Rapport MacBride »).

se dégagent de ce nouveau droit : l'association, l'information et l'évolution culturelle[15].

En ce qui concerne l'association, le professeur Harms affirme que la participation et l'interaction sont au cœur du concept étudié. La communication ne peut être envisagée sans permettre la participation du plus grand nombre. Cette exigence de participation et d'interaction suppose « un certain nombre de droits composants »[16] :

> Ces droits d'association sont de la plus haute importance, tant pour la conversation courante de la vie quotidienne que pour le dialogue à long terme nécessaire pour formuler les grandes idées.[17]

La seconde composante du droit à la communication, l'information, suppose une réévaluation des structures médiatiques. En effet, la liberté d'information ne consacre, en pratique, que le droit à recevoir des informations. Il s'agit alors de transformer ce droit passif en droit actif :

> Dans la nouvelle formulation, il est sous-entendu que les droits d'informer et d'être informé sont des droits actifs. Les efforts pour remédier au déséquilibre de l'information se sont concentrés sur la circulation officielle de l'information, sur la circulation des nouvelles et, dans une moindre mesure, sur l'information scientifique. Mais, si le droit d'informer doit être un droit actif, non seulement pour les communicateurs professionnels mais pour chacun, les structures des médias actuels devront être réorganisées en services travaillant dans les deux sens, ou complétées par des émetteurs-récepteurs et la technique des téléconférences. C'est là un point clé, et l'un de ceux qui sont difficiles à comprendre à partir de la perspective propre aux médias, qui est implicite dans l'article 19.[18]

Finalement, le droit à la communication comprend le droit à l'évolution culturelle. Ce droit comprend lui-même le droit au respect de la vie privée, le droit à la langue et le droit à la non-communication[19].

On remarque le très grand flou qui se dégage de cette description du droit à la communication. Le Rapport MacBride reconnaissait d'ailleurs le caractère embryonnaire de ces développements[20]. Il reste à se demander si ce nouveau droit est appelé à transformer véritablement le champ de l'information et de l'expression ou s'il ne s'agit pas simplement d'un autre avatar de cette inflation juridique que connaissent les droits de l'homme depuis une vingtaine d'années. Avatar qui ira rejoindre au grenier des idées reçues d'autres vœux pieux et volontés

---

15. L.S. HARMS, *loc. cit.*, note 12, p. 2.
16. *Id.*, p. 2.
17. *Id.*, p. 3.
18. *Id.*, pp. 3-4.
19. « Il comprend le droit au respect de la vie privée et reconnaît ce droit non seulement aux individus, mais aux communautés culturelles; les groupes humains ont aussi le droit à ne pas être dérangés. Un droit à la langue est inclus pour reconnaître la valeur culturelle de la langue pour les petits pays et pour les minorités dans les grands pays. Comme l'a déclaré Gandhi, une culture a le droit d'évoluer selon ses propres valeurs, sans être ni inondée par des informations extérieures ni privée de l'information nécessaire pour nourrir et enrichir ses traditions culturelles. Dans ce sens particulier, chacun a le droit à la non-communication », *id.*, p. 4.
20. « Cependant, l'idée de "droit à la communication" n'a encore reçu, ni sa forme définitive ni son plein contenu. Loin d'être déjà, comme certains semblent le vouloir, un principe bien établi, dont on pourrait dès maintenant tirer les conséquences logiques, il n'en est qu'au point où l'on réfléchit à toutes ses implications et où on continue à l'enrichir », Rapport MacBride, *op. cit.*, note 14, pp. 215-216.

de transformer, par la voie juridique, des comportements, des traditions, des cultures, bref ce désir inextinguible de l'homme de modifier la vie.

Ces quelques précisions terminologiques devraient nous permettre de mieux saisir le portrait normatif que nous proposons ensuite d'aborder. Il faut toutefois éviter de s'enferrer dans une approche définitionnelle dogmatique. Bien que ces diverses expressions recouvrent des réalités juridiques qui peuvent apparaître distinctes, il convient de comprendre que les mots ne doivent pas obscurcir le débat; c'est bien le fond qui importe et non pas les étiquettes que les juristes ont parfois tendance à vouloir accoler aux concepts. Que l'on parle de liberté de l'information ou de liberté d'expression élargie n'a pas d'importance; ce qui importe, encore une fois, c'est de décrire avec minutie l'essence que ces appellations supposent.

II. DROITS NATIONAUX

A. CANADA

La liberté d'expression n'est pas apparue au Canada avec l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[21]. Le juge McIntyre, dans l'affaire *Dolphin Delivery*, précise à ce sujet que « la liberté d'expression n'est pas [toutefois] une créature de la Charte »[22]. Celle-ci aurait eu alors pour effet de *consacrer* la liberté d'expression. Pourtant, cette *consécration* n'est pas qu'un simple artifice cosmétique. Elle a des incidences constitutionnelles. Ainsi, avant la Charte, la reconnaissance de la liberté d'expression était inextricablement liée à la poursuite de l'idéal démocratique inscrit au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La liberté d'expression était alors entendue comme un accessoire nécessaire au fonctionnement des institutions parlementaires[23]. Le juge Duff, dans l'affaire *Reference re Alberta Statutes*, rappelait l'étroite relation entre la liberté d'expression et l'idéal démocratique incarné par le parlementarisme britannique :

> There can be no controversy that such institutions derive their efficiency from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack on policy and administration and defence and counter-attack; from the freeest and fullest analysis and examination from every point of view of political analysis.[24]

---

21. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

22. *SDGMR* c. *Dolphin Delivery Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 573, p. 583.

23. Y. de MONTIGNY, « Les rapports difficiles entre la liberté d'expression et ses limites raisonnables », [1991] 22 *R.G.D.* 129, p. 131.

24. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 133. Dans la même affaire, le juge Cannon écrit à la page 145 : « Under the British system, which is ours, no political party can erect a prohibitory barrier to prevent the electors from getting information concerning the policy of the government [...] As stated in the preamble of the British North America Act, our constitution is and will remain, unless radically changed, "similar in principle to that of the United Kingdom". At the Confederation, the United Kingdom was a democracy. Democracy cannot be maintained without its foundation : free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the Criminal Code and the common law ». D'autres arrêts vont dans le même sens, voir : *Boucher* c. *The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman* c. *Ebling*, [1957] R.C.S. 285 et *Re Fraser et la Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

La liberté d'expression a donc bénéficié, contrairement à d'autres libertés fondamentales, d'une tradition de bienveillance de la part des tribunaux canadiens[25]. Mais cette bienveillance n'est pas illimitée. En effet, la liberté d'expression ne jouissait d'aucun statut constitutionnel *stricto sensu*. Tout au plus bénéficiait-elle du statut de principe d'interprétation qui, dans la tradition de la common law, voulait que seule une intention explicite ou, à tout le moins, très claire du législateur puisse la restreindre. Mais encore là, cette assertion demeure sujette à caution. Les tribunaux n'ont pas hésité à confirmer la validité de textes législatifs qui, au nom de la protection de l'ordre public, de la morale (obscénité) ou de la réputation ou encore du déroulement équitable des procès, restreignaient la liberté d'expression[26]. La liberté d'expression pouvait donc être limitée par simple voie législative. Aucun motif constitutionnel ne pouvait alors être invoqué hormis celui fondé sur le partage des compétences. Chaque autorité législative de la fédération était, par conséquent, habilitée à restreindre la liberté d'expression à la condition, bien évidemment, que cette restriction s'inscrive dans le champ de compétence lui étant dévolu par la *Loi constitutionnelle de 1867*[27]. Ce qui explique qu'aucune autorité législative ne puisse adopter une loi de portée générale ayant pour seul objet la restriction d'une ou de plusieurs activités expressives[28]. En effet, une telle loi entraînerait sans doute des empiétements indus dans des champs de compétence ne relevant pas de l'autorité édictrice. Ainsi, la jurisprudence pré-Charte présente peu d'intérêt en ce qui concerne les fondements théoriques et philosophiques de la liberté d'expression, en dehors des quelques commentaires sur les liens essentiels entre cette dernière et les institutions parlementaires. Lorsqu'une législation limitant cette dernière était attaquée, les tribunaux s'intéressaient à la légalité de son adoption plutôt qu'à la licéité des restrictions qu'elle pouvait bien contenir.

La bienveillance dont a bénéficié la liberté d'expression constitue, en quelque sorte, un hasard. Aux prises avec des textes législatifs restreignant la liberté d'expression, les tribunaux ont constaté leur inconstitutionnalité pour des motifs liés au partage des compétences[29] et, accessoirement, se sont permis quelques remarques sans conséquence sur le caractère primordial de la liberté d'expression dans l'univers démocratique. Par ailleurs, la consécration à l'article 1d) de la Déclaration canadienne des droits[30] ne devait pas permettre à la Cour suprême du Canada d'élaborer une théorie relative à la liberté d'expression. Le principe de la souveraineté parlementaire demeurait alors entier[31].

---

25. D.F. BUR et J.K. KEHOE, « Developments in Constitutional Law : The 1990-91 Term », [1992] 3 *S.C.L.R.* (2d) 403, p. 477.

26. C.F. BECKTON, « Liberté d'expression », dans G.A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e édition, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, p. 227.

27. La théorie d'une charte des droits implicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, théorie couvrant bien sûr la liberté d'expression, devait connaître un coup d'arrêt dans l'affaire *Dupond* c. *La Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, où le juge Beetz écrivait à la page 796 : « Aucune des libertés mentionnées n'a été consacrée par la constitution au point d'être mise hors de la portée de toute législation ».

28. N. DUPLÉ, « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », [1987] 21 *R.J.T.* 541, p. 551.

29. Y. de MONTIGNY, *loc. cit.*, note 23, p. 131 note 2.

30. L.R.C. (1985), App. III.

31. Sur la *Déclaration canadienne des droits*, lire W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2e édition, Toronto, McClelland and Stewart, 1975.

L'avènement de la Charte canadienne a donc donné à la liberté d'expression[32] une véritable dimension constitutionnelle. Il est vrai que la liberté d'expression n'était pas une notion inconnue du juriste canadien. Mais, il s'agissait, comme nous venons de le voir, d'une notion purement rhétorique dépourvue de toute efficience en droit positif. La Cour suprême du Canada a opté pour une interprétation large et libérale de la liberté d'expression. La méthode d'analyse de l'article 2b) est exposée dans l'affaire *Irwin Toy*[33]. Il s'agissait alors de déterminer si l'interdiction de toute publicité destinée aux enfants de moins de treize ans constituait une atteinte à la liberté d'expression. Il faut tout d'abord se demander si l'activité, cherchant à bénéficier de la protection de la liberté d'expression, transmet ou tente de transmettre une signification. Ne peut faire partie du champ des activités protégées « une activité qui ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu ou qui transmet une signification par une forme d'expression violente »[34]. La violence physique est donc exclue du champ des activités protégées. Cela ne signifie pourtant pas que les menaces de violence soient exclues du champ de protection de l'article 2b) si l'on s'en reporte à l'arrêt *Keegstra*[35]. Dans un deuxième temps, et après avoir conclu bien entendu que l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, il importe de se demander si l'*objet* ou l'*effet* de l'action étatique en cause constitue une atteinte à la liberté d'expression. Quant à l'objet de l'action étatique, le juge Dickson précise :

> Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie.[36]

Si, par contre, l'action de l'autorité publique n'a pas pour *objet* d'amenuiser la liberté d'expression mais, accessoirement, restreint celle-ci, il revient alors au requérant d'établir que cette action a pour *effet* de limiter la liberté d'expression. On peut penser ici, par exemple, à un règlement municipal relatif à la propreté des lieux publics qui peut avoir un effet sur la distribution de tracts politiques. Dans une telle occurrence, il revient au requérant de « décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels »[37]. Ces trois derniers éléments constituent les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression que la Cour suprême, en s'inspirant directement des travaux du professeur Emerson[38], avait identifiées dans l'affaire *Ford*[39].

---

32. L'article 2b) se lit ainsi : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : [...] b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication ».
33. *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
34. *Id.*, p. 978.
35. *Supra*, note 1, p. 733.
36. *Supra*, note 33, p. 978.
37. *Id.*, p. 979.
38. T.I. EMERSON, « Toward a General Theory of the First Amendment », [1963] 72 *Yale L.J.* 877.
39. *Ford* c. *Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765.

C'est donc ainsi que la propagande haineuse[40], l'obscénité[41], la publicité[42], la propagation de fausses nouvelles[43] et la sollicitation à des fins de prostitution[44] ont été déclarées faire partie du champ des activités protégées par la liberté d'expression. L'interprète peut donc remarquer que la méthode d'analyse de l'article 2b), telle qu'exposée dans l'arrêt *Irwin Toy*, ne suppose pas la prise en compte des intérêts contraires et souventes fois légitimes à la liberté d'expression. La Cour suprême estime que cette équilibration des droits concurrents doit se faire à l'étape de l'article 1[er] de la Charte canadienne[45]. Il revient alors à l'État de démontrer que les restrictions à la liberté d'expression sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Nous reviendrons sur ce point. Mais d'abord quelques mots sur la méthode d'analyse de l'article 2b) (critère *Irwin Toy*).

