

La liberté d'opinion*

par JEAN-FRANÇOIS AUBERT
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Introduction

1. Par liberté d'opinion, nous entendons, ici, la liberté de se faire une opinion sur n'importe quel objet, de la diffuser et de recevoir celle d'autrui. Et, comme il faut bien que les jugements reposent sur des faits, nous incluons, dans la même liberté, celle de rechercher, de diffuser et de recevoir des informations.

2. La Constitution fédérale garantit expressément la diffusion des opinions et des informations par la voie de la presse (art. 55). Elle garantit implicitement la diffusion des opinions, et sans doute aussi des informations, par d'autres moyens, ainsi que le Tribunal fédéral le reconnaît, dans une jurisprudence constante, depuis une douzaine d'années¹. Elle garantit en outre, pour elles-mêmes, certaines activités qui peuvent servir à la diffusion d'opinions et d'informations, telles que les associations (art. 56) et les réunions². Assez curieusement, le Tribunal fédéral a refusé de dire si d'autres activités, comme les manifestations ou démonstrations publiques, bénéficient de la même protection³. Pour nous, la réponse est claire: elles sont aussi garanties, mais les restrictions qui leur sont opposables peuvent être différentes.

3. La Constitution fédérale ne dit rien du droit de recevoir des opinions, ni de celui de rechercher ou de recevoir des informations. Le législateur fédéral s'est montré, par exemple, assez large sur la

* Exposé présenté à la Société suisse des écrivains, le 12 mai 1973, à Neuchâtel, et à l'Association des avocats bernois, le 22 juin 1973, à Delémont.

¹ Cf., en dernier lieu, ATF 98 Ia 418, 421, Danuser, du 28 juin 1972.

² ATF 96 I 219, 224, Nöthiger, du 24 juin 1970.

³ Ibid.

faculté de taire la source d'une information⁴. Les législateurs cantonaux le sont parfois beaucoup moins⁵. Enfin, il n'y a rien, ni dans la Constitution, ni dans la jurisprudence, sur le droit des lecteurs, des auditeurs ou des spectateurs.

4. Notre intention est de ne pas nous lier au droit positif suisse et de traiter plus généralement de la liberté d'opinion. Nous verrons d'abord, dans un court chapitre, ce qui la justifie d'un point de vue moral et d'un point de vue politique. Nous verrons ensuite, dans un chapitre plus long, ce qu'elle peut signifier d'un point de vue juridique.

Chapitre premier

Justification de la liberté d'opinion

5. La liberté d'opinion a deux justifications, à la fois morales et politiques. Elle est nécessaire à la personne, elle est nécessaire aussi à la société.

a) D'abord, la liberté d'opinion est nécessaire à la personne. Il y a, naturellement, des gens qui ne s'en soucient pas. C'est leur affaire. Mais beaucoup éprouvent comme le besoin physique de se former leur propre jugement, de le communiquer, de le corriger en prenant l'avis d'autrui. Beaucoup désirent connaître la marche du monde, même sans espoir de l'influencer, simplement pour savoir où ils en sont et ne pas subir, comme des objets privés de raison, les vicissitudes de l'existence. Par exemple, je n'ai pas le temps de lire beaucoup, mais j'aime pouvoir lire n'importe quel livre, quand il me plaît, sans rencontrer d'autres difficultés que les conditions raisonnables d'horaire et de prix des bibliothèques et des librairies. Et, même dans les domaines où j'ai le moins d'emprise, tels que la politique internationale, j'aime savoir ce qui se passe et je souhaite que plusieurs journaux et plusieurs programmes radiophoniques ou télévisés m'apportent l'information dont j'ai besoin.

⁴ Art. 16 III de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (172.021).

⁵ Arrêt Danuser, précité, à la page 422.

6. b) Mais la liberté d'opinion est également nécessaire à la société. La société, pour échapper à l'étouffement et à la sclérose, réclame une émulsion d'idées. Ce qui est vrai, ce qui est juste, ce qui est bon ne doit pas être défini par un corps de fonctionnaires préposés à cette fin. Il faut, au contraire, dans l'intérêt même du pays, que chacun puisse dire ce qu'il pense et que chacun puisse apprendre ce que les autres pensent. Cela vaut aussi pour les opinions critiques, ce sont surtout elles qui ont besoin de liberté⁶. Et cela vaut même pour les opinions qui passent pour fausses; d'abord, parce qu'il est très difficile de dire si une opinion est fausse; on n'en a parfois la certitude que longtemps après qu'elle a été donnée; ensuite, parce qu'une opinion est rarement si fausse qu'elle ne contienne une part de vérité; enfin, parce qu'une opinion totalement fausse peut au moins, dans sa fausseté, provoquer d'autres opinions qui, elles, seront justes.

7. Quant aux informations qui sont fausses, il faut bien reconnaître qu'elles n'ont pas la même légitimité que les fausses opinions. Elles ne servent à rien, elles sont franchement nuisibles et, si on les tolère néanmoins, c'est pour une tout autre raison. C'est parce qu'on ne pourrait les éliminer qu'en usant de procédés si graves qu'ils emporteraient la liberté. En d'autres termes, les informations fausses sont le prix que la société doit payer pour en avoir de vraies.

Chapitre second

Signification de la liberté d'opinion

8. La liberté d'opinion, duement comprise, nous paraît signifier deux choses. C'est, d'une part, un droit des particuliers qui, lorsqu'il est violé, peut être invoqué devant les tribunaux. Et c'est, d'autre part, un principe matériel qui, même s'il ne peut pas être déduit en justice, doit inspirer l'activité des autres organes de l'Etat, notamment celle du législateur.

⁶ Comp. ATF 12 93, 109, Schaaf, du 20 février 1886: La liberté d'association protège particulièrement les sociétés qui n'ont pas la sympathie du public ni celle du Gouvernement (en l'espèce, l'Armée du Salut).