Le critère *Irwin Toy* soulève bien des questions. Tout d'abord, il convient de se demander, à l'instar de Lepofsky[46], si la Cour suprême a eu raison d'élaborer, si tôt dans l'interprétation de l'article 2b), un critère ayant pour dessein d'embrasser toutes les hypothèses possibles mettant en cause la liberté d'expression. Peut-on développer un critère complet, exhaustif et applicable à *toutes* les situations lorsque l'on sait, par exemple, que la jurisprudence américaine a développé pour la même liberté toute une panoplie de critères, chacun épousant les particularités des situations mettant en jeu la liberté d'expression[47]. Il est vrai que la Cour suprême canadienne semble réfractaire, par l'élaboration même de ce critère, à la catégorisation des activités expressives à laquelle s'est livrée la jurisprudence américaine. Pourtant, comme le souligne avec justesse le professeur de Montigny, la Cour semble réintroduire ces catégorisations à l'étape de l'article 1[er] lorsqu'elle indique que des restrictions apportées par le législateur à certaines activités expressives « pourraient être plus faciles à justifier que d'autres »[48]. Ce point n'est pas sans rappeler le débat américain autour de la question de savoir si le Premier Amendement est un absolu ou si, au contraire, la liberté d'expression est soumise à

40. *Supra*, note 1.
41. *R.* c. *Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.
42. *Supra*, note 39.
43. *R.* c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.
44. *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.
45. N. DUPLÉ, « Les limites intrinsèques et les limitations étatiques de la liberté d'expression : l'interprétation téléologique et contextualisée », dans G.A. BEAUDOIN (dir.), *La Charte : dix ans après*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1992, p. 55. Lire *Ford*, *supra*, note 39, p. 776. L'article 1[er] se lit ainsi : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».
46. M.D. LEPOFSKY, « The Supreme Court Approach to Freedom of Expression — *Irwin Toy* v. *Quebec (Attorney General)* — And the Illusion of Section 2(b) Liberalism », [1993] 3 *N.J.C.L.* 37.
47. *Id.*, p. 39.
48. Y. de MONTIGNY, *loc. cit.*, note 23, p. 146. L'auteur ajoute aux pages 146-147 : « Ce faisant, l'on réintroduit par la bande et aux fins de déterminer avec quelle rigueur doit être appliqué l'article 1, des distinctions que l'on se refuse pourtant à faire pour délimiter la portée qu'il faut attribuer à la liberté d'expression. Ainsi, l'on a nettement l'impression que les juges seront plus conciliants et feront preuve d'une plus grande déférence à l'endroit du gouvernement lorsque ce dernier intervient pour réglementer le discours commercial et la propagande haineuse par opposition à la diffusion d'idées politiques ».

une protection modulée, tributaire des circonstances de l'affaire et, surtout, du type d'activité expressive en cause[49].

Par ailleurs, la Cour affirme qu'une « activité est expressive si elle transmet ou tente de transmettre une signification; son message est son contenu »[50]. Lepofsky estime que c'est là ratisser trop large. L'auteur reprend alors l'exemple, donné par la Cour suprême dans *Irwin Toy*, de l'individu célibataire décidant de stationner son auto dans une place réservée aux gens mariés en signe de protestation contre ce privilège. Faut-il que l'activité soit en elle-même et objectivement expressive ou suffit-il que l'individu, subjectivement, estime qu'il s'agit là d'une activité relevant de la liberté d'expression[51]? Au surplus, cette analyse de la Cour a le défaut de confondre le message ou le contenu *et* la forme :

> There is an enormous principled difference between the proposition that section 2(b) should protect *all messages' content*, which is defensible, and a claim that it absolutely protects *all forms of expression*, which is far more debatable. Irwin Toy erroneously equates things like car-parking with the diversity of expressions messages' contents[52].

Mais la Cour suprême, puisqu'elle avait opté pour une interprétation large et libérale de l'article 2b) laissant à l'article 1[er] le soin d'apprécier les justifications aux restrictions apportées par l'autorité publique, pouvait difficilement faire autrement que de conclure que toute activité expressive doit être protégée quel que soit son contenu; la distinction entre la forme et le contenu devenant alors bien souvent très délicate à établir.

La dichotomie opérée par la Cour entre l'*objet* et l'*effet* d'une mesure étatique sur la liberté d'expression est également sujette à critique. Ainsi, il peut apparaître malaisé d'identifier l'objet d'un texte législatif. D'une part, l'État peut « maquiller ses intentions »[53]. D'autre part, la détermination de l'objet d'une mesure législative laisse une trop grande discrétion au juge. Il eût fallu assortir cette détermination de certains critères afin de guider le magistrat[54]. En outre, cette distinction apparaît inutile puisqu'il est difficile « to imagine a law which has a purpose to violate section 2(b) but which does not have the effect of doing so as well »[55]. Lepofsky donne alors l'exemple d'une loi qui pourrait être cassée parce que son objet serait contraire à la liberté d'expression mais qui n'aurait, par ailleurs, aucun effet sur celle-ci alors qu'une autre loi, dont l'objet est licite mais dont les effets sont attentatoires à la liberté d'expression, pourrait être validée par le truchement de l'article 1[er][56]. Voilà un résultat, bien hypothétique certes, mais de

---

49. Lire, par exemple, K.A. BUCK, « The First Amendment — An Absolute Right?, [1985] 26 *William and Mary L.R.* 851.

50. *Supra*, note 44, p. 1180.

51. M.D. LEPOFSKY, *loc. cit.*, note 46, p. 48.

52. *Id.*, p. 49 (nos italiques).

53. Y. de MONTIGNY, *loc. cit.*, note 23, p. 145.

54. « A reviewing court has substantial latitude in how it characterizes an impugned law's purpose. It is possible for a court to characterize the law's purpose in one fashion if it wishes to invalidate the law, or in a different fashion if it wishes to uphold the law. If a "purpose" test is to be introduced into Canada's free expression law, it is vital that it be fashioned with sufficient clarity to ensure that lower courts will be required to effectively and consistently employ it . It must not be a licence for open-ended judicial discretion in assessing the validity of impugned laws »; M.D. LEPOFSKY, *loc. cit.*, note 46 p. 60.

55. *Id.*, p. 69.

56. *Id.*, pp. 57-58.

prime abord choquant. L'auteur prétend que le jeu de cette dichotomie ne pose pas la bonne question. L'objet et l'effet doivent être appréhendés dans une même opération logique. Par ailleurs, l'obligation pour le requérant de relier son activité expressive à l'une ou l'autre des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression lorsque la mesure attaquée a pour effet, et non pour objet, de restreindre celle-ci entre en conflit avec l'assertion première de la Cour selon laquelle il ne convient pas de classifier ou de circonscrire l'activité expressive à l'étape de l'article 2b). Le professeur de Montigny écrit qu'« en acceptant de faire prévaloir certains objectifs gouvernementaux comme la propriété et l'ordre sur les intérêts de ceux qui se livrent à une activité expressive, l'on admet que la réconciliation des diverses forces en présence ne passe pas toujours par l'investigation que commande l'article 1 de la Charte »[57]. Le critère des effets de la mesure attaquée entraîne une catégorisation des discours ou des activités expressives — celui-ci relève-t-il de la recherche de la vérité ou de l'épanouissement personnel? — contraire à l'affirmation de la Cour selon laquelle il ne faut pas évaluer ou apprécier le *contenu* du discours ou de l'activité. Ces derniers doivent être protégés aussi impopulaires, déplaisants ou contestataires soient-ils[58]. Ainsi, la théorie des effets a pour effet... d'instiller dans l'analyse de l'article 2b) des considérations propres, en principe, à l'article 1[er] et d'obliger l'interprète à apprécier le contenu d'une activité alors que la Cour a, d'entrée de jeu, condamné ce type d'exercice[59].

Lorsque le requérant a démontré une violation de sa liberté d'expression, il convient alors de passer à l'étape de l'article 1[er]. Il revient à l'État d'établir que la restriction à la liberté d'expression est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. La Cour suprême du Canada a dégagé les critères d'application de l'article 1[er] dans l'affaire *Oakes*[60]. Le critère Oakes comprend deux volets. Dans un premier temps, la règle de droit restreignant un droit ou une liberté doit, pour être licite au plan constitutionnel, poursuivre un objectif social « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution »[61]. Autrement dit, l'objectif poursuivi doit répondre à des « considérations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »[62]. Ce volet suppose une appréciation de l'opportunité de l'intervention législative. En d'autres termes, le législateur était-il tenu, en prenant en compte tous les facteurs contextuels pertinents, d'intervenir comme il l'a fait? On devine

57. Y. de MONTIGNY, *loc. cit.*, note 23, p. 145.

58. *Irwin Toy, supra*, note 33, p. 968.

59. Lepofsky ajoute à ce propos : « It is contrary to the aims which section 2(b) seeks to advance for the Court to size up specific speech content and then to decide whether it is sufficiently tied to section 2(b) purposes to deserve constitutional protection under Irwin Toy's effects test. It would fundamentally violate the freedom of expression if the government or legislature were to assign to itself the power to pass judgment upon an individual's sincerely held message or viewpoint, and thereupon decide whether it merits constitutional protection, based on criteria that the government or legislature promulgates [...] It is seriously problematic that in Irwin Toy the Supreme Court has assigned to the Canadian judiciary the very power which no public official should have in a free and democratic society that is committed to the freedom of expression. This self-assignment is especially ironic, as it was done as an adjunct to the Court's own exposition of the guarantee of the freedom of expression », M.D. LEPOFSKY, *loc. cit.*, note 46, pp. 75-76.

60. *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

61. *Id.*, p. 138.

62. *Id.*, p. 139.

que ce type d'appréciation, proche de ce que les Américains nomment le *second-guessing*, pose la question de la légitimité démocratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité[63]. Toutefois, par prudence peut-être, la Cour suprême n'a jamais arrêté son examen à cette étape. Le second volet du critère Oakes — raisonnabilité et justification — se décompose lui-même en trois étapes distinctes. Dans un premier temps, « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question »[64]. Ces mesures ne doivent pas être arbitraires, ni inéquitables et « doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question »[65]. Si cette première étape est rencontrée, il faut alors passer à la seconde qui veut que « le moyen choisi doit être de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question »[66]. Finalement, « il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important »[67].

Il n'est pas dans notre intention de gloser davantage sur l'article 1er[68] si ce n'est pour préciser que le rigorisme du critère Oakes s'est tempéré au fil du temps. En effet, la Cour suprême, depuis l'affaire *Edwards Books*[69], a considérablement assoupli les conditions d'exercice de l'article 1er. Il semble bien que nous nous dirigions vers une modulation de l'article 1er. Modulation tributaire notamment de la nature des droits invoqués[70], du caractère des mesures législatives attaquées[71] (lois socio-économiques, criminelles, etc.) ou de la nature des intérêts en cause[72] (groupes vulnérables). C'est donc en vertu du critère Oakes que le tribunal évaluera la légitimité et la validité des droits ou intérêts contraires à la liberté d'expression. Compte tenu de la texture ouverte du critère Oakes et de ses possibles modulations, il est fort hasardeux de prétendre qu'il s'agit là d'un dispositif objectif d'équilibration des droits. En fait, les récents développements jurisprudentiels font que l'article 1er devient difficilement formalisable et prédictible[73].

---

63. Sur ce point, lire K. BENYEKHLEF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », [1993] 38 *McGill L.J.* 91.

64. *Supra*, note 60, p. 139.

65. *Id.*, p. 139.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*

68. Lire à ce propos l'excellente étude de J. WOEHRLING, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 3.

69. *R.* c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

70. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 68, p. 28.

71. *Id.*, p. 26.

72. *Id.*, p. 31.

73. « En réalité, la décision du caractère raisonnable ou déraisonnable d'une atteinte aux droits et libertés reste une décision subjective, syncrétique et impressionniste, que chaque juge pose en fonction de sa personnalité et de ses expériences. Le « test » formel de la raisonnabilité sert à expliquer, à justifier et à rationaliser cette décision, mais ne permet pas d'en démonter les ressorts, ni *a fortiori* de la prédire. Autrement dit, le rôle que joue le « test » de la raisonnabilité est principalement « rhétorique ». Il permet au juge de convaincre son auditoire (et de se convaincre lui-même [...]) que la décision qu'il a adoptée constitue le fruit d'une démarche rationnelle plutôt que d'une préférence subjective », *id.*, pp. 33-34.

B. ÉTATS-UNIS

Le droit américain relatif à la liberté d'expression ne se résume pas aussi facilement que son pendant canadien[74]. La liberté d'expression en droit américain se caractérise notamment par une catégorisation des activités expressives (*symbolic speech, commercial speech, fighting words and hostile audience*, etc.); chacune de ces catégories connaissant, en général, un régime spécifique[75]. Ceci peut s'expliquer, en partie, par l'absence d'une clause auto-limitative, de la nature de l'article 1er de la Charte canadienne, dans le *Bill of Rights* américain. L'équilibration de la liberté d'expression et des droits et intérêts concurrents obéit donc en droit américain à une kyrielle de considérations difficilement formalisables, voire logiques. Il n'est pas possible, voire utile, de présenter l'ensemble du droit américain en la matière dans le cadre de la présente étude. Toutefois, l'histoire du Premier Amendement[76] mérite que l'on s'y arrête. En effet, cette perspective devrait nous permettre de remarquer que l'équilibration de la liberté d'expression et des droits concurrents relève moins de la logique juridique ou des fondements philosophiques afférents à la liberté d'expression que des tourments politiques ayant émaillé l'histoire de la république américaine.

Yassky, dans une remarquable étude sur le Premier Amendement, divise l'histoire de celui-ci en trois époques : de l'origine à la guerre de Sécession, de la guerre de Sécession au *New Deal* et du *New Deal* à aujourd'hui[77]. Ce lien, de prime abord singulier, entre le Premier Amendement et l'histoire américaine s'explique par le fait que cet amendement à la Constitution américaine ne peut être pleinement appréhendé qu'en comprenant « the connections between the Free Speech Clause and more fundamental constitutional decisions about the allocation of political power »[78]. En effet, l'objet, la portée et la nature même du Premier Amendement ont changé et évolué au gré des événements politiques. Le Premier Amendement apparaît aujourd'hui complètement différent de ce qu'en imaginaient les Pères fondateurs de la Constitution[79]. Le *Bill of Rights*, et le Premier Amendement en particulier, incorporaient en leur sein un engagement à la liberté. La nature des menaces à la liberté s'est modifiée avec le passage du temps, entraînant une modification corrélative de l'objet du Premier Amendement.

Ainsi, il faut bien comprendre que le *Bill of Rights* visait simplement, à l'origine, à limiter les pouvoirs de l'État fédéral. Il ne s'appliquait pas aux états fédérés. Ces derniers craignaient une centralisation des pouvoirs par l'État fédéral et la naissance, par conséquent, d'un nouveau pouvoir métropolitain, éloigné des préoccupations régionales à l'instar du pouvoir britannique honni. Le *Bill of Rights* est donc un instrument destiné à restreindre les interventions de l'État fédéral dans

---

74. Pour une comparaison succincte des deux droits en matière de liberté d'expression, lire notamment K. GREENAWALT, « Free Speech in the United States and Canada », [1992] 5 *Law and Contemporary Problems*, 5.

75. Lire J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA et J.N. YOUNG, *Constitutional Law*, 2e édition, St-Paul, West Publishing, 1983, pp. 855-1027 et L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2e édition, Mineola, Foundation Press, 1988, pp. 785-1061.

76. « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

77. D. YASSKY, « Eras of the First Amendment », [1991] 91 *Columbia L.R.* 1699.

78. *Id.*, p. 1700.

79. *Id.*, p. 1701.

le champ des pouvoirs des états fédérés. C'est là le premier sens du terme « liberté » dans l'esprit des constituants : assurer la liberté des états fédérés :

> Seen from the Founders' viewpoint, the Bill of Rights, including the First Amendment, was a set of structural protections for the federal system. The Founders' intention for the First Amendment, if there is such thing, was not to eradicate censorship. It was to limit central government intrusion into the states' prerogatives. Proponents of the Bill of Rights saw it as a guarantee of liberty not because it listed uninfringeable rights but because it set out areas that were left entirely to the states' discretion[80].

Ainsi, à cette époque, le Premier Amendement n'est pas un instrument destiné à protéger les individus des velléités censoriales de l'État. Yassky donne l'exemple du *Sedition Act* de 1798. Cette loi fédérale interdisait la publication de tout écrit critique à l'endroit du Congrès ou du Président[81]. Cette loi, honteusement contraire à la liberté d'expression selon les critères d'aujourd'hui, fut contestée au nom du Premier Amendement non pas par l'invocation de la liberté d'expression dont jouit chaque citoyen mais plutôt pour le motif qu'elle constituait un empiétement sur les pouvoirs des états fédérés. En effet, ces derniers prétendaient que le pouvoir de punir pour libelle séditieux leur revenait[82]. Cet incident illustre clairement « the role of the First Amendment not as a guarantee of personal freedom nor even as a protection of democratic processes, but as a provision specifically aimed at safeguarding the federal system »[83]. Quant aux états fédérés, ils peuvent réglementer les activités expressives comme ils l'entendent. Il faut bien noter que d'une part, les constituants ne croient pas que le concept de liberté puisse signifier la libre diffusion ou circulation de tous les types d'idées ou d'opinions[84]. La censure est donc très importante. D'autre part, l'expression est entendue comme un sujet d'intérêt purement local[85] (par opposition à national).

La seconde époque, identifiée par Yassky, s'étend de la fin de la guerre de Sécession au *New Deal*. La guerre civile avait démontré, à l'envi, que les composantes de l'État fédéral pouvaient également constituer une menace à la liberté. L'adoption des Treizième, Quatorzième et Quinzième Amendements à la Constitution américaine devait dorénavant imposer certaines limites aux pouvoirs des états fédérés. Cette modification constitutionnelle devait également altérer et changer le sens, la portée et la nature de la notion de liberté.

Après la guerre civile, la liberté d'expression n'est toujours pas protégée[86]. La censure continue et les états fédérés agissent à leur guise en ce domaine[87]. L'autorité fédérale élabore, de même, des textes restreignant la liberté

---

80. *Id.*, p. 1710.
81. *Id.*, pp. 1710-1711.
82. « The Republican [opposants aux fédéralistes, responsables de l'édiction du *Sedition Act*] victory, however, was a triumph not for free speech libertarianism but for states' rights. Republicans never repudiated the crime of seditious libel. They only insisted that the power to punish libelers was restricted to the states », *id.*, p. 1712.
83. *Id.*, pp. 1712-1713.
84. *Id.*, p. 1707.
85. *Id.*, p. 1708.
86. *Id.*, p. 1717.
87. « This reign of censorship went unchallenged by the courts. Again and again, the Supreme Court rejected claimed First Amendment rights in favor of the government's power to regulate speech and punish dissenting speakers », *id.*, p. 1718.

d'expression sans que cela ne soulève de difficulté constitutionnelle[88]. Comment expliquer cette indifférence des tribunaux à l'égard de la liberté d'expression? L'ajout de nouveaux amendements à la Constitution américaine a bouleversé la vision selon laquelle seuls les pouvoirs fédéraux étaient sujets à limitation. Il faut dorénavant restreindre également les pouvoirs des états. Il revient alors à la Cour suprême de développer « a set of constitutional rights enforceable against all level of government »[89]. Il importe donc de protéger la liberté des individus contre les atteintes des deux paliers de gouvernement. Mais quel est le sens du terme « liberté » pour les juges de la Cour suprême de cette époque? Yassky précise :

> The Court responded to this challenge by locating these new rights in the common law. From the Civil War to the New Deal, the Court effected the constitutional guarantee of *individual liberty* by ensuring that neither the federal government nor the states could interfere with citizens' common law rights to property and contract[90].

La Cour suprême a, par conséquent, reformulé l'idéal de la liberté inscrit dans le document constitutionnel. Cette reformulation passe par la common law et l'inviolabilité du droit de propriété et de la liberté contractuelle. Or, comme la common law n'offre aucune protection à la liberté d'expression, celle-ci n'est pas considérée comme un élément constitutif de la liberté, idéal constitutionnel[91]. La liberté est alors limitée à la protection des droits économiques (droits de common law). Yassky montre bien que la constitutionnalisation de la common law s'inscrivait parfaitement dans la vision des constituants et découlait même du texte constitutionnel; la common law étant perçue comme un droit naturel, pré-politique, dont la légitimité est indiscutable contrairement à l'action législative[92], point de mire de toutes les méfiances et les défiances dans la psyché américaine. Voilà qui explique donc le désintérêt, pour dire le moins, des tribunaux américains à l'endroit de la liberté d'expression. En fait, il y a prééminence indiscutable, dans la jurisprudence de cette époque, du droit de propriété sur la liberté d'expression[93].

La troisième époque, dans la typologie proposée par Yassky, commence au *New Deal* jusqu'à aujourd'hui. Là encore, la Cour suprême doit modifier sa perception de la liberté en tant qu'idéal constitutionnel. La crise économique des années 30 oblige l'État à intervenir au plan socio-économique. L'État-providence est né. Le droit de propriété et la liberté contractuelle apparaissent comme des obstacles à la mise en place du *New Deal*. Après avoir d'abord combattu ces interventions gouvernementales, la Cour suprême, menacée par Roosevelt (*court-packing*) comprend que sa théorie constitutionnelle, fondée sur la défense de la common

88. *Id.*, pp. 1719-1720.
89. *Id.*, p. 1721.
90. Ibid., (nos italiques).
91. « But, when the Court of that period spoke of liberty, it was concerned not with that are now thought of as civil liberties but with economic rights [...] In the Court's transformed understanding, protecting these rights against government abrogation fulfilled the commitment to liberty expressed by the Bill of Rights. One consequence of this position was the submergence of free speech. Because the common law provided no speech rights, the Court's new definition of liberty left speakers unprotected », *id.*, p. 1724.
92. *Id.*, pp. 1721-1723.
93. *Id.*, pp. 1728-1729.

law, est maintenant obsolète. Il importe dès lors de reformuler une nouvelle théorie de la liberté[94].

La multiplication des interventions fédérales dans le domaine socio-économique conjuguée au formidable développement de la machine administrative, nécessaire accessoire à celles-ci, constitue, aux yeux de la Cour suprême américaine, un nouveau danger pour la liberté. En effet, la centralisation de plus en plus grande des pouvoirs par l'autorité fédérale et le danger d'une « tyrannie » administrative incitent la Cour à instituer un contrôle démocratique des forces de la puissance publique :

> Instead of abandoning the liberty principle of the Bill of Rights, the post-New Deal Court took up the challenge of countering the danger to liberty posed by the administrative state. This danger was neither — as in the Federalist era — that the central government would quash institutions of local attachment, nor — as in the Civil War era — that traditional common law entitlements would be wiped away, but rather that the modern administrative state is powerfully antidemocratic. At the same time its reach was extended, the government threatened to escape the grasp of majoritarian democracy. The Founders's commitment to popular government was eclipsed by the New Dealers' commitment to administrative expertise. Agency experts are not democratically accountable [...] Faced with these challenges, the Court turned its attention to the processes of control over the government : politics and elections. Enhanced judicial attention to the political process became necessary to counter the threat of administrative tyranny. Because government as a whole is less democratic, ensuring the integrity of electoral mechanisms became crucial[95].

Le pouvoir judiciaire transforme, par conséquent, la liberté économique en une liberté politique. Dans un tel contexte, la liberté d'expression peut prendre tout son essor et devenir l'instrument privilégié par lequel on peut assurer un exercice démocratique des prérogatives gouvernementales.

Le corpus normatif afférent à la liberté d'expression en droit américain contemporain, que l'on célèbre aujourd'hui avec une légère fatuité, n'est donc pas le fruit d'une vision éclairée des constituants mais plutôt le résultat d'une série de facteurs historiques et contextuels qui se sont imposés, sans délicatesse, au pouvoir judiciaire. Voilà bien démontrée l'adaptabilité, et par voie de conséquence, l'hétéronomie du droit. Nous reviendrons sur cette question au point suivant.

C. CONCLUSION PROVISOIRE

Le court exposé des droits canadien et américain démontre que la recherche d'un critère d'équilibration entre, d'une part, la liberté d'expression et,

---

94. « The New Deal's legitimation of government activism had ramifications beyond the sphere of economic rights. It remade the entire constitutional landscape, forcing a thorough reworking of the Court's conception of liberty. While constitutionalized common law rights were inconsistent with the interventionist state, the Justices had no intention of abandoning the Bill of Rights, or the liberty imperative which animates it. Rather than seeing the New Deal as having discredited libertarianism altogether, the Court understood that the activist state posed new and different threats to individual liberty, and that it required the development of a correspondingly reformulated theory of constitutional liberty. It was in response to this challenge that the Court articulated the absolutist First Amendment theory that dominates contemporary jurisprudence », *id.*, p. 1732.

95. *Id.*, p. 1736. Il va de soi que notre synthèse de l'article de Yassky, sans doute réductrice comme tout exercice du genre, ne saurait en remplacer la lecture.

d'autre part, des droits ou intérêts concurrents obéit beaucoup moins à une logique juridique interne conjuguée, bien entendu à une démarche objective, qu'à des considérations politiques, historiques et sociales. La décision de faire tomber une activité expressive dans le giron de la liberté d'expression et donc d'en assurer la protection ou, au contraire, de l'en exclure n'est pas le fruit d'un exercice d'objectivité achevé mais plutôt d'un choix politique[96], au sens le plus large du terme[97]. L'histoire mouvementée du critère américain du *clear and present danger* constitue une autre illustration de notre affirmation. Ainsi, la jurisprudence américaine reconnaît la possibilité de restreindre une activité expressive lorsque sa nature est telle qu'elle présente *a clear and present danger.* Ce critère est apparu sous la plume du juge Holmes, en 1919, dans les affaires *Schenck*[98] et *Abrams*[99] qui, toutes deux, traitaient d'accusations relatives au *Espionage Act of 1917* dans le contexte de la Première Guerre mondiale. Dans les deux affaires, les accusés s'étaient opposés à la conscription et à la guerre contre l'Allemagne. Le juge Holmes définit ainsi son critère :

> The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.[100]

Dans ces deux arrêts, la constitutionnalité du *Espionage Act of 1917* fut maintenue. Ce critère fut de nouveau utilisé pendant la guerre froide. Au sommet du maccarthysme, la Cour suprême se servit du critère du *clear and present danger* afin de restreindre sévèrement la liberté d'expression[101]. Dans les années soixante, la Cour suprême a tenté de redéfinir ce critère afin, cette fois, de permettre l'expression d'idées et d'opinions impopulaires[102]. Ainsi, sur une période de dix ans, le même critère *objectif* a servi deux fins opposées en soi. Là encore,

---

96. Stanley Fish écrit à ce propos : « [...] for it is axiomatic in the free speech community that the purpose of the First Amendment is to insulate the discussion and dissemination of ideas from political interference, a purpose that is supposedly realized when politics, in the form of governmental regulation, is forbidden to enter the precincts where speech is produced and consumed. It is my argument, however, that politics is already inside those precincts; for since speech is unimaginable apart from consequences and since the consequences of any piece of speech will be friendly to some interests and inimical to others (remember, speech always costs), the decision to draw a line between protected and regulated speech will always be a decision to advance some interests and discourage others, will always, that is, be a political decision », S. FISH, « Fraught with Death : Skepticism, Progressivism, and the First Amendment », [1993] 64 *University of Colorado L.R.* 1061, p. 1062.

97. Comment expliquer autrement que par le contexte politique le fait que deux systèmes juridiques, aussi proches au plan de leurs sources historiques, que le canadien et l'américain n'aient pas octroyé le même statut au discours haineux? À ce sujet, lire *Keegstra, supra,* note 1. Pour un exposé du droit américain concernant la propagande haineuse, lire le même arrêt aux pages 812 à 819.

98. *Schenck* c. *United States*, 249 U.S. 47 (1919).

99. *Abrams* c. *United States*, 250 U.S. 616 (1919).

100. *Schenck, supra,* note 98, p. 52.