Section première

La liberté est un droit des particuliers

9. Nous partons de l'idée que la liberté d'opinion est inscrite dans la Constitution ou qu'elle y est implicitement garantie. Il s'agirait donc de voir ce qu'un particulier peut obtenir d'un tribunal, en se fondant directement sur la Constitution, quel que soit l'état de la législation ordinaire. Toutefois, pour avoir une vue plus complète des choses, il convient de tenir compte également des lois générales qui n'ont pas été faites pour réaliser la règle constitutionnelle, mais qui, néanmoins, peuvent tirer de cette règle une partie de leur sens. Disons, afin de préciser tout de suite notre pensée, qu'il y a une disposition du code civil suisse, l'art. 28, qui protège en des termes très larges la personne privée contre les atteintes illicites dont elle est l'objet. Cet article n'a évidemment pas été introduit dans le code civil en considération du seul art. 55 de la Constitution. Il est même probable que le législateur de 1907 ne pensait pas précisément à la liberté de la presse. Cela n'empêche pas la règle constitutionnelle d'avoir un effet sur l'interprétation du code civil. Et cette règle s'adresse bien au juge plutôt qu'au législateur.

10. Ainsi comprise, et avec l'appui des lois générales, la liberté d'opinion donne ouverture à des actions civiles ou pénales et à des recours, tels qu'en Suisse le recours de droit administratif et le recours de droit public.

11. Il est commode de distinguer deux plans. Celui des rapports entre les particuliers et l'Etat, celui des rapports des particuliers entre eux. Il est également commode de distinguer deux contenus du droit, selon qu'il tend à une prestation négative ou abstention de la part du destinataire de la règle ou selon qu'il tend à une prestation positive. Nous examinerons donc les cas suivants:

- a) Le droit d'un particulier à une abstention de l'Etat.
- b) Le droit d'un particulier à une abstention d'un autre particulier.
- c) Le droit d'un particulier à une prestation positive de l'Etat.
- d) Le droit d'un particulier à une prestation positive d'un autre particulier.

On aura l'occasion de constater que l'effet direct de la liberté d'opinion sur la jurisprudence des tribunaux s'atténue à mesure

qu'on avance d'une catégorie à l'autre et que la nécessité d'une législation spéciale se fait progressivement sentir.

A. Droit à une abstention de l'Etat

12. Dans son acception la plus traditionnelle, la liberté d'opinion donne au particulier le droit d'exprimer sa pensée sans en être empêché par l'Etat. A quoi il conviendrait d'ajouter, pour être complet, la garantie que l'Etat ne l'empêchera pas non plus de recevoir l'opinion d'autrui, ni de rechercher, de diffuser et de recevoir des informations, selon ce que nous avons vu plus haut (N° 1). Ce droit d'exprimer sa pensée sans empêchement de l'Etat a été revendiqué dès le dix-septième siècle. C'est lui que MILTON réclamait dans un fameux essai de 1644 et c'est à la censure qu'il s'en prenait⁷. Quand les Constitutions de la fin du dix-huitième siècle, celles du dix-neuvième et même plusieurs du vingtième garantissaient la liberté de la presse, ou plus généralement la liberté d'opinion, c'était également contre l'Etat qu'elles voulaient protéger les particuliers et plusieurs d'entre elles ont expressément interdit la censure. Voyez les Constitutions françaises de 1791, titre 1^{er}, deuxième paragraphe; de 1795, art. 353; de 1848, art. 8; la Constitution de Weimar, art. 118 II; celle de Bonn, art. 5 I; l'italienne de 1948, art. 21 II; la danoise de 1953, art. 77, etc. On n'en finirait pas de citer des exemples.

13. Une fois qu'on avait proclamé une liberté, on s'avisait de la limiter. Le paradoxe n'est qu'apparent. Bien entendu, si le législateur pouvait restreindre la liberté à sa guise, elle ne vaudrait que ce que vaut la majorité du peuple ou celle de ses représentants. Mais les restrictions ont, à leur tour, leurs limites. Elles ne sont permises, notamment, que si elles poursuivent certains buts et qu'elles y sont proportionnées.

14. Les buts qui justifient une restriction de la liberté d'opinion sont au nombre de trois: la protection de l'Etat; celle de la société ou de l'ordre public; celle des particuliers, quand ils sont menacés dans

⁷ *Areopagitica*, cité par ERNST REIBSTEIN, *Volkssouveränität und Freiheitsrechte*, I, Munich 1972, p. 316-319.

leurs libertés, leur honneur ou leurs sentiments les plus intimes. Exemples: il est naturel qu'un code pénal punisse la haute trahison, la communication de fausses nouvelles, la diffamation ou l'atteinte grossière aux convictions d'autrui. Cela est généralement admis, mais on conviendra que la mesure de la liberté dépendra du sens qu'on donne aux termes de la loi. Le même acte pourrait, selon le tribunal, être tenu pour un simple écart de langage ou pour un appel à la subversion.

15. La proportionnalité n'est pas plus facile à juger. Mais on est à peu près d'accord sur la distinction suivante: la liberté d'opinion répugne aux mesures préventives et s'accommode mieux de mesures répressives. La prévention empêche, comme il arrive dans les systèmes d'autorisations ou d'interdictions préalables (censure, saisie). La répression condamne, soit au pénal, soit au civil, à la prison, à l'amende ou à l'indemnité. La prévention est plutôt administrative, la répression, plutôt judiciaire, encore qu'on puisse imaginer une censure punitive et un jugement qui interdit. Toujours est-il que la prévention étouffe la pensée et que la répression la laisse aller, en en demandant raison, s'il le faut.

16. Il est vrai qu'on ne peut pas, dans ce domaine difficile, se contenter de formules abruptes. Il faut bien, parfois, interdire avant qu'il ne soit trop tard. Mais ce procédé, qui est la mesure antilibérale par excellence, doit être employé avec parcimonie. Nous ne voyons, pour notre part, que deux hypothèses où il convienne: quand il s'agit d'empêcher un acte indubitablement délictueux, comme on l'a fait naguère, en France, pour un avortement public⁸; ou quand il importe de prévenir un danger grave et imminent, comme c'est le cas pour certaines réunions explosives annoncées en des temps troublés. Sinon, il faut laisser dire et faire les choses et n'intervenir qu'après, lorsqu'elles ont violé les lois. Enfin, dans les rares situations où des mesures préalables sont licites, il est nécessaire qu'elles dépendent des tribunaux. Nous ne voulons pas suggérer, par là, que le juge soit toujours plus libéral que le fonctionnaire. Mais il est bon qu'un pouvoir indépendant revoie, avec des yeux neufs, les défenses de l'administration.