101. J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA et J.N. YOUNG, *op. cit.*, note 75, pp. 879-882.

102. *Id.*, pp. 882-886. Dans l'affaire *Brandenburg* c. *Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) mettant en cause le Ku Klux Klan, la Cour a précisé que l'État ne pouvait « Forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent and lawless action and is likely to incite or produce such action » (p. 447).

l'exercice *objectif* d'équilibration des droits s'est éclipsé au profit d'une prise en compte des réalités contextuelles[103] qui vont du maccarthysme à la contre-culture.

Un autre exemple est fourni par le professeur Tushnet[104]. Ce dernier explique qu'il n'est pas surprenant de voir l'actuelle Cour suprême américaine, tout empreinte de conservatisme, rendre des décisions favorables à la liberté d'expression puisque ce faisant, elle flatte les médias. En effet, les causes relatives à la liberté d'expression sont très proches des préoccupations des médias et occupent, par conséquent, une grande place dans la présentation des informations. La Cour, par son *libéralisme*, en matière de liberté d'expression, se ménage le soutien des médias et peut donc user de ce soutien relativement à d'autres sujets qui *la* préoccupent[105]. Les médias deviennent alors un *électorat* qu'il convient de ne pas mécontenter. Ceci explique, en partie, selon le professeur Tushnet, le libéralisme de la Cour en ce qui concerne l'interprétation du Premier Amendement, sujet de première importance pour les médias.

Il semble donc qu'au plan pratique, l'élaboration et l'exercice d'un critère d'équilibration relèvent de considérations non essentiellement juridiques et battent en brèche l'idée d'un système autonome capable d'objectivation des normes. Cette constatation reviendra au plan théorique. Nous l'aborderons au point suivant dans le contexte du droit international. En fait, nous pourrons remarquer que les mêmes apories se retrouvent tant en droit national qu'en droit international. Ceci ne peut surprendre puisque ce dernier ne représente que le déploiement théorique de l'autre dans un contexte, cette fois, planétaire.

III. Droit international

A. Documents internationaux

La méthodologie classique du droit international public commande que les sources formelles de la liberté d'information soient présentées de manière à en respecter la hiérarchie. Ainsi, conformément à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, il importe d'examiner, par exemple, les conventions internationales avant la coutume ou les principes généraux du droit. Ce formalisme, qui rend très mal compte des réalités contingentes de la vie internationale[106], nous oblige ainsi à identifier d'abord les conventions internationales, reconnues par les États, consacrant la liberté d'information.

---

103. Sur la prise en compte de ses considérations dans l'interprétation constitutionnelle, lire K. Benyekhlef et F. Gagnon, « Postmodernisme et interprétation : la pluralité des sens », [1996] à paraître.

104. M. Tushnet, « The Supreme Court and Its First Amendment Constituency », [1993] 44 *Hastings L.J.* 881.

105. « Because of the way the Justices do things, the respectable media are an important constituency. The Justices surely receive some ego gratification from having their names mentioned favorably in the respectable media, but I doubt this is a major reason for their treatment of the respectable media as one of the Court's important constituencies. Rather, the Justices are interested in the respectable media not so much for ego gratification, or because they need media support on matters of interest to the media, but because the Justices need media support — or at least need to reduce media opposition — to accomplish their other projects », *id.*, p. 888.

106. D. Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.

La liberté d'information apparaît ainsi à l'article 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 :

> 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.

Le réflexe suivant consiste à évoquer le caractère contraignant ou non, au plan juridique, de l'instrument international sous étude. Ainsi, dans le cas de la Déclaration universelle, les auteurs s'entendent pour reconnaître que celle-ci n'a, au départ, aucune force obligatoire. Toutefois, cette unanimité sur la nature *originale* de la Déclaration cède rapidement avec l'écoulement du temps. En effet, plusieurs auteurs estiment que les droits de l'homme, inscrits à la Déclaration, se sont peu à peu transformés en règles coutumières[107], acquérant dès lors une force obligatoire. Il s'agit là d'une question polémique qui n'est pas tranchée malgré toutes les affirmations des uns et des autres.

L'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[108] consacre également la liberté d'information :

> (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;
>
> b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques[109].

La formule est certes plus précise que celle de la Déclaration[110]. Le Pacte est un instrument contraignant pour les parties l'ayant ratifié. De plus, le Pacte institue un mécanisme de sanction par lequel un comité des droits de l'homme a charge d'examiner la mise en œuvre des droits consacrés au Pacte par

---

107. Lire R. PINTO, « La liberté d'information et d'opinion et le droit international », [1981] 108 *Journal du droit international*, p. 459, note 1 où l'auteur évoque abondamment cette question.

108. N.U. *Recueil des traités*, vol. 999 (1976), p. 187.

109. La Déclaration universelle contient, pour sa part, une clause limitative générale. L'article 29(2) porte en effet que : « 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 ».

110. P. TRUDEL, *op. cit.*, note 4, p. 857. Lire également *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, (1985) 7 *Human Rights Quarterly* 3. Ces principes se veulent un guide quant à l'interprétation des restrictions afférentes à la liberté d'expression.

l'État-partie. Un protocole facultatif[111] au Pacte permet également aux particuliers de présenter devant le Comité une requête alléguant une violation par un État-partie de ses obligations conventionnelles[112]. En vertu de l'article 6 du Protocole, les plaintes bien fondées apparaissent alors dans le rapport annuel que le Comité a l'obligation de présenter à l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à l'article 45 du Pacte. Le mécanisme de sanction de ces documents apparaît donc simplement moral. Par ailleurs, ce mécanisme n'entre en jeu bien évidemment que si l'État-partie a ratifié le pacte *et* le protocole.

La liberté d'information est également garantie dans des documents régionaux. Ainsi, l'article 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[113], adoptée par le Conseil de l'Europe, énonce :

> (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 États 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.

Les mécanismes structurels et institutionnels de la Convention européenne en font certes un instrument effectif au plan de la sanction des droits qu'elle consacre. Nous aurons l'occasion de revenir sur le contentieux suscité par l'article 10 de la Convention.

La *Convention américaine des droits de l'homme*[114], autre instrument régional, garantit à son article 13 la liberté d'information :

> (1) Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all

---

111. A.G. Res. 2200, 21 U.N. G.A.O.R. Supp. (N° 16) 49 U.N. Doc. A/6316, p. 59 (1966). À ce sujet, lire notamment E. SCWELB, « The International Measures of Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the Optional Protocol », [1977] 12 *Texas International L.J.* 141.

112. « The Civil and Political Covenant establishes a Human Rights Committee which is competent to observe state implementation measures, to consider charges of violation of the covenant brought by state parties, and to consider claims of violations brought by individuals against state parties. This provision for the assertion of international legal rights by individuals under the Civil and Political Covenant and the Optional Protocol represents an acknowledgment of the improved status of the individual as a subject of international law. Under the Civil and Political Covenant, the individual has the ability to assert international rights against a state before an international body », S. RAUBE-WILSON, « The New World Information and Communication Order and International Human Rights Law », [1986] 9 *Boston College International and Comparative L.R.* 107, p. 117.

113. Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 213 (1955), p. 221.

114. *American Convention on Human Rights*, 9 International Legal Materials 99 (1970).

kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice.

(2) The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subjected to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure :

a) respect for the rights or reputation of others; or

b) the protection of national security, public order, or public health or morals

[...]

L'article 14 de la Convention américaine prévoit également un droit de réplique pour celui ayant subi un dommage à la suite de la diffusion d'informations inexactes ou injurieuses. La Convention établit un mécanisme de sanction des droits et libertés qu'elle garantit. En effet, une commission interaméricaine des droits de l'homme est instituée par les articles 34 à 51. Sommairement, la Commission a pour fonction principale « to promote respect for and defense of human rights »[115]. De plus, elle a compétence pour entendre toute allégation de violation de la Convention par un État membre. Une telle requête peut être soumise par un individu, un groupe d'individus ou une organisation non gouvernementale reconnue, précise l'article 44[116]. La Commission examine la plainte et tente d'en arriver à un règlement à l'amiable. Si cela s'avère impossible, la Commission rédige un rapport qu'elle remet au Secrétaire général de l'Organisation des États américains[117]. Un autre organe, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, est créé en vertu des articles 52 à 69 de la Convention. Les États-parties et la Commission sont seuls habilités à saisir la Cour. Au terme d'une affaire, la Cour rédige un jugement qui oblige, en principe, l'État-partie[118]. Bien évidemment, l'une et l'autre procédure ne sont possibles que si l'État-partie impliqué reconnaît la juridiction des organes saisis[119].

La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), dans son acte final de 1975 signé à Helsinki, ne fait pas mention explicitement de la liberté d'information[120]. Toutefois, suite au démantèlement du mur de Berlin, la CSCE a tenu, en 1990, une conférence à Copenhague où la liberté d'information, notamment, a été explicitement reconnue[121]. Les actes relatifs à la CSCE ne cons-

115. Article 41.

116. Une telle requête peut également être présentée par un État-partie en vertu de l'article 45.

117. Article 50.

118. Article 68.

119. Pour en savoir plus sur cette Convention et la procédure de règlement, lire notamment R. BUERGENTHAL, R. NORRIS et D. SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas*, Kehl, N.P. Engel Publishers, 1982.

120. E.F. DEFEIS, « Freedom of Speech and International Norms : A Response to Hate Speech », [1992] 29 *Stanford Journal of International Law*, 57, p. 122.

121. La disposition 9.1 de la Déclaration de Copenhague se lit comme suit : « Everyone will have the right to freedom of expression including the right to communication. This right will include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by the public authority and regardless of frontiers », cité dans *id.*, p. 124. La Conférence de Moscou, tenue sous les auspices de la CSCE en 1991, réaffirme ce principe dans les termes suivants : « The participating states reaffirm the right to freedom of expression, including the right to communication and the right of the media to collect, report and disseminate information, news and opinions. Any restriction in the exercise of this right will be prescribed by law and in

tituent pas un traité ou un instrument à caractère obligatoire. Il s'agit plutôt d'une déclaration « of principles and commitments relating to treatment by states of their own citizens, as well as relationships among the states »[122]. Ces instruments constituent donc du *droit en devenir* (*soft law*) dont l'objectif est de créer une pression politique et morale propre à assurer leur mise en œuvre.

L'énoncé de la liberté d'information ne se limite pas à ces seuls instruments. En effet, une kyrielle d'instruments (résolutions, déclarations, recommandations, etc.) traite directement ou indirectement de la liberté d'information. Il n'est pas possible, ni même utile, d'évoquer la totalité de ceux-ci. Il convient néanmoins d'en présenter quelques-uns, les plus signifiants, afin de mieux cerner le portrait normatif afférent à la liberté d'information.

En 1948, se tient à Genève, sous l'égide des Nations Unies, la Conférence sur la liberté d'information. Trois projets de conventions, sur le rassemblement et la transmission internationale des informations, sur le droit international de rectification et sur la liberté d'information, sont issus de cette conférence[123].

La Convention sur le droit international de rectification met en place un mécanisme que l'on retrouve dans plusieurs ressorts nationaux :

> Contracting states to the Convention, under Article 2, may submit a « communiqué » (or its version of the facts) relating to news dispatches which receiving states judge capable of injuring states relations, national prestige or dignity, and which are false or distorted. The Convention, however, does not obligate the disseminating state to publish such a communiqué, but only to release it to correspondents and information agencies operating in its territory. If a state does not so comply, the complaining state may treat the defaulting state similarly in the event the latter submits to the former its communiqué. This is reciprocity in operation.[124]

À ce jour, cette Convention est la seule en vigueur[125].

La Convention sur le rassemblement et la transmission internationale des informations se préoccupe du libre accès aux sources journalistiques pour les correspondants étrangers. Aucune mesure discriminatoire ne doit, en principe, être imposée au plan administratif (visa, résidence, circulation dans le pays, etc.) de nature à entraver la cueillette d'informations[126].

Quant à la Convention sur la liberté d'information, celle-ci a été remaniée en 1951 par un comité spécial de l'Assemblée générale des Nations Unies. Entre 1959 et 1961, le Troisième Comité de l'Assemblée générale « approved a preamble and four articles, dealing with the freedom to gather, receive and impart informations and opinions; the extent of permissible restrictions to that freedom; the relationship of the Convention to existing freedoms; and the right of reply »[127].

---

accordance with international standards. They further recognize that independent media is essential to a free and open society and accountable systems of government and are of particular importance in safeguarding human rights and fundamental freedoms », *id.*, note 351.

122. *Id.*, p. 120.

123. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 853.

124. L.-C. CHEN, « Human Rights and the Free Flow of Information », dans M.S. MCDOUGAL et W.M. REISMAN, *Power and Policy in Quest of Law (Essays in Honor of V. Rostow)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 264.

125. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 853.

126. L.-C. CHEN, *loc. cit.*, note 124, p. 264.

127. *Id.*, p. 265.

Cette Convention n'a pas encore été approuvée par l'Assemblée générale. Au même moment, le Conseil économique et social de l'ONU présente un projet de Déclaration sur la liberté d'information[128]. La Déclaration, tout comme la Convention, n'a pas fait l'objet d'une adoption formelle. Le professeur Trudel signale à ce propos : « Depuis 1961, on note que les débats furent discontinus faute de temps, la discussion est reportée d'année en année non sans que la très grande majorité des intervenants affirment leur attachement au principe »[129]. Cette discontinuité s'explique en partie par les clivages politiques qui caractérisent inévitablement les débats internationaux :

> The failure on the part of the United Nations to take effective follow-up actions in giving concrete body and substance to what was once proclaimed « a fundamental human right » and the « touchstone » of all the other rights reflects vividly the changing dynamics of global politics within the United Nations as a result of the massive influx of the newly independent states with the acceleration of decolonization, the new patterns of bloc politics and voting coalition, and the perspectives representing different cultures, communities, and systems. For many years now the issue of freedom of information has been put on the back burner in the agenda of the General Assembly[130].

Les travaux de l'UNESCO sur le Nouvel Ordre Mondial de l'Information et de la Communication (NOMIC) ont bien démontré l'ampleur des clivages socio-politiques afférents à l'interprétation de la liberté d'information. On présente bien souvent le NOMIC comme une série de revendications plus ou moins précises émanant des pays du Tiers-Monde avec l'appui tacite ou sélectif des pays formant

---

128. Le texte de cette déclaration se lit ainsi :
Article 1er. Le droit de connaître et le droit de chercher librement la vérité sont des droits inaliénables et fondamentaux de l'homme. Tous les individus isolés ou associés ont le droit de chercher, de recevoir et de répandre les informations.
Article 2. Tous les gouvernements doivent poursuivre une politique, dans le cadre de laquelle la libre circulation des informations à l'intérieur des pays et à travers les frontières doit être assurée. Le droit de chercher et de transmettre les informations doit être garanti de façon à permettre au public de connaître les faits et de se former une opinion sur les événements.
Article 3. L'information doit être au service du public. Aucun gouvernement ni aucun organisme ou groupement d'intérêts public ou privé ne doit exercer sur les moyens de diffuser les informations un contrôle tel qu'il empêche l'existence d'une diversité de sources d'information ou prive l'individu du libre accès à ces sources. Le développement de moyens d'information nationaux indépendants doit être encouragé.
Article 4. L'exercice de ces droits et libertés comporte des responsabilités et des devoirs spéciaux. Quiconque diffuse des informations est tenu de veiller, de bonne foi, à l'exactitude des faits relatés et de respecter les droits et la dignité des nations ainsi que ceux des groupes et des personnes, sans distinction de race, de nationalité ou de croyance.
Article 5. Les droits et libertés proclamés ci-dessus doivent être universellement reconnus et respectés et ne peuvent, en aucun cas, être exercés contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies. Ils ne doivent connaître d'autres limitations que celles qui sont fixées par la loi à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et des libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la moralité et du bien-être général dans une société démocratique.
129. *Id.*, p. 856.
130. L.-C. CHEN, *loc. cit.*, note 124, p. 266.

alors ce qu'il était convenu d'appeler le bloc de l'Est[131]. Ces revendications apparaissent pourtant bien légitimes et ont le mérite de dénoncer un profond déséquilibre des flux informationnels.

Dès les années 70, l'UNESCO s'est intéressée à la question d'un meilleur équilibre de la circulation de l'information. Ainsi, en 1972, à la Conférence générale de l'UNESCO, la délégation soviétique présente un projet de déclaration sur l'utilisation des médias et des relations entre ces derniers et les gouvernements[132]. On devine aisément que le thème du contrôle des médias par les gouvernements a suscité d'importantes polémiques. Dans la mouvance de ces discussions sur une circulation mieux équilibrée de l'information, l'UNESCO crée, en 1977, la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, présidée par Sean MacBride. Au même moment, la Conférence générale de l'UNESCO de 1978 adopte la Déclaration sur les principes fondamentaux concernant la contribution des organes d'information au renforcement de la paix et de la compréhension internationale, à la promotion des droits de l'homme et à la lutte contre le racisme, l'apartheid et l'incitation à la guerre[133] :

> The new declaration, approved by acclamation, advocated multiple sources of information, free flow of news, freedom of journalists, and the increased moral accountability by the media. Unlike their reaction to the Soviet proposal, most nations seemed pleased with the resulting compromise measure. Western nations assented to it because references implying control of information by the state were removed. The Soviet bloc was pleased because the document recognized the principle that journalism should promote governmental policies. And Third World countries were satisfied with its promises of technical assistance.[134]

Cette déclaration a, malgré tout, provoqué bien des débats; beaucoup d'entreprises de presse estimant que celle-ci pouvait servir « à légitimer le contrôle autoritaire des médias et limiter l'activité des médias encore libres »[135]. La publication du Rapport MacBride[136] devait bien évidemment alimenter la polémique. On démontre, dans ce rapport, le déséquilibre informationnel existant entre les pays du Nord et du Sud. La circulation de l'information est à sens unique :

> L'application du principe de la libre circulation a eu comme résultat pour des raisons expliquées plus haut, une circulation déséquilibrée, appelée circulation à sens unique : un courant de nouvelles, données, messages, programmes, produits culturels, qui va presque exclusivement des grands vers les petits, de ceux qui détiennent le pouvoir et les moyens techniques vers ceux qui en sont privés, des pays développés aux pays en développement et, au niveau national, du centre du pouvoir vers le bas.[137]

La mainmise des grandes agences de presse occidentales sur l'information et sa dissémination entraîne une distorsion des nouvelles nationales. En effet, les agences ne s'intéressent aux pays en voie de développement que dans des

---

131. S. RAUBE-WILSON, *loc. cit.*, note 112, p. 107.

132. W. FITZMAURICE, « The New World Information and Communication Order : Is the International Programme for the Development of Communication the Answer? », [1983] 15 *N.Y.U.J. Int'l and Pol.* 953, p. 959.

133. UNESCO, Conf. générale, Res. 4/9.3/2 (2e session, 1978).

134. W. FITZMAURICE, *loc. cit.*, note 132, p. 960.

135. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 861.

136. Rapport MacBride, *supra*, note 14.

137. *Id.*, p. 180.

circonstances exceptionnelles qui relèvent du coup d'État, de la catastrophe naturelle ou de la famine. Du coup, on passe sous silence d'autres informations qui, parce que banales au regard de ces circonstances exceptionnelles, ne séduisent pas la clientèle occidentale des agences de presse. L'acculturation constitue également un facteur inhérent au quasi-monopole de la circulation de l'information. On pense alors bien sûr aux produits culturels qui, par leur pénétration, l'homogénéité de leur contenu et leur puissance de diffusion, peuvent altérer les identités nationales, ébranler les pratiques culturelles et mener à une uniformisation des objets culturels[138]. Ce danger ne menace d'ailleurs pas seulement les pays en voie de développement. Bien des pays développés craignent également cette mainmise culturelle[139].

Le débat entre les tenants d'une circulation sans entraves de l'information (*free flow*) et une circulation équilibrée, fruit des polémiques des vingt dernières années[140], illustre bien toute la difficulté qu'il y a d'assigner un sens précis et consensuel à la liberté d'information, bien que tous prétendent y adhérer[141]. Le professeur Trudel note avec justesse :

> L'unanimité avec laquelle chacun des États adhère au principe de la liberté d'information et du droit à l'information a quelque chose de suspect. L'*ambiguïté* des notions facilite une adhésion large. Les pays qui y souscrivent, cela se constate tous

---

138. *Id.*, pp. 198-205.

139. « Although the group seeking to restrict the free flow of information is largely composed of leaders from Asia, Africa, and Latin America, concern over U.S. domination in the information field has also been expressed by the leaders of Canada, Sweden, France, the United Kingdom, and Australia », M.J. FARLEY, « Conflicts over Governmental Control of Information — The United States and UNESCO », [1985] 59 *Tulane L.R.* 1071, p. 1074, note 12.

140. Le professeur Pinto résume ainsi la portée du NOMIC : « Ce nouvel ordre implique en premier lieu le redressement des inégalités technologiques et professionnelles dont souffre le tiers monde et ce grâce à l'assistance des pays industrialisés et des organisations internationales [...] Ce nouvel ordre de l'information implique en second lieu une réévaluation du contenu de l'information. Le déséquilibre dans les flux d'informations vers les pays du tiers monde et en provenance de ces pays doit être corrigé. En même temps l'information doit participer à la mobilisation des populations pour assurer le développement économique, l'enseignement et l'éducation, la protection des cultures locales. Enfin, ce nouvel ordre postule la responsabilité et le contrôle des États tant en ce qui concerne le redressement des inégalités technologiques et professionnelles que la réévaluation du contenu de l'information. Sans la réalisation de ces trois points, il ne peut exister de véritable liberté de l'information des individus et des peuples », R. PINTO, *op. cit.*, note 3, p. 485.

141. Il va de soi que les enjeux économiques notamment sous-tendent une partie de la polémique : « Les intérêts économiques des Parties sont certes au cœur des interprétations conflictuelles du principe de la libre circulation de l'information. Les États-Unis dominent le marché mondial de l'information, au sens large, et tentent de maintenir cette position en travestissant leurs ambitions économiques et politiques sous les dehors d'un idéal propre aux libertés publiques : la libre circulation de l'information. La majorité des autres pays ne sauraient souscrire aux prétentions américaines au risque de perdre tout contrôle sur l'or noir de cette fin de siècle que représente l'information. Bien que nombre de ces nations n'aient cure des droits de la personne, il nous semble hasardeux, voire malhonnête, de conclure *ipso facto* que leur désir de mieux contrôler la circulation de l'information à partir de leur territoire afin de préserver leur souveraineté équivaille en fait à une tentative de bâillonner l'individu et d'attenter à cette liberté précieuse que constitue le droit à l'information. Il faut ici éviter, croyons-nous, de simplifier les enjeux respectifs des Parties. Mais, on ne peut s'empêcher de noter que ces divergences ont un arrière-plan économique et politique indéniable ». K. BENYEKHLEF, « La souveraineté nationale et le contrôle des échanges internationaux d'informations », [1991] 25 *Revue Juridique Thémis*, 433, pp. 448-449.

> les jours, ont, dans les faits, des conceptions divergentes de ce qu'est ou devrait être la liberté d'information et le droit à l'information.[142]

Ces profondes divergences n'empêchent pas le professeur Pinto d'affirmer que la liberté d'information est aujourd'hui un principe coutumier, fruit d'une pratique manifeste et ininterrompue des États. La liberté d'information est reconnue et incontestable :

> La reconnaissance du principe de liberté d'information comme faisant droit n'est contestée par aucun État, quelle que soit sa structure politique, économique ou sociale. Comme nous l'avons noté, en ce qui concerne les droits de l'homme en général, les gouvernements justifient les limitations apportées à la liberté d'information par la défense même de cette liberté ou l'existence de circonstances exceptionnelles. Aucun gouvernement ne fonde ces mesures sur la négation du principe de liberté.[143]

Il est vrai, effectivement, qu'aucun État ne nie l'existence même de la liberté d'information, que chacun s'en réclame même à l'occasion. Mais que vaut cette affirmation (non-négation) au regard des divergences fondamentales relatives à l'essence même de cette liberté? Au plan de l'effectivité, cette reconnaissance est nulle. Le professeur Pinto a beau s'évertuer à démontrer, par référence à de multiples textes internationaux, que la liberté d'information constitue aujourd'hui un principe coutumier, cette démonstration pèche parce qu'elle omet de souligner qu'un droit ou une liberté n'est opérationnel, donc utile et valable, que si un sens minimal peut lui être attribué. Ne pas s'entendre sur la nature, le sens et la portée d'un principe, mais simplement sur son existence sans plus, équivaut à une reconnaissance purement formelle dénuée de tout effet juridique effectif.

Une précision mérite d'être apportée. Nos propos dépassent la simple question de l'existence ou non d'une sanction relative à la transgression de la liberté d'information. Nous avons vu que certains textes internationaux prévoient une mesure de sanction plus ou moins efficace. L'effectivité passe en effet par la sanction. Pourtant, dans notre cas, la difficulté se révèle beaucoup plus profonde. Il ne s'agit pas de se demander simplement si la violation du principe étudié peut entraîner ou non une sanction en fonction du texte international invoqué, mais bien plus gravement quel est le sens exact de cette liberté au regard des violations alléguées. Cette question première se doit logiquement d'être réglée avant même que l'on aborde celle de l'existence et de la nature de la sanction.

B. CONTENTIEUX INTERNATIONAL

La Convention européenne est le seul instrument international ayant donné lieu à un véritable contentieux, au sens où les tribunaux constitutionnels l'entendent[144]. La Convention européenne prévoit en son sein un mécanisme per-

---

142. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 4, p. 862 (nos italiques).

143. R. PINTO, *loc. cit.*, note 107, p. 494.

144. La Convention américaine des droits de l'homme institue également, comme nous l'avons vu au point III.A., un mécanisme de contrôle de nature judiciaire. Toutefois, la pauvreté du contentieux en matière de liberté d'expression (une seule affaire ayant été décidée, voir à ce sujet E.F. DEFEIS, *loc. cit.*, note 120, p. 110) fait qu'il est inutile de s'y attarder. Quant au Comité des droits de l'homme institué par un protocole facultatif au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ses décisions ne sont que des recommandations et son processus d'adjudication fait qu'il ne s'inscrit pas dans l'expression « contentieux judiciaire ».

mettant aux États-parties et à leurs nationaux de porter devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme des affaires mettant en cause l'un ou l'autre des droits garantis par le document international[145]. En fait, comme le signale le professeur Defeis, la Convention européenne « is acknowledged to be the world's most successful system of international law for the protection of human rights currently in force »[146].

La liberté d'expression, consacrée à l'article 10 de la Convention, a fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme[147]. L'examen de ces décisions nous permet de constater que la Cour européenne n'a pas élaboré, à l'instar de la Cour suprême canadienne, un critère général propre à déterminer l'inclusion d'une activité expressive dans le cadre de la garantie. En fait, la liberté d'expression, dans les affaires rendues, semble se définir par rapport aux droits et intérêts concurrents énoncés au deuxième paragraphe de l'article 10. Ainsi, contrairement à la Cour suprême du Canada qui a d'abord défini de manière large et libérale la liberté d'expression pour ensuite déléguer à l'article 1er de la Charte canadienne le soin d'équilibrer celle-ci et les droits concurrents, la Cour européenne a fondu ces deux étapes en une. La présence dans le dispositif même de l'article 10 d'une clause auto-limitative explique sans doute cette façon de procéder. Il n'est pas dans notre intention d'examiner chacune des décisions de la Cour européenne traitant de l'article 10. En fait, il suffit, pour les besoins de notre exposé, de se pencher sur le critère d'équilibration mis en place par la Convention à son article 10(2)[148].