⁸ Prévu pour le 10 mai 1973, à Grenoble; interdit par le préfet.

17. Deux grands arrêts, qui nous viennent de l'étranger, ont montré naguère ce que signifient cette préférence pour le répressif et cette soumission au juge des décisions préventives.

Le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel français, sortant pour une fois de sa discrétion coutumière, a dit qu'une loi qui introduisait, par une voie détournée, le contrôle préalable de certaines associations était contraire à un grand principe du droit public⁹. Et pourtant, dans cette affaire, la tentation était forte d'user d'un moyen préventif. Il s'agissait, en effet, d'empêcher la reconstitution d'une association qui avait été dissoute par le juge.

Le 30 juin 1971, la Cour suprême des Etats-Unis a dû connaître d'une action de l'Administration de M. Nixon contre le New York Times, qui était en train de diffuser un dossier du Pentagone sur les origines de l'engagement américain au Vietnam¹⁰. Cette procédure nous montre que l'Administration des Etats-Unis ne peut pas interdire elle-même une publication et qu'elle peut seulement le proposer aux juges. Sur le fond, on se rappelle que la Cour, par six voix contre trois, a rejeté la demande, renvoyant à des jugements futurs le soin de dire, après coup, s'il y avait eu violation d'un secret d'Etat.

18. L'ordre juridique suisse est, à cet égard, relativement libéral¹¹. La censure de la presse est implicitement prohibée. Le dernier cas où le Tribunal fédéral a permis qu'un régime de censure, en quelque sorte punitif, fût imposé à une entreprise déterminée remonte à près de quarante ans¹², et encore convient-il de noter que cet arrêt discutable a été rendu en un temps assez agité. Les associations ne sont pas soumises à une autorisation préalable. Les réunions ne le sont guère que si elles sont tenues sur le domaine public.

19. Et pourtant, le préventif n'est pas absent de notre système. Nous ne voulons pas parler ici de l'interdiction de certaines réunions, qui pouvait se justifier par l'existence d'un danger grave et immi-

⁹ Revue du droit public, 1971, p. 1171, avec un article de M. JACQUES ROBERT, Propos sur le sauvetage d'une liberté.

¹⁰ 403 U.S. 713; cf. Harvard Law Review, vol. 85, 1971/72, p. 199-212.

¹¹ On verra une excellente analyse du droit suisse chez M. JEAN-DANIEL PERRET, La liberté d'opinion face à l'Etat, Neuchâtel 1968.

¹² ATF 60 I 108, Presse-Union des Kämpfer, du 23 février 1934.

nant¹³. Nous pensons plutôt à cette jurisprudence constante qui tolère la censure cinématographique, pour le motif étrange que la projection de films est une activité purement commerciale. Nous pensons aussi à quelques dispositions sur les douanes¹⁴, sur l'importation de films¹⁵, sur le matériel de propagande¹⁶, et surtout à certaines règles sur la police des étrangers¹⁷ et sur les discours politiques d'étrangers¹⁸: l'autorité fédérale peut donc empêcher l'entrée en Suisse de personnes ou de choses dont elle craint qu'elles ne portent atteinte à la sécurité extérieure du pays. L'ampleur de la liberté dépend alors de l'idée qu'on a de la sécurité et de ce qui peut la menacer. Nous avons l'impression que, dans certaines affaires, le danger n'était ni grave, ni imminent. Nous croyons aussi qu'on attache parfois trop d'importance à l'effet qu'une opinion exprimée chez nous peut avoir sur les sentiments des Gouvernements des autres Etats. Il faut vraiment nous défaire de l'idée que tout ce qui est dit en Suisse est dit par la Suisse.

B. Droit à une abstention d'un autre particulier

20. Les constituants des temps passés vivaient dans l'idée que l'Etat seul pouvait vraiment nuire à la liberté des particuliers. Les autres particuliers ne paraissaient pas capables de la menacer et il suffisait de quelques dispositions pénales pour protéger les biens les plus exposés, tels que la vie, l'honneur et le patrimoine. Depuis lors, on s'est aperçu que certaines personnes privées, si elles ne disposaient

¹³ Voir, en dernier lieu, ATF 92 I 24, Rassemblement jurassien, du 2 mars 1966.

¹⁴ Règlement du 10 juillet 1926, art. 55 (631.01).

¹⁵ Ordonnance du 28 décembre 1962, art. 6 (443.12).

¹⁶ Arrêté du Conseil fédéral, du 29 décembre 1948 (127).

¹⁷ Loi du 26 mars 1931, art. 9, 10, 13 (142.20).

¹⁸ Arrêté du Conseil fédéral, du 24 février 1948 (126). La constitutionnalité de cet arrêté a été récemment mise en doute, cf. une motion Ziegler, du 17 décembre 1971, et un débat du Conseil national, du 4 octobre 1972, Bulletin officiel, 1972, Conseil national, p. 1719-1737: il s'agissait de savoir, en particulier, si le Conseil fédéral peut prendre, sans base légale, des ordonnances de longue durée.

pas, comme l'Etat, de la force politique, pouvaient détenir une redoutable puissance économique ou sociale et qu'elles en usaient parfois au détriment de personnes plus faibles. On s'est donc demandé si la règle constitutionnelle qui garantissait la liberté d'opinion contre le fait de l'Etat n'était pas aussi opposable aux tiers. C'est cette extension, ce passage au plan horizontal, que la science juridique allemande appelle la *Drittwirkung*.