Avant de se pencher sur la mécanique proprement dite de la clause auto-limitative, il convient de dire quelques mots de la *marge d'appréciation* laissée à chaque État-partie. Le contrôle européen est en effet subsidiaire. C'est dans l'affaire *Handyside*[149] que la Cour européenne a fait état de la nature subsidiaire de son contrôle. Il revient donc d'abord à l'État d'assurer le respect des garanties de la Convention à l'endroit de ses nationaux[150]. Par conséquent, les États bénéficient d'une marge d'appréciation quant à « la *nécessité* de la limitation [à un droit ou une liberté] en fonction de l'objectif poursuivi »[151] par la mesure restrictive. Le professeur Jacqué précise que la marge d'appréciation « porte aussi bien sur l'existence d'une nécessité de la limitation au regard de l'objectif visé, que

145. Sur ce mécanisme, lire G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 27-233.

146. E.F. DEFEIS, *loc. cit.*, note 120, p. 95.

147. Lire G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, note 145, pp. 449-480; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e édition, Paris, Sirey, 1991, pp. 259-284 et P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pp. 407-428.

148. Les diverses clauses auto-limitatives de la Convention (lire les articles 8 à 11) reçoivent, en général, la même interprétation malgré la diversité des droits et libertés qu'elles restreignent : « Cependant, malgré les différences entre les diverses clauses contenues dans la Convention, celles-ci sont conçues sur le même modèle et, lorsqu'elles ne le sont pas, la jurisprudence tend à les unifier », J.-P. JACQUÉ, « La Convention européenne des droits de l'homme et les limitations aux droits garantis — Rôle respectif des corps législatifs et des tribunaux », dans A. DE MESTRAL (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1986, 157, p. 167.

149. Cour eur. D.H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A, no 24, p. 22.

150. J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 148, p. 158.

151. *Id.*, p. 163 (nos italiques).

sur les mesures mises en œuvre pour répondre à cette nécessité »[152]. Cela laisse-t-il l'État-partie complètement libre dans l'appréciation de la nécessité d'une mesure restrictive? Il semble bien que non :

> Il ne suffit pas que l'appréciation ait été faite de bonne foi. Il faut que la mesure prise soit nécessaire, c'est-à-dire qu'elle réponde à un besoin social impérieux. C'est dans l'appréciation de ce besoin social impérieux et du type de mesures à utiliser pour y répondre que la Cour reconnaît une certaine marge aux autorités nationales. La jurisprudence ultérieure devait préciser que l'étendue de cette marge variait en fonction de l'objectif pousuivi par la limitation.[153]

Dans l'affaire *Sunday Times*[154], la Cour européenne précise donc que la marge d'appréciation est plus grande si l'objectif poursuivi ne peut faire l'objet d'une définition à l'échelle européenne[155]. Autrement dit, et *a contrario*, plus le but à atteindre par la mesure peut être défini de manière objective dans l'ensemble européen, moins la marge d'appréciation sera grande. La Cour donnait l'exemple de l'autorité judiciaire[156] qui, selon elle, fait l'objet « d'une assez grande concordance de vues »[157] dans les différents droits internes européens, alors que tel n'est pas le cas de la protection de la morale, notion fluctuante dans l'ensemble européen. La Cour européenne a également affirmé, dans l'affaire *Dudgeon*, que la marge d'appréciation « dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu »[158], en d'autres termes, de la nature du droit garanti mis en cause. L'affaire *Dudgeon* concernait la validité d'une législation condamnant les pratiques homosexuelles entre adultes consentants. Il s'agissait là d'une grave atteinte au droit à la vie privée. La marge d'appréciation constitue donc une notion qui imprègne littéralement le mécanisme d'auto-limitation mis en place dans la Convention. Examinons maintenant les exigences de ce mécanisme.

Ces exigences ressortent à la lecture de l'article 10(2). Ainsi, trois exigences apparaissent :

1– la mesure restrictive doit être prévue par la loi;

2– la mesure restrictive doit viser un objectif inscrit; et

3– la mesure restrictive doit être nécessaire dans une société démocratique.

Ces exigences ne sont pas sans rappeler celles que la Cour suprême du Canada a dégagées de l'article 1[er] de la *Charte canadienne des droits et libertés*[159]. Quant à la première exigence, elle suppose que la loi soit suffisamment précise « pour permettre au particulier de prévoir si et quand celle-ci s'appliquera à lui »[160]. On fait référence ici à ce qu'il est convenu d'appeler en droit canadien la théorie de l'imprécision[161]. Au surplus, la loi doit être suffisamment accessible, c'est-à-dire que « l'individu doit pouvoir disposer de renseignements suffisants

---

152. *Ibid.*
153. *Ibid.*
154. Cour eur. D.H., affaire du *Sunday Times*, arrêt du 27 avril 1979, série A, n° 30.
155. J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 148, p. 164.
156. L'article 10(2) *in fine* prévoit une limitation possible à la liberté d'expression pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.
157. *Supra*, note 154, p. 36.
158. Cour eur. D.H., affaire *Dudgeon*, arrêt du 22 octobre 1981, série A, n° 45, p. 21.
159. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 68, p. 33.
160. J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 148, p. 168.
161. *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

dans les circonstances de la cause sur les normes juridiques applicables »[162]. Le terme « loi » vise aussi bien le droit écrit que non écrit, selon la Cour européenne dans l'affaire *Sunday Times*.

Deuxièmement, la mesure doit viser un objectif inscrit dans la liste des restrictions légitimes que l'on retrouve dans les diverses clauses auto-limitatives de la Convention. Ainsi, les motifs de limitation énoncés à l'article 10(2) sont limitatifs. On ne saurait donc s'autoriser d'un motif de limitation qui n'apparaît pas dans le dispositif auto-limitatif.

Troisièmement, la mesure doit être nécessaire dans une société démocratique. Cette nécessité correspond, selon l'affaire *Handyside*, à un besoin social impérieux. On ne saurait donc se contenter d'une affirmation selon laquelle la mesure est utile, opportune ou raisonnable[163]. Il revient donc au tribunal de soupeser, d'une part, le besoin social impérieux qui justifie la restriction et, d'autre part, le droit ou la liberté du requérant dans le cadre d'une société démocratique. C'est évidemment lors de cet exercice qu'entrera en jeu la marge d'appréciation dont nous avons fait état plus haut.

À l'instar de l'interprétation de l'article 1^er^ de la Charte canadienne, la démarche se veut empreinte d'une grande *objectivité*. Le désir de formaliser un critère d'équilibration prédictible explique sans doute ces velléités d'objectivité. Pourtant, là encore[164], il convient de se demander si ce critère ne joue pas simplement un rôle rhétorique, facilitant l'adhésion aux motifs de la décision rendue. D'autre part, en l'absence de tout énoncé positif quant au sens à attribuer à la liberté d'expression — celle-ci n'est finalement définie que négativement, c'est-à-dire en fonction des restrictions qu'elle peut connaître — et en raison de la reconnaissance par la Cour européenne d'une non-uniformité normative dans l'ensemble européen, on se demande s'il est possible d'en arriver à une définition commune et consensuelle de la liberté d'expression. Il existe certes un plus petit commun dénominateur. Mais, même celui-ci vole en éclats dès que l'objectif poursuivi par une mesure restrictive est idiosyncratique à chaque nation. S'il n'est pas possible dans un ensemble aussi restreint géographiquement et aussi proche au plan des valeurs que l'Europe d'aboutir à une définition commune de la liberté d'expression, quelle peut être la valeur de l'affirmation selon laquelle la liberté d'information constitue aujourd'hui un principe positif de droit international. On invoquera alors le principe de la souveraineté nationale pour expliquer et justifier ces différences et particularismes. Voilà justement un obstacle incontrovertible à toute velléité de créer une véritable normativité internationale. Et c'est là une des apories théoriques du libéralisme juridique. Examinons maintenant cette question.

C. LIBERTÉ D'INFORMATION : EFFECTIVITÉ ET RHÉTORIQUE EN DROIT INTERNATIONAL

Nous avons vu, au point A., que la liberté d'information, bien que principe du droit coutumier d'après le professeur Pinto[165], ne semble pas faire l'objet d'un consensus définitionnel. En d'autres termes, il semble difficile, au regard des

162. G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, note 145, p. 469.
163. *Id.*, p. 472.
164. Lire *supra*, note 73.
165. Lire *supra*, note 143 et texte correspondant.

divergences nationales, d'attribuer un sens commun à la liberté d'information. En effet, bien des États entretiennent une interprétation singulière de la liberté d'information; chacun, par le biais des limitations à cette liberté, assignant à celle-ci un sens original, quoique pourvu, il importe de le reconnaître, d'un certain fond commun. Cette situation ne peut manquer d'avoir des répercussions au plan international. La question de l'effectivité de la liberté d'information rend également difficile son application. En effet, n'avons-nous pas souligné le fait que la consécration de cette liberté, dans maints instruments internationaux, ne s'accompagne d'aucun moyen concret d'en assurer l'exercice et le respect[166].

Sur ce dernier point, le professeur D'Amato prétend qu'on ne saurait déterminer l'existence d'une règle en droit international simplement en se référant à l'effectivité de celle-ci[167]. Autrement dit, le fait qu'une sanction découle (ou non) d'une règle ne contribue pas à faire de celle-ci un élément du droit international. L'opinion de D'Amato semble se vouloir une réplique au positivisme juridique (et au scepticisme)[168]. Pourtant, l'ensemble de l'article démontre bien, ainsi que l'a brillamment souligné Koskenniemi[169] à propos de la doctrine moderne, un incessant va-et-vient entre le positivisme et le naturalisme. Tout est bon pour justifier et légitimer la structure argumentative du droit international.

Notre critique positiviste — manque de sens et effectivité — s'inscrit bien évidemment dans les normes du jeu. Elle postule une acceptation des règles afférentes à la légalité internationale. Nous nous en détacherons plus loin. Les idiosyncrasies juridiques nationales[170] expliquent sans doute cette difficulté de parvenir à une définition consensuelle de la liberté d'information. De même, les intérêts politiques et économiques souvent divergents des nations constituent un facteur indéniable dont l'interprète doit tenir compte afin de comprendre les multiplicités de sens attribuées à la liberté d'information. Ces explications relèvent toutefois, en général, d'un examen détaché des conditions mêmes du droit international. En d'autres termes, ces explications, parfaitement valables au plan socio-politique, ne supposent pas, dans leur élaboration, une mise en question des postulats juridiques fondant le droit international. Ainsi, les critiques émises plus

---

166. Lire *supra*, III.A.

167. « The preceding arguments at best have shown only that a communication that a given rule is a rule of international law is *prima facie* as viable a claim as any other claim that a given rule is a rule of a particular legal system; what remains is the authentication of the given rule and not a dismissal that the claim is erroneous because of considerations having to do with the morality or enforceability of the rule. But even this much may be an important building block toward the construction of international law, since it avoids metaphysical inquiries into the nature of international law or the positivist claims that the content of law depends necessarily upon that which is enforced », A. D'AMATO, « What "Counts" as Law? », dans N.G. ONUF (dir.), *Law-Making in the Global Community*, Durham, Carolina Academic Press, 1982, p. 86.

168. Lire *infra*, notes 173-179 et texte correspondant.

169. M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Holsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989. L'auteur écrit aux pages 158-159 : « Being inherently uncertain about what the law actually is (is it binding standards, is it effective standards?) he mixes elements borrowed from all possible styles of legal and quasi-legal argument : classical positivism, naturalism, sociology, fundamental rights theories etc. — degenerating sometimes into a sophisticated hotchpotch of learned citation and naïve historicism ».

170. Ces idiosyncrasies juridiques s'inscrivent dans la trame culturelle des nations. Elles relèvent donc, dans une bonne mesure, d'une tradition culturelle et historique ayant contribué à forger les instruments de médiation, caractéristiques uniques et singulières de l'État.

haut peuvent trouver une (autre) explication relevant des structures intrinsèques du droit international.

Des auteurs, comme Kennedy[171] ou Koskenniemi, ont souligné les incohérences internes du droit international public ainsi que les continuelles insatisfactions logiques des multiples théories ayant pour objet de légitimer les règles du droit international. Ces critiques structurelles[172] peuvent apporter un éclairage nouveau sur l'apparente aporie caractérisant la liberté d'information.

Ainsi, par exemple, la question de la sanction apparaît comme un point d'achoppement dans la doctrine moderne. Dans la lignée de l'école de Morgenthau (scepticisme)[173], nous avons évoqué l'absence de sanction effective découlant de la liberté d'information, comme facteur d'amoindrissement de la valeur du principe consacré. Pour les sceptiques, le droit international n'est pas particulièrement contraignant. Ils reconnaissent la nécessité de développer un critère propre à permettre l'identification d'une règle de droit[174]. Et ce critère s'articule, bien évidemment, autour de la présence ou de l'absence d'une sanction; l'absence de ce dernier élément transformant la règle en simple *desiderata*[175]. Toutefois, cela n'apparaît pas suffisant. Encore faut-il pouvoir observer concrètement la mise en place et l'application d'un régime de sanctions afférent à une règle[176]. Voilà pourquoi, il n'est pas possible de prétendre à une uniformité régulatrice du droit international, puisque le régime de sanctions diffère d'une règle à l'autre ou apparaît complètement absent. Ceci explique également le souci que l'interprète doit apporter à l'examen du contexte sociologique de l'émergence d'une norme (vraisemblance d'une sanction) : « Generalization from treatise into custom/rules lacks foundation. Each rule is relative to social context — the common interest or balance of power which supports it. Beyond such context the rule has no reality »[177]. Le droit international apparaît alors essentiellement comme un exercice d'observation et de description plutôt que comme le fruit d'une abstraction théorique cherchant à fonder sa légitimité.

Koskenniemi remarque toutefois là une contradiction interne. En effet, les sceptiques maintiennent et nient, d'un même souffle, la distinction entre le droit

---

171. Lire notamment : D. KENNEDY, *op. cit.*, note 106; D. KENNEDY, « *Primitive Legal Scholarship* », [1986] 27 *Harvard Int'l L.J.* 1.

172. M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, p. 53.

173. « Like the rule-approach, skepticism believes law to have only a restricted field of application. On the other hand, skepticism does not believe that the rules of international law are uniformly and absolutely binding, either. In addition to being marginal in scope, international law is also normatively flexible, binding only "more or less", as determined by political realities. As a result, skepticism is suspicious about the law/politics distinction [...] But [...] skepticism does not wish to abolish this distinction altogether. It holds it as a normative ideal but is doubtful about the possibilities of its international realization », *id.*, p. 167.

174. *Id.*, p. 168.

175. « But the skeptic's test does not refer to an abstract doctrine of sources. It refers to the presence or absence of sanctions. The skeptic insists on the objective and scientific nature of this test. Hypothesis about valid law must be tested in state practice just as those of natural sciences must be tested in natural reality. Rules which are unaccompanied by sanctions amount to more subjective wishes », *ibid.*

176. « What is important is not whether such rule exists or not but what is the likelihood that actual sanction will follow. And this is a likelihood that varies due to differences of political context. Rules bind "more or less" as the likelihood of sanctions grows or diminishes », *id.*, pp. 168-169.

177. *Id.*, p. 169.

et la politique : « the distinction is maintained through the assumption that law can be separated from non-law through a criterion (the likelihood of sanction). But the distinction is denied as the question of the likelihood of sanction becomes a sociological one. Binding force emerges with factual coercion. Law is merely a division of power politics »[178]. De même, Koskenniemi critique l'opinion des sceptiques selon laquelle le droit international n'a pas d'effet normant et que, par conséquent, il convient de porter son attention sur le comportement des États (question de la sanction) :

> Skepticism argues, then, that international law is irrelevant as neither extensive nor normative. The immediate problem with skepticism is its reliance on an external point of view. Associating law with factual sanctions fails to count for the internal aspects of rules — the feeling with many statesmen and diplomats that rules exist and are binding upon them and their States. By simply looking at behaviour it fails to answer the relevant question of whether and to what extent legal rules worked behind that behaviour (at the level of motivations, by structuring decision-contexts, delimiting alternative ways of action, etc.). It works on the assumption that legal rules will always be overriden when important State interests are at stake — and thus ignores that such are usually given legal protection. Its criticism may seem successful against constructions which separate legal rules from the ways statesmen and States think about them. Once law is understood in a more flexible, « political » way, however, it might seem that its relevance may be safeguarded.[179]

L'explication n'est donc pas convaincante, elle souffre d'incohérences internes. De même, sur un autre plan, nous savons que la liberté d'information est souvente fois présentée en des termes évocateurs de la dignité humaine, à l'instar d'autres droits de la personne. On fonde alors les préceptes du droit international des droits humains sur un faisceau de valeurs (*values*) universalistes propres à en assurer l'exercice harmonieux :

> From a comprehensive policy-oriented perspective, human rights are best understood by reference to the empirical facts of human interaction in the shaping and sharing of values. Values are preferred events — what people cherish. The people of the world, whatever their differences in cultural traditions and institutional practices, are increasingly demanding to participate in the shaping and sharing of all basic values. They demand respect, power, enlightenment, well-being, wealth, skill, affection and rectitude. In relation to respect, they demand a fundamental freedom of choice for participation in different value processes, for equality in both the positive and negative sense, and for a large domain of personal autonomy. In relation to power, they demand full participation as persons in the process both of authoritative decision and of effective power. In relation to enlightenment, they seek freedom to acquire, use, and communicate information and knowledge[180]. In relation to well-

178. *Ibid.*

179. *Id.*, p. 170.

180. Au sujet de la liberté d'information, l'auteur ajoute : « By reference to these value categories, the importance of enlightenment, that is, freedom of information in the most comprehensive sense, is obvious. Enlightenment, in the sense of freedom to acquire, use, and communicate information and knowledge, is crucial to the shaping and sharing of all other values [...] Information is the product of the enlightenment process. Central to the process of enlightenment is communication, through which information and knowledge is gathered, processed, exchanged, and disseminated [...] Communication relates not only to enlightenment, but to each of the other value processes : it affects the aggregate pattern in the shaping and sharing of values, and plays a vital function in integrating all values under everchanging conditions of complex interdependences », L.-C. CHEN, *loc. cit.*, note 124, pp. 248-249.

> being, they seek health, safety, and comfort. In relation to skill, they demand the freedom to discover, mature and exercise latent talents. In relation to affection, they seek establishment and enjoyment of congenial personal relationships. And in relation to rectitude, they demand feeedom to form, maintain and express norms of responsible conduct. Thus, by human rights we make reference to the degree to which these demands are met and to the quality of participation and enjoyment in each of the different value processes.[181]

Cette référence aux valeurs et, plus particulièrement, à la dignité humaine comme fondement de l'action normative caractérise l'école de New Haven, connue sous le vocable anglais de *policy-approach*[182]. Selon cette école, les règles ne sont pas neutres; elles constituent des instruments propres à permettre l'expression des valeurs ci-haut identifiées[183]. Ainsi, il faut, à partir de la dignité humaine, construire un ensemble plurinormatif prenant en compte les acteurs internationaux, leurs décisions, les procédures suivies, la nature des forums dans lesquels ils s'expriment et prennent des décisions, etc.[184] Cette construction obéit alors, toujours selon les tenants de cette école, à des facteurs objectifs fondés sur des phénomènes concrets, susceptibles d'être observés et analysés[185]. Force est de reconnaître qu'il n'est pas toujours facile de démêler l'écheveau lourdement abstrait, voire abscons, des disciples de l'école de New Haven. Quoi qu'il en soit, on ne peut que remarquer, avec Koskenniemi notamment, que derrière cet écran objectivant de détermination des règles fondées sur des valeurs universalistes, se dessine en fait un exercice profondément subjectif. En effet, à quels principes obéissent l'identification et la mise en exergue de ces valeurs[186]? La seule référence au caractère raisonnable de celles-ci ne saurait suffire. Ni celle selon laquelle ces valeurs recèlent un caractère universel[187]. Critique d'autant plus sérieuse que les tenants de l'école de New Haven condamnent le naturalisme dont, pourtant, le

---

181. *Id.*, pp. 247-248.

182. N. PURVIS, « Critical Legal Studies in Public International Law », [1991] 32 *Harvard Int'l L.J.* 81, p. 85.

183. M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, p. 172.

184. *Id.*, p. 173.

185. « Policy-approach lawyers base their claim to objectivity on scientist assumptions. They believe they are objective as they focus on observable decision-making, authority and effectiveness and not on rules and their abstract validity. Their interdisciplinary orientation — the links with legal realism and sociological behaviourism — suggests a claim for scientific objectivity which a rules approach would seem unable to make », *id.*, p. 174.

186. « Several critics have pointed out the extreme subjectivism in McDougal's [porte-parole important de cette école] discussion of goal values. There is an implicit assumption that reasonable men will agree on such values and adopt those held by McDougal himself. Recurring use of the term « reasonable » in his argument always immediately preceding the conclusion testifies to the same effect. Lacking a system of demonstrating the correctness and content of his values, however, he will remain vulnerable to the objections advanced against any other kind of naturalism », *id.*, p. 176.

187. Sur ce vaste sujet, lire notamment : É. LEROY, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post-modernité », [1992] 48 *Revue de la recherche juridique*, 139, C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, T. TODOROV, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Paris, Éd. du Seuil, 1989.

fondement de leur théorie semble, au bout du compte, directement inspiré[188]. En effet, entre l'exaltation des droits indéterminés mais présents échappant à la tutelle législative et formant un faisceau de protection *et* les valeurs floues dégagées par les tenants de cette école selon une méthode échappant, cette fois, à l'entendement ou, à tout le moins, à une logique objective, il se dessine une parenté incontestable.

Ces doctrines modernes, les écoles du scepticisme ou de New Haven[189], semblent incapables de répondre à certaines interrogations fondamentales suscitées par le droit international. Ainsi, dans notre cas, quels sont les motifs pouvant expliquer d'une part l'ineffectivité pratique et, d'autre part, l'absence de sens commun ou consensuel de la liberté d'information alors que celle-ci est, depuis plus de quarante ans, consacrée dans une kyrielle d'instruments internationaux? Questions d'autant plus urgentes que cette liberté constitue aujourd'hui, nous dit-on, un principe fondamental du droit international public.

La neutralité et l'objectivité affichées apparaissent comme des leurres, puisque bien que prétendant s'attacher à la simple description de phénomènes sociaux afin de développer une conception du droit international, ces diverses doctrines omettent de tenir compte du fait que la sélection même de ces phénomènes sociaux obéit à des choix subjectifs :

> Each attempts to develop a conception of international law on a neutral, objective view over what seems to take place in the social world where States live. In other words, what modern doctrines have in common is that they share a *social conception of law.* They believe that the law is determined by social events, that is treaties, customs, precedents, policies, « authority » or more general patterns of history, in particular economic and technological development. They believe the law to be a « social fact » and that an adequate concept of law is one which accurately describe those « facts ». [...] The obvious problem here is that the facts which constitute the international social world do not appear « automatically » but are the result of choosing, finding a relevant conceptual matrix. This is a conceptual choice, a choice which cannot be evaluated in terms of facts because it *singles out those very facts* on which it bases its « relevance ».[190]

Cette propension à la neutralité et à l'objectivité est évidemment une résultante directe de la théorie politique du libéralisme à laquelle s'abreuvent les doctrines modernes[191]. Et c'est sans doute en examinant les effets prégnants du

---

188. « Thus, the implicit assumption of the Policy-approach was that the abstract goal of human dignity could be made concrete and given meaning without losing its universal appeal. Yet, as Policy-approach scholars sought to elaborate the principle of human dignity, their own idiosyncratic and subjective normative hierarchy became apparent. To McDougal, for example, human dignity seemed entirely equivalent to the constitutional liberalism of the United States. Once reduced to contextual terms, the Policy-approach could not achieve universality. Absent a consensus on the nature of human dignity, any substantive theory based on the Policy-approach necessarily became vulnerable to the same criticisms as naturalism », N. PURVIS, *loc. cit.*, note 182, pp. 85-86. Lire également M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, p. 176.

189. On pourrait citer aussi l'école idéaliste et celle de la *rule-approach*, *id.*, pp. 160-167 et 178-186.

190. *Id.*, pp. 188-189.

191. *Id.*, p. 190.

libéralisme en droit international que l'on peut être en mesure de mieux comprendre notamment les difficultés conceptuelles entourant la liberté d'information.

En effet, le libéralisme fonde les structures et le discours du droit international public. Les deux idées fondamentales du libéralisme, l'autonomie de l'individu et le consentement de ce dernier à l'établissement de tout ordre social (subjectivisme), se retrouvent telles quelles dans les relations internationales[192]. On parle alors de *souveraineté* des États et du *consentement* nécessaire à la soumission aux règles internationales (subjectivisme). Ceci ne doit pas étonner puisque la plupart des auteurs « libéraux » ayant développé leurs théories en se référant à la personne, unité d'action et de réflexion, ont ensuite simplement transposé celles-ci, sur le plan international, en se référant cette fois à l'État[193]. Le libéralisme nous enseigne également qu'afin de préserver la *liberté*, un certain *ordre* doit exister afin de restreindre celle-ci[194]. La conciliation de ces deux principes antagoniques relève de la règle de droit (*rule of law*)[195].

En droit international, deux principes primordiaux dominent donc : premièrement, l'absolue souveraineté des États et, deuxièmement, la subjectivité, résultat bien évidemment du nécessaire consentement des États à l'élaboration de règles ayant pour dessein de les gouverner. Cette subjectivité signifie et suppose l'absence de toute morale universelle ou de toute valeur objective. Aucune hiérarchie valorielle ne saurait être établie[196]. Deux propositions découlent de ces principes. Tout d'abord, il va de soi que les États sont égaux entre eux. En effet, « States must be equal in the moral sense, because no pre-existing objective morality can judge their conduct »[197]. Ensuite, il est également logique, dans le cadre de cette démonstration, d'affirmer que toute décision de nature morale ne peut être prise que par les États souverains, éléments unitaires de l'ensemble international. À cet égard, le principe de subjectivité « requires that, at the level of the sovereign, all moral choice is equally valid »[198].

---

192. « The idea that social order should be based on the subjective consent of individuals is the most fundamental claim of the liberal tradition », *id.*, p. 55.

193. « To be sure, none of the classic liberal theorists showed any particular interest towards international relations or international law. On the other hand, most of them felt that they had to say something about this matter, too. And they did this by adopting the "domestic analogy" — assuming that the principles which they regarded as valid in inter-individual relations could, on the whole, be applied in inter-state relations as well », *id.*, p. 68.

194. *Id.*, p. 52.

195. « This reconciliation rests on the Rule of Law : a legitimate social order is one which is objective; that is which consists of formally neutral and objectively ascertainable rules, created in a process of popular legislation. The more the order is neutral and ascertainable (that is, the more it is normative and concrete) the better the freedoms (as mediated through legislation) can be guaranteed. If objectivity showed itself an illusion, this reconciliation, and the justification of liberalism, would collapse », *ibid.*

196. « There is no accessible "objective value", "intelligible essence", "virtue", or platonic form. There can be "no natural distinctions among things, nor any hierarchy of essences that might serve as the basis for drawing up general categories of facts and classifying particulars under those categories". There can be nothing about an idea that is central to its meaning or name ». N. PURVIS, *loc. cit.*, note 182, p. 94.