21. On pensera, tout d'abord, à la relation qui existe entre le propriétaire d'un journal et les rédacteurs qu'il emploie. Peut-il leur dicter ce qu'ils doivent écrire et les congédier, s'ils ne se conforment pas à ses ordres? C'est le problème de la «liberté interne» des journalistes. Il ne serait pas inconcevable de déclarer nulles, pour abus, certaines dénonciations des contrats de travail. Mais, comme un pareil procédé se heurte à la liberté du propriétaire-employeur, qui, elle aussi, est digne de considération, il est difficile de le déduire directement de la Constitution. Il faut que le législateur tranche lui-même le conflit d'intérêts, soit dans la loi sur le contrat de travail, soit dans une loi spéciale. Il l'a fait, depuis longtemps, en Allemagne. Mais il a refusé de le faire en Suisse. Quand le titre X du code des obligations a été révisé, en 1967/71, le Parlement n'a pas voulu introduire la notion d'une dénonciation abusive, à cause des embarras de preuves auxquels elle donnerait lieu. Il faut donc que les journalistes se protègent eux-mêmes par des stipulations adéquates, soit qu'ils obtiennent une part à la propriété du journal (exemple: Le Monde), soit qu'ils se prémunissent contre certaines sortes de congédiement (exemple: la National-Zeitung, où le renvoi d'un journaliste semble pouvoir être soumis au referendum de ses collègues¹⁹).

22. Les rapports extérieurs des entreprises de presse recèlent également des dangers pour certaines d'entre elles. La compétition peut les détruire. Il arrive ainsi qu'une concurrence excessive soit contraire à la liberté d'opinion. Le Tribunal fédéral allemand pour les affaires civiles a dû statuer deux fois sur la question des feuilles gratuites, qui contiennent une modeste partie rédactionnelle, mais qui vivent exclusivement du produit des annonces. Alors qu'il a déclaré

¹⁹ Voir, sur tout cela, un remarquable ouvrage de M. DENIS BARRELET, La liberté de l'information, Neuchâtel 1972, p. 214 et ss.

le risque supportable dans une affaire de 1956, qui s'est passée à Fribourg en Brisgau²⁰, il a jugé, treize ans plus tard, qu'une même feuille, publiée à Stuttgart, pouvait être interdite au nom de la liberté des autres journaux²¹. Il est vrai que, dans l'intervalle, la part de la réclame aux recettes des journaux avait passé de la moitié aux deux-tiers. Or, justement, la feuille gratuite fait une double concurrence aux journaux ordinaires. D'abord parce que, ne coûtant rien, elle est évidemment plus avantageuse pour les lecteurs. Mais aussi parce que son gros tirage la rend plus intéressante pour les annonceurs.

23. La liberté d'opinion peut encore souffrir d'un boycott. A ce sujet, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a rendu, elle aussi, deux arrêts qu'il vaut la peine de comparer. Dans une affaire de 1958, elle s'est prononcée sur une demande que le metteur en scène Veit Harlan avait introduite contre le journaliste Erich Lüth, qui avait rappelé à ses lecteurs son passé national-socialiste (« Le Juif Süss ») et qui les avait invités à ne plus aller voir ses films. M. Harlan se plaignait d'une atteinte à sa liberté. La Cour lui donna tort²². Il en alla autrement dans une affaire de 1969. Cette fois-ci, c'était un petit journal de gauche, Blinkfuer, qui ne trouvait plus de kiosques pour le diffuser, parce que la grande entreprise Axel Springer les avait menacés, s'ils le faisaient, de ne plus leur fournir sa propre littérature. Blinkfuer fit à Springer un procès en cessation du trouble, qu'il perdit à tous les degrés de la juridiction ordinaire, y compris devant le Tribunal fédéral pour les affaires civiles. Mais le dernier recours qu'il interjeta, auprès de la Cour constitutionnelle, fut déclaré bien fondé²³. Les juges considérèrent, en effet, que les tribunaux civils n'avaient pas suffisamment tenu compte, dans l'application du droit privé, de la garantie que la Loi fondamentale de Bonn, en son art. 5, donne à la liberté d'opinion. Un homme seul, comme M. Lüth, qui n'avait, pour convaincre, que son propre talent, pouvait bien préconiser un boycott: il se battait, en quelque sorte, à mains nues.

²⁰ BGHZ, t. 19, p. 92, du 27 janvier 1956.

²¹ BGHZ, t. 51, p. 236, du 18 décembre 1968.

²² BVerfGE, t. 7, p. 198, du 15 janvier 1958.

²³ BVerfGE, t. 25, p. 256, du 25 février 1969.

M. Springer aurait eu la même liberté, malgré la disparité des forces, s'il s'était borné à critiquer Blinkfuer dans ses nombreux journaux. Mais, en ajoutant à sa condamnation morale une menace matérielle, il avait introduit dans la controverse un élément impur. C'est pourquoi la Cour a pu, sans contradiction, traiter différemment les deux cas.

C. Droit à une prestation positive de l'Etat

24. Sur ce point également, les idées ont changé. Autrefois, on estimait que la meilleure garantie de la liberté était de ne pas gêner les particuliers. Ainsi protégés contre les interventions d'autrui, ils sauraient déjà bien utiliser leurs droits. S'ils n'avaient à craindre ni censure, ni saisie, et même ni boycott, ni congédiement brutal, on ne doutait pas que ce climat de sécurité suffît à favoriser l'épanouissement de la pensée. Puis vint la critique socialiste, qui montra que la liberté, ainsi comprise, risquait de ne profiter qu'aux plus forts. C'est bien beau que la liberté de la presse garantisse les journaux contre la censure. Cela signifie que ceux qui peuvent écrire dans un journal seront plus libres, avec l'avantage incontestable qui en résulte pour les lecteurs. Mais cela ne veut pas dire que ceux qui en ont l'envie pourront écrire dans un journal. Plus généralement, cela ne garantit à personne les conditions matérielles d'une expression libre.

25. L'Union soviétique s'est emparée de ce grief et en a tiré une conclusion vigoureuse: les citoyens qui veulent publier leur opinion peuvent réclamer à l'Etat le papier et les imprimeries qui sont nécessaires à cette fin, art. 125 de la Constitution de 1936. Pratiquée sans discrimination, cette règle est évidemment très libérale et pourrait nous servir de modèle. Cependant, il ne semble pas qu'elle ait été, jusqu'à maintenant, d'une application égale et le moins qu'on puisse dire, sans tomber dans le dénigrement, c'est que l'Union n'est pas le pays où les idées circulent le mieux.