197. *Id.*, p. 95.

198. *Id.*, p. 94.

Cette vision théorique suppose au plan politique un seul et unique objet : la liberté[199]. Il s'agit de maximiser celle-ci. On comprendra aisément que dans l'ordre international, comme dans l'ordre interne par ailleurs[200], il puisse se produire un choc des libertés. En effet, les États ne peuvent poursuivre cet objectif isolément sans se heurter de plein fouet[201]. Il importe alors de trouver un moyen propre à assurer la médiation de ces intérêts (libertés) qui risquent autrement de s'entrechoquer. Dans la théorie libérale, cette tâche est dévolue au droit international, dont la légalité est fondée sur la règle de droit (*rule of law*)[202]. Ces multiples règles tiennent bien sûr compte du postulat selon lequel les États sont égaux entre eux. Elles doivent être appliquées également pour tous. Par conséquent, ces règles sont dites neutres et objectives :

> International legal principles are said to enforce those rights neutrally and objectively. International law's claimed objectivity comes then from a purported ability to apply abstract principles to concrete problems, creating legal solutions that reflect only the legitimate normative bias of international law. Objectivity is thus an epistomological claim about the possibility of legal knowledge, and the neutrality of legal solutions relates to the purported detachment of the process from some substantive outcome other than the preservation of sovereign liberty.[203]

Or, c'est là un paradoxe majeur du libéralisme. Comment peut-on d'un même souffle, prétendre à l'inexistence d'une normativité objective ou d'une universalité valorielle (subjectivisme), fondement de la théorie libérale, et ensuite affirmer l'existence de règles neutres et objectives propres à assurer la médiation et le règlement des conflits[204] ? Résoudre les conflits de libertés par le recours à des règles neutres et objectives, qui sont décrétées telles parce qu'il importe notamment de respecter l'égalité des parties, alors que cette dernière postule l'impossibilité ou l'inexistence d'un ordre valoriel universel et objectivant, constitue certes une tentative à rapprocher de la quadrature du cercle.

Ainsi, on prétend que la liberté d'information constitue un principe reconnu de droit international. Ce principe *objectif* nous renseigne sur les limites inhérentes à l'action des États. Ces derniers ne peuvent en effet restreindre indû-

---

199. « Liberalism hides this consequence by keeping its rights theory purely formal — that is, by linking it to an unsubstantiated view of "liberty". This is where it differs from the natural law of medieval theory. Liberalism is no grand political theory. It provides no material legitimation for social practices, no programme to the Government, no ends or values to be pursued beyond the general and formal aim of maximizing liberty. It liberates citizens to look after their subjective interests, while the market-place is left to determine whatever is socially valuable, in economic and in politic terms », M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, pp. 64-65.

200. Lire *supra*, note 194 et texte correspondant.

201. N. PURVIS, *loc. cit.*, note 182, p. 95.

202. « Liberalism leaves the challenge of defining spheres of sovereign liberty to international law, with liberal legality being based on the rule of law. In international relations the rule of law is a set of prescriptive rules governing sovereign conduct. Its principal commitment is formal equality, meaning equal treatment with respect to rules », *id.*, p. 95.

203. *Id.*, pp. 95-96.

204. « Herein lies the contradiction that has been the object of the critical attack on the internal logic of liberalism : liberalism cannot deny the existence of objective value and at the same time claim to resolve international conflicts through an appeal to rules of objectives neutrality », *id.*, p. 96.

ment la liberté d'information. Toutefois, le subjectivisme, l'un des fondements du libéralisme, fait en sorte qu'il n'est pas possible de faire de la liberté d'information un principe universel et objectif. On ne peut en effet, par le recours à une transcendance morale — qui n'existe pas —, déterminer le juste de l'injuste, la permission de l'interdiction. Or, on conviendra que la liberté d'information ne peut avoir une application concrète et effective sans attribuer à celle-ci une intelligibilité ou un sens objectivés. Par conséquent, pour reprendre les termes de Purvis, la légalité libérale, fondée sur le rejet d'une intelligibilité objective et prétendant, du même coup, assigner un contenu objectif à la liberté d'information, révèle, par là, sa profonde incohérence[205].

Voilà une explication permettant de comprendre les difficultés afférentes à l'interprétation de la liberté d'information. Il va de soi que cette explication (critique) a une portée plus globale, puisqu'elle vise, au premier chef, les structures du droit international. On remarque donc que le subjectivisme constitue un obstacle sérieux à l'élaboration d'une théorie cohérente de la justice :

> The principle of subjective value preclude the possibility of an objective truth from which a theory of justice can be derived. Moral consensus, to the degree it exists, is only the sum of moral decisions made by sovereigns. Given moral disagreement between them, logic cannot reconcile their positions. International society cannot come to have a theory of justice by creating a democratic or pluralist theory of justice from the competing theories because we possess no rational way of weighing the claims of one against another. Even the metaphor of weighing is inappropriate and misleading. Any system of deciding or acting must rest on a political theory, like majority rule, which by itself embodies a substantive commitment of the type subjective value precludes. Any program for action must accept some first principle as essential to the correct method of proceeding.[206]

La démonstration pourrait se poursuivre : structure limitative du discours afférent au droit international[207], indétermination de la règle de droit[208] et réversibilité constante des arguments juridiques[209]. Pourtant, d'aucuns pourraient prétendre que les États se sentent obligés par les règles du droit international. En d'autres termes, le droit international, à bien des égards, semble faire autorité. Au surplus, les États ne se réfèrent-ils pas très souvent dans leurs discours aux règles

---

205. *Id.*, p. 96. Par ailleurs, l'objet même du libéralisme, à savoir la poursuite de la liberté, se heurte également au subjectivisme, puisque ce dernier « denies the very existence of any substantive commitment, including a commitment to liberty », *id.*, p. 97. Lire également M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, pp. 67-68.

206. N. PURVIS, *loc. cit.*, note 182, p. 97.

207. « In their second critique of liberalism, CLS scholars contend that traditional international legal reasoning operates within a restricted intellectual structure. This structure makes international law narrow-minded. International law accepts only some goals and values. Some arguments qualify as international legal arguments but others do not, and international law rules out some conceptions of international life altogether », *id.*, p. 98. Lire pp. 98-105.

208. *Id.*, pp. 105-108.

209. « By reversibility, New Stream Scholars mean that any international legal doctrine can justify multiple and competing outcomes in any legal debate », *id.*, p. 108. L'auteur ajoute à la p. 109 : « For the rule of law to determine the result of a dispute, legal doctrines must justify one outcome above others. But when legal analysts try to descend from a conceptual abstraction, they find that for each pro argument there is a con argument about why one result is desirable instead of another. Each result is equally valid as a logical matter. So, it becomes impossible to deduce implications from concepts and consequently, abstractions cannot "compel" any decision ».

du droit international, sous-entendant dès lors que celles-ci ont une force et une autorité qu'on ne saurait méconnaître. Purvis propose une explication originale à cet état de fait. La légitimité du droit international — légitimité entraînant un type d'adhésion que l'on ressent obligée — relèverait d'une certaine anthropologie culturelle. Autrement dit, des référents culturels et historiques expliqueraient l'autorité apparente du droit international :

> The mythical fabric of international culture permits sovereigns to assert international law without defending its rational authority. Self-validation occurs through the manipulation of cultural language, symbols, and history. In this cultural soup, myth can acquire a flavor of legitimacy capable of producing psychological obligations in sovereigns.[210]

Bref, le droit international aurait créé son propre mythe, aidé en cela par les théories libérales. L'autorité du droit international ne relève donc pas tant de sa rationalité théorique, qui, on l'a vu, semble pour le moins suspecte, que d'une conscience culturelle diffuse de la nécessité (inéluctabilité?) d'un réseau de règles.

Le recours à l'étude critique du droit n'est évidemment qu'un moyen, parmi d'autres, pour expliquer les tares et illusions afférentes à la liberté d'information. Elle a néanmoins le mérite de la clarté et d'une certaine honnêteté théorique. Cette critique englobante, parce qu'elle vise l'ensemble des règles du droit international, peut sembler pessimiste. En effet, une fois constatées ces incohérences, y a-t-il lieu de proposer une solution? La force et la puissance de ces critiques et leur incapacité, surtout, de proposer une solution de rechange valable[211] fait parfois douter de leur propre validité. Pourtant, le nihilisme, auquel conduiraient ces critiques, ne saurait nier leur nécessité :

> To renounce critical reflexion simply as one feels that it will lead into nihilism is not in itself a rational counter-argument. It simply betrays another, and possibly aggravated, version of nihilism as it argues, in effect, that it is better to continue living an illusion, whatever the consequences, rather than to analyze what part of the illusion might be worth preserving and what simply obstructs constructive effort.[212]

Cela dit, l'objet de cet article n'est certes pas d'élaborer une alternative au libéralisme en droit international. Voilà une tâche qui dépasse largement notre intention de départ. Plus modestement, nous voulions démontrer que l'invocation à tout venant de la liberté d'information cache mal toute l'ambiguïté de cette notion; que la consécration annoncée de cette liberté en un principe reconnu du droit relève

---

210. *Id.*, p. 112. L'auteur poursuit en précisant à la p. 113 : « Liberal ideology provides sovereigns with a self-validating escape from the need to reason to their acceptance of international law's authority. Sovereigns embrace the purported naturalness and coherence of an ethical theory that is sovereign-centric. In turn, this allows them to believe in the neutrality of the liberal theory of politics and the liberal theory of adjudication. Sovereigns thus come to accept the authority of international law and the rule of law as a neutral, determinant, and coherent system, when, in fact, it is none of these things ».

211. *Id.*, pp. 116 et suiv. Lire également entre autres : A.C. HUTCHINSON et P.J. MONAHAN, « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars : The Unfolding Drama of American Legal Thought », [1984] 36 *Stanford L.R.* 199, p. 236.

212. M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 169, p. 478.

plus d'une rhétorique autosatisfaite que d'une prise en compte sérieuse des éléments constitutifs de la liberté même. Cette démonstration, qui peut d'ailleurs recouper d'autres droits de la personne, devrait notamment permettre de comprendre toute la vanité et la vacuité qui s'attachent au discours des droits de l'homme dans le contexte international. Car au-delà des mots, il y a l'action. Or celle-ci, malgré toutes les déclarations et autres coups de cœur, apparaît malheureusement comme une illusion que bien des juristes ne semblent pas vouloir dénoncer.

CONCLUSION

La recherche d'un critère d'équilibration entre, d'une part, la liberté d'information et, d'autre part, des droits et intérêts concurrents s'inscrit dans la logique découlant de notre système de droit. Il ne s'agit pas ici de condamner cette entreprise. Elle n'est que l'aboutissement d'un système complexe qui aspire, rhétoriquement, à une solution *objective* des conflits de droits. Nous avons constaté que cette recherche se heurte à des difficultés tant pratiques que théoriques.

Au plan pratique, un examen du contentieux constitutionnel canadien et américain et du contentieux international, suscité par la Convention européenne, nous a permis de remarquer le caractère fluctuant du critère d'équilibration développé dans ces différents ressorts. Ce critère relève d'ailleurs plutôt de contingences politiques, sociales et historiques que d'une logique strictement juridique. Logique juridique qui par sa revendication d'objectivité cherche, en fait, à occulter le caractère hétéronome du droit. Ce constat soulève, cette fois, les difficultés théoriques associées au développement d'un critère d'équilibration. La recherche d'une équilibration objective des droits se heurte, au plan théorique, aux postulats fondateurs du libéralisme juridique qui rejettent, du moins dans un premier temps, la perspective d'une transcendance principielle qui s'imposerait aux acteurs du jeu juridique pour, ensuite, prétendre atteindre cette même transcendance (objectivité) par le jeu de l'interprétation de règles auxquelles les acteurs auraient préalablement consenti. Le droit international n'est évidemment pas à l'abri de ces difficultés, puisque son élaboration et son développement sont imbriqués aux droits nationaux de tradition libérale.

Notre propos ne cherche pas, malgré sa nature critique, à nier l'utilité du principe de l'équilibration des droits. Une telle négation n'aurait que peu de sens au regard de la constellation de liens qui se nouent et se dénouent dans le monde réel entraînant presque immanquablement des conflits de droits ou d'intérêts. Plus simplement, il s'agit de dénoncer l'illusion objective qui s'attache à cet exercice. En droit international, le recours à un discours juridique objectif constitue bien souvent une imposture qui tend, maladroitement, nous semble-t-il, à masquer les volontés de puissance sous-jacentes à l'élaboration des normativités. Autrement dit, le droit ne constitue, dans l'arène internationale, qu'un alibi cherchant à occulter les véritables forces normatives. Ces dernières n'ont aucun rapport avec la recherche de l'objectivité et la primauté du droit. Mais, au-delà de ce constat sceptique[213], il nous semble que le recours à la rhétorique de l'objectivité n'est absolument pas utile. Elle ne convainc personne et prête le flanc à la critique. Pourquoi ne

213. Lire *supra*, note 173 et texte correspondant.

pas simplement reconnaître que l'équilibration des droits relève plus de l'appréciation à une période donnée que d'une vérité objective dont l'interprète se fait le simple écho? Cette position, plutôt pragmatique[214], reconnaît le caractère contingent des solutions juridiques et évite, par conséquent, le dogmatisme quelque peu mystique découlant de la prétention du droit à l'objectivité; prétention menant, comme nous avons tenté de le démontrer, à une aporie.

Karim Benyekhlef
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, succursale A
MONTRÉAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-7451
Téléc. : (514) 343-7508

214. Sur le pragmatisme dans l'interprétation juridique, lire K. BENYEKHLEF et F. GAGNON, « Postmodernisme et interprétation : la pluralité des sens », [1996] à paraître.