26. Pour revenir à des procédés plus modestes, on peut concevoir que des journaux menacés dans leur existence demandent à l'Etat des subventions, des facilités tarifaires, des exemptions d'impôts. Il en est même sérieusement question chez nous. Mais chacun com-

prendra que de telles revendications ne se déduisent pas directement de la Constitution. On n'imagine pas qu'un éditeur invoque l'art. 55, tout seul, pour obtenir un subside de la Confédération ou d'un canton. On ne voit guère un juge condamner l'Etat sur une base aussi vague. C'est de nouveau une de ces situations où, sans loi spéciale, les particuliers ne peuvent rien prétendre: où donc, en d'autres termes, la réalisation de la liberté incombe au législateur plutôt qu'au tribunal.

27. Nous en dirons autant d'une autre prestation, d'un genre très différent, qui est la fourniture d'informations. Si les Suédois peuvent exiger le libre accès aux dossiers de l'Administration, c'est parce qu'une loi circonstanciée (de 1949) le leur garantit²⁴. D'ailleurs, dans ce domaine, il y a naturellement des affaires qui doivent rester secrètes. La règle générale, qui serait le droit à l'information, doit, de toute évidence, être modalisée; le principe doit être corrigé par des exceptions. Or seul le législateur peut faire ce travail.

28. Il n'y a qu'une matière où le juge se demande parfois si la Constitution n'accorde pas un droit positif direct aux particuliers. Nous voulons parler de l'usage accru du domaine public et de l'usage des établissements publics. Le Tribunal fédéral a rendu, dernièrement, quatre arrêts sur ce sujet. Dans un arrêt Nöthiger, déjà cité (ci-dessus, N° 2), il a jugé que des manifestants en cortège faisaient un usage accru du domaine public, que cet usage pouvait être subordonné à une autorisation préalable de l'Administration et que l'autorisation pouvait être refusée pour des raisons de trafic. Cette décision était prévisible, l'argumentation sur laquelle elle se fondait, traditionnelle. On peut se demander, toutefois, si les rues n'appartiennent vraiment qu'à la circulation, si elles ne servent qu'à se déplacer d'un point à un autre et s'il ne conviendrait pas de leur reconnaître aussi une espèce d'utilité sociale. Les rues sont peut-être aussi faites pour que les gens y «descendent» et y expriment leurs opinions. Bien entendu, il ne faudrait pas tomber d'un extrême dans l'autre et transformer les voies publiques en un forum permanent. Mais il n'est pas impossible d'ajuster des fonctions diverses. En tout cas, l'idée d'un Hyde-Park municipal, que défendait l'an dernier

notre collègue M. MORAND, de Genève, nous paraît tout à fait plausible²⁵.

29. Le même jour, le Tribunal fédéral rendit l'arrêt Aleinick²⁶. Cet arrêt occupe une place de choix dans la jurisprudence contemporaine. En effet, il y a été dit, pour la première fois, que la liberté d'opinion «méritait un traitement privilégié de la part des autorités», à cause du rôle qu'elle joue dans une démocratie²⁷. Nous serions tenté de dire que la liberté personnelle, c'est-à-dire le droit à l'intégrité physique, intellectuelle et morale, est encore plus importante, car il faut vivre avant de philosopher. Mais, quoi qu'il en soit, cette «position préférée» que les juges ont attribuée à la liberté d'opinion ne peut que nous réjouir. Dans le cas d'espèce, il est vrai, la conséquence qui en fut tirée demeure modeste²⁸. Il fut décidé qu'une personne seule, distribuant gratuitement des tracts de nature politique devant le portail d'une entreprise, même si elle faisait un usage accru du domaine public (i. e. le trottoir), n'avait pas besoin de demander une autorisation. La liberté d'opinion l'emportait sur la réglementation des trottoirs, du moins dans les circonstances de l'espèce.

30. L'an suivant, il s'agissait de savoir si plusieurs personnes, tenant, toujours sur un trottoir, un stand pour récolter des signatures à l'appui d'une initiative populaire, pouvaient se voir opposer la destination naturelle de cette partie du domaine public²⁹. Il fut jugé, cette fois-ci, qu'une autorisation pouvait être requise, mais qu'elle avait été refusée à tort. Cette espèce est, en quelque sorte, «mêlée», puisqu'à la liberté d'opinion venait s'ajouter l'exercice d'un droit politique. Mais, si la liberté d'opinion est vraiment le fondement de la démocratie, comme le tribunal l'avait dit l'année précédente (dans l'affaire Aleinick), on peut admettre qu'elle doit être protégée aussi bien que les droits politiques proprement dits; qu'en d'autres termes,

²⁵ CHARLES-ALBERT MORAND, *Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression*, Genève 1973, Troisième Partie, C, in fine (à paraître).

²⁶ ATF 96 I 586, du 24 juin 1970.

²⁷ A la page 592.

²⁸ Aux Etats-Unis, la «preferred position» a une autre importance. Elle influence le pouvoir d'examen des tribunaux.

²⁹ ATF 97 I 893, Kùpfer, du 1^{er} décembre 1971; et la note de M. BLAISE KNAPP, *Semaine judiciaire*, 1972, p. 417.

²⁴ BARRELET, op. cit., p. 120.

la solution aurait dû être la même, si le stand n'avait fourni – gratuitement – que de la littérature, sans que des signatures fussent demandées. On peut même soutenir que, dans ce cas, la tranquillité des passants aurait été encore moins gênée.

31. Il y eut enfin l'affaire des étudiants de Zurich, qui désiraient pouvoir tenir, dans les locaux de l'Université, des conciliabules politiques³⁰. En réalité, les faits étaient un peu plus compliqués. Certaines réunions étaient permises. D'autres, qualifiées par leur caractère d'« agitation et de provocation », ne l'étaient pas. Et les recourants, trouvant que ces termes étaient trop vagues et laissaient trop de pouvoir à l'Administration, demandaient que la règle fût annulée. Mais le tribunal les débouta, en se référant à la conception la plus classique des droits constitutionnels. « Le grief, remarquait-il, se fonde sur une idée fautive de la portée des libertés individuelles. Le sens des libertés est de délimiter le pouvoir étatique dans son rapport avec les particuliers. Elles leur garantissent une protection contre les atteintes de l'Etat, mais elles ne leur donnent aucun droit à des prestations positives de l'Etat. »³¹ Ce qui était dit là correspondait sans doute à une interprétation généralement admise. Mais on aurait dû peut-être mieux considérer les circonstances de l'espèce:

32. Quand l'Etat ne dispose pas des moyens propres à satisfaire un droit, on ne peut garantir un tel droit qu'en accroissant les pouvoirs de l'Etat. C'est une des raisons qui font que le peuple suisse n'a pas voulu mettre dans la Constitution le droit au travail ni le droit au logement (voir encore ci-dessous, N° 45). Quand l'Etat dispose de moyens suffisants, cela ne signifie pas que la garantie du droit ne pose plus de problèmes. Mais l'objection majeure a disparu. C'est dans ce sens que l'inscription d'un droit à la formation aurait été moins « compromettante » que celle d'un droit au logement: l'Etat, qui n'avait pas de maisons d'habitation, avait, en revanche, des écoles. De même, dans notre affaire, on peut dire qu'il n'aurait pas été très difficile, pour le propriétaire d'une Université, d'accorder aux étudiants l'usage de certains locaux qui lui appartenaient, à la seule condition que l'ordre de l'établissement fût respecté. Il est vrai

³⁰ ATF 98 Ia 362, Studentenschaft der Universität Zürich, du 12 juillet 1972.

³¹ A la page 367.

qu'aujourd'hui ce point décide de tout: les déprédations stupides qui ont été commises ces dernières années n'ont pas servi la cause du libéralisme.

D. Droit à une prestation positive d'un autre particulier

33. S'il est malaisé de fonder, en l'absence d'une loi spéciale, un droit à une prestation positive de l'Etat, ce l'est encore davantage à l'encontre d'un particulier. L'exemple extrême est celui d'une personne qui a écrit un article et qui prétend exiger d'un éditeur qu'il le publie dans son journal. Il est évident qu'on n'en est pas encore là et qu'aucun tribunal – du moins en Suisse – n'accueillerait une telle réclamation. Mais la réponse négative, qui fait prévaloir la liberté de l'éditeur sur celle des tiers, pour compréhensible qu'elle soit, ne rend pas justice à toutes les situations. Si un éditeur bénéficie d'un monopole de fait dans une certaine région, ceux qui ne trouvent pas grâce à ses yeux devront recourir, pour diffuser leur opinion, au procédé plus coûteux, et souvent moins efficace, du tract ou de la brochure. Et l'on commence à se demander si les « tribunes libres », assez généreusement offertes, aujourd'hui déjà, dans un grand nombre de journaux, ne devraient pas être obligatoires pour ceux d'entre eux qui n'ont pas de concurrents.

34. Il existe déjà une règle qui va dans ce sens, quand une condition spéciale est réalisée: si une personne est prise à partie dans un journal, elle peut, selon plusieurs législations, imposer à l'éditeur la publication d'une réponse. En Suisse, deux cantons ont prévu cette faculté. D'ailleurs, quand la prise à partie est illicite, qu'elle est, par exemple, contraire à la vérité, l'art. 28 de notre code civil donne au lésé une action pour la faire cesser et, en cas de faute, une autre pour en faire réparer les effets. Ici, le problème est de savoir si la publication de la réponse équivaut à une cessation du trouble ou à une réparation. Le Tribunal fédéral paraît soutenir plutôt la première thèse, ainsi qu'il ressort d'une phrase d'un arrêt assez récent³². Le lésé n'aura donc à prouver que la fausseté des imputations, non la culpabilité de leur

³² ATF 91 II 401, Weber, du 14 décembre 1965, à la page 407.

auteur. Il est vrai que les procès de ce genre peuvent durer longtemps et n'apporter qu'un remède tardif. C'est pourquoi nous croyons qu'il serait bon d'instituer en cette matière des mesures provisoires, par lesquelles le juge pourrait, avant l'examen du fond, condamner l'éditeur à dire, dans son journal, que le lésé a introduit une action.

35. Ce qui a été dit plus haut s'applique également à la radiodiffusion. Tant que nous aurons une radio et une télévision qui se propagent par les ondes, et tant que les longueurs d'ondes seront en nombre limité, nous n'aurons qu'un concessionnaire, dans le meilleur des cas deux ou trois. Et nous aurons le même problème qu'avec le journal monopolistique. Celui qui voudra se faire entendre au micro ou voir à l'écran, et qui n'aura pas l'agrément du concessionnaire, pourra-t-il se prévaloir de ce que l'on appelle un «droit à l'antenne»? Il nous semble que les raisons de dire oui sont encore plus fortes que pour le journal. D'abord, le journal peut, à la rigueur, être remplacé par une feuille volante; c'est un pis-aller, mais c'est mieux que rien. La radiodiffusion, elle, n'a pas de substitut – aussi longtemps, du moins, qu'on n'aura pas développé le procédé de la cassette, qui est aujourd'hui rare et dispendieux. En outre, le propriétaire d'un journal a un intérêt légitime à défendre. Il a créé ou acheté son entreprise et il est normal qu'il en puisse fixer la ligne. Le concessionnaire de radiodiffusion, tel que nous le connaissons en Suisse, n'a rien créé, rien acheté. C'est simplement une organisation chargée de faire respecter des règles. Si donc un tiers prétendait s'introduire dans un de ses studios, on n'y pourrait pas, comme dans le cas du journal, voir une usurpation. Mais, bien évidemment, ce droit à l'antenne ne se déduit pas, tel quel, de la liberté d'opinion. Il suppose une loi spéciale, qui en règle minutieusement l'exercice. Ajoutons encore que le problème n'est peut-être que temporaire et qu'il disparaîtra le jour où la télédistribution par câble se sera généralisée. A ce moment-là, quelques dizaines de programmes, nationaux ou locaux, pénétreront partout et il serait bien étonnant qu'une personne qui a quelque chose à dire ne trouve pas à figurer sur l'un d'eux.

36. D'une manière générale, il est si grave d'obliger un particulier à rendre, contre son gré, un service à un autre particulier que les illustrations – non même pas réelles, mais raisonnablement imaginables – sont rares. Par exemple, il serait inadmissible qu'un journa-

liste force la porte d'une demeure privée pour aller y prendre des informations. Quel que soit le besoin de savoir de ses lecteurs, notre intimité a encore plus de prix. Tout au plus pourrait-on concevoir que certains biens d'intérêt public (tels que des lettres historiques, des œuvres d'art, des curiosités naturelles) soient expropriés. On verra, dans ce sens, l'art. 724 du code civil.

37. En revanche, quand l'intimité n'y est pas, c'est-à-dire quand le particulier ne défend qu'une position matérielle, on peut estimer que les besoins spirituels de tierces personnes devront l'emporter, sous réserve de dédommagement. La question s'est posée au Tribunal fédéral, il y a une vingtaine d'années³³. Il lui fallait juger si un propriétaire de cinéma pouvait interdire son établissement à un critique (M. Seelig) qui avait éreinté certains de ses programmes. Le tribunal examina d'abord si un client qui demande un billet faisait une offre ou acceptait celle d'autrui; ensuite, si le billet était un papier-valeur; enfin, si le refus de conclure un contrat portait une atteinte illicite aux intérêts personnels du critique, notamment à sa dignité. Sur tous ces points, il donna tort au recourant. Puis il aborda la question de la liberté d'information. Il admit que l'art. 28 du code civil pouvait être éclairé par l'art. 55 de la Constitution. Mais il nia que l'art. 55 donnât droit, dans une situation semblable, à une prestation positive de l'Etat et il en conclut que l'art. 28 n'accordait rien de plus. Cet arrêt, qui reflétait certainement l'opinion dominante de ce temps-là, n'est plus très convaincant aujourd'hui. On peut souhaiter, sans donner dans l'outrecuidance, que le Tribunal fédéral juge autrement une nouvelle affaire Seelig. Il nous semble que les règles générales du code civil (art. 2, art. 28), voire celles du code des obligations (art. 1^{er} et ss., art. 41 et ss.), enrichies par une référence au droit constitutionnel, devraient protéger le journaliste qui fait son métier d'informateur davantage que le commerçant qui vend son spectacle. Ici encore, une jurisprudence étrangère pourrait nous servir, sinon de modèle, du moins d'indicateur de direction: la Cour suprême des Etats-Unis, dans une décision de 1968³⁴, a dit

³³ ATF 80 II 26, Seelig, du 26 février 1954.

³⁴ Food Amalgamated Employees, Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308, 1968, rapporté par M. MORAND, loc. cit.; cf. Harvard Law Review,

que des salariés qui organisaient un piquet de grève sur la place de parc de l'entreprise commerciale qui les employait pouvaient opposer à l'action civile du propriétaire la liberté constitutionnelle qu'ils tiraient du Premier Amendement: l'entreprise et ses dépendances étaient ouvertes au public, comme le sont les rues et les places d'une ville.

Section seconde

La liberté est un principe matériel

38. On aura pu le voir à plusieurs reprises: la liberté d'opinion a besoin de lois qui la réalisent. Elle implique toute sorte de droits subjectifs spéciaux pour les particuliers, par exemple des droits à des subventions (ci-dessus, N° 26), à des informations (N° 27), à la sécurité de l'emploi (N° 21), à certains modes de diffusion de la pensée (N°s 33 et 35), mais ces droits se heurtent à tant d'autres intérêts qu'il faut bien que le législateur passe par là. Il y a donc un aspect de la liberté d'opinion, qu'on retrouve d'ailleurs dans la plupart des libertés, qui s'adresse non plus aux juges, mais aux autorités politiques de l'Etat, à celles qui font les lois. En même temps qu'elle garantit aux particuliers un droit qu'ils peuvent invoquer directement devant les tribunaux, la Constitution dit au législateur: Faites-nous, au surplus, toutes les lois qui seront nécessaires pour renforcer ce droit. Il s'agit bien d'un mandat, impératif dans son principe, mais dont les contours sont si flous qu'il appartient au mandataire de les définir. Le législateur doit, lorsqu'il légifère, s'inspirer de l'idée de liberté qui est dans la Constitution. Il doit même user de ses compétences pour donner corps à cette idée. Mais il est seul à dire ce qu'il peut raisonnablement faire en ce sens. Nous reconnaissons qu'une obligation dont le contenu est déterminé par le débiteur est un concept assez curieux et qu'il ne suffirait pas de la déclarer «imparfaite» pour la rendre acceptable aux civilistes. Et pourtant, c'est bien ainsi que nous nous représentons les choses.

vol. 82, 1968/69, p. 130. Il faut naturellement un rapport entre la manifestation et le lieu «privé» où elle se déroule, *Lloyd Corp. Ltd v. Tanner*, 407 U.S. 551, 1972; cf. *Harvard Law Review*, vol. 86, 1972/73, p. 122.

39. Pour le législateur fédéral, du reste, le point n'est pas douteux. Quoi qu'on puisse penser du mandat constitutionnel, son inobservation n'est justiciable d'aucun tribunal. Si le Parlement ne fait pas de loi, les particuliers n'ont, pour s'en plaindre, que la voie politique. Ils n'ont rien de plus, si le Parlement fait une loi insuffisante. La question ne se pose vraiment que pour le législateur cantonal (et, dans les limites de la loi, pour les organes fédéraux ou cantonaux qui ont le pouvoir réglementaire). Une entreprise de presse pourrait-elle, par exemple, déposer un recours de droit public contre une loi d'impôts qui ne prévoirait pas de facilités pour les éditeurs de journaux? ou contre une absence de loi de subventionnement? Un auteur l'a soutenu naguère³⁵. Sa thèse était logique, mais nous croyons qu'il demandait trop au juge suisse. Il peut convenir à un tribunal allemand ou américain de bousculer le législateur³⁶, voire d'agir à sa place³⁷. Chez nous, faute d'une disposition constitutionnelle précise, nous répugnons à ce changement de rôle.

40. Seul, donc, le législateur peut, en Suisse, prendre des mesures aussi complexes que de soumettre les concentrations de la presse à une autorisation, d'instituer un droit à l'antenne, de prescrire la publicité de l'administration, d'imposer des obligations au propriétaire d'un journal monopolistique, de protéger les journalistes contre la dénonciation de leur contrat de travail, etc. Mais, si nous disons qu'il peut les prendre, et qu'il a même le devoir de les étudier, nous reconnaissons aussi qu'il peut et qu'il doit les écarter, quand l'avantage qui en résulterait pour la liberté d'opinion est plus que balancé par le préjudice qu'elles causeraient à d'autres intérêts légitimes. Cette balance est un acte essentiellement politique.

³⁵ BARRELET, *op. cit.*, p. 184-185.

³⁶ La Cour constitutionnelle fédérale de Carlsruhe peut constater la carence du législateur; cf. LUZIUS WILDHABER, *Soziale Grundrechte*, dans le *Mémorial Max Imboden*, *Der Staat als Aufgabe*, Bâle 1972, p. 388, note 43.

³⁷ La Cour suprême des Etats-Unis, se fondant sur une formule très vague du Quatorzième Amendement, a imposé dernièrement aux Etats la règle de l'avortement libre pendant les treize premières semaines de la grossesse et de l'avortement presque libre pendant les douze semaines subséquentes: *Roe v. Wade*, 93 S. Ct. 705, 1973.

41. Il resterait à voir, dans un Etat fédératif comme le nôtre, si le mandat dont nous avons parlé crée lui-même une compétence ou s'il ne renferme que l'injonction faite à chaque collectivité publique d'user de pouvoirs qu'elle tient d'ailleurs. En termes concrets, peut-on dire que la Constitution fédérale, quand elle garantit la liberté d'opinion, donne à la Confédération, du même coup, toutes les compétences qui sont nécessaires pour fortifier cette liberté? L'idée est généreuse, mais elle va trop loin et, si elle était suivie, elle modifierait complètement le partage des pouvoirs étatiques. Pour ne prendre qu'un exemple, les cantons ne seraient plus maîtres de leur impôt. En conséquence, si la Confédération légifère sur la fusion des entreprises de presse ou sur le congédiement des journalistes, ce sera en vertu de l'art. 64 de la Constitution, qui la rend compétente dans le domaine du droit des obligations, non pas en vertu de l'art. 55. L'art. 55 indique la manière dont elle doit user de l'art. 64. Quant au droit à l'antenne, il suppose un nouvel article constitutionnel: on parle d'un art. 36^{quater}. Il en va de même du subventionnement des journaux: on parle d'un art. 55^{bis}.

Conclusion

42. On peut résumer les paragraphes précédents en trois mots: toute l'affaire est de résoudre un conflit d'intérêts.

D'un côté, il y a l'intérêt des particuliers et de la société au libre échange des opinions et des informations (ci-dessus, Nos 5 et 6).

De l'autre côté, il y a, pour l'Etat, le souci de survivre; pour la société, la défense de l'ordre public; pour les particuliers, la protection de leur personnalité et de leur réputation, ainsi que celle de leurs libertés intellectuelles et matérielles; il y a enfin, et ce n'est pas le moins pressant, l'intérêt des contribuables à limiter les dépenses publiques.

43. Parfois, la comparaison de ces intérêts divergents est aisée: on voit bien lequel doit l'emporter sur l'autre et le tribunal peut tirer son jugement de la Constitution ou des lois générales. Par exemple,

lorsqu'un Gouvernement cantonal interdit une réunion, c'est l'office du juge, de dire si le danger qui menaçait l'Etat ou la société était suffisamment grave pour justifier cette mesure.

Mais, en de nombreuses autres occasions, la comparaison est difficile. C'est le cas, notamment, quand la défense de la liberté se traduit par une demande de prestations positives à l'Etat ou à des particuliers. Ici, les intérêts s'embrouillent à tel point qu'il faut, pour les démêler, un acte politique. Cet acte ne peut incomber qu'au législateur, il suppose une loi spéciale.

44. Voilà pourquoi les libertés individuelles s'entendent, habituellement, comme des droits de particuliers à une abstention de l'Etat. C'est dans ce sens qu'elles se prêtent le mieux à la protection judiciaire qui les caractérise. La situation est déjà plus confuse, quand un particulier pense pouvoir exiger une abstention d'un autre particulier. Il y a sans doute certaines menaces qui sont assez illégitimes pour qu'on puisse demander au juge de les faire cesser. Mais on pénètre bientôt sur un terrain où les tiers ont aussi leurs intérêts à défendre et où se posent de délicats problèmes de priorités. Qui mérite la préférence? Le rédacteur ou le propriétaire du journal? Il faut épargner au juge la peine de faire le choix. La pesée est encore plus compliquée, quand le particulier réclame un service positif, surtout si l'on considère qu'une telle prétention entraînera, presque inmanquablement, une dépense pour l'Etat ou pour des tiers et qu'il ne convient guère qu'un tribunal impose des charges financières sans s'appuyer sur une loi précise. Un des seuls domaines où il le fait néanmoins est celui des indemnités pour cause d'expropriation matérielle: encore s'agit-il de réclamations qui ont été provoquées par l'Etat, et on doit bien admettre que le Tribunal fédéral a eu de la peine à trouver des formules satisfaisantes.

45. C'est d'ailleurs cette question de la justiciabilité qui rend les «droits sociaux» si suspects à l'opinion publique de notre pays (voir déjà ci-dessus, N° 32). La plupart des droits qu'on nomme ainsi – peut-être à tort – tendent à des prestations positives, qu'il s'agisse du droit au travail, du droit au logement, ou d'un droit à la santé, voire d'un «droit à l'environnement». Or ces prestations sont si difficiles à définir qu'on ne voit pas comment le juge, à la lecture d'un simple texte constitutionnel, pourrait en déterminer le débiteur et en fixer

le contenu⁹⁸. S'il était entendu que ces formules ne confèrent précisément pas de droits déductibles en justice, mais renferment seulement un mandat pour le législateur, les hésitations du peuple suisse seraient peut-être levées. Mais alors, le mot « droit » serait impropre. Il vaudrait mieux prescrire à la Confédération un certain programme législatif et, au besoin, lui donner des compétences nouvelles pour l'accomplir. Ce serait moins brillant, mais plus clair. Les libertés individuelles, au sens classique du terme, ne souffrent pas de la même ambiguïté: car, si elles aussi contiennent un principe législatif, elles garantissent d'abord un véritable droit.

⁹⁸ Voir, maintenant, sur les droits sociaux, les deux récents rapports de MM. ETIENNE GRISEL et JÖRG PAUL MÜLLER à la Société suisse des Juristes, RDS 1973, II, p. 1-153, 687-964; en particulier p. 139-145, 917-919.