

Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie =
Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 19 (2001)

Artikel: Les médias dans la nouvelle Constitution fédérale

Autor: Auer, Andreas

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051160>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 03.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

ANDREAS AUER

LES MÉDIAS DANS LA NOUVELLE CONSTITUTION FÉDÉRALE

Introduction

La présente contribution se propose de présenter, dans le cadre d'un recueil de travaux portant sur les médias, la criminalité et la justice, la place des médias dans la nouvelle Constitution fédérale. Elle ne pourra donc guère faire l'économie d'un commentaire des dispositions constitutionnelles qui concernent les médias, ni de quelques remarques relatives à la pertinence de ces dispositions pour le droit et le procès pénal. En revanche, rédigée par un constitutionnaliste, elle privilégiera les aspects concernant la protection constitutionnelle des médias et ceci au détriment des considérations relevant du droit pénal proprement dit. Le lecteur voudra bien m'en excuser.

Je commencerai par évoquer de quelle façon la Constitution fédérale envisage le phénomène médiatique. Ce sera l'occasion de se rendre compte que la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle de 1999 pourra réserver quelques surprises (I). J'essayerai ensuite de mettre le doigt sur quelques particularités de la protection constitutionnelle des médias (II). Comme toujours en matière de libertés, ce sont les limites de celles-ci qui suscitent de l'intérêt, sinon la passion des constitutionnalistes. Or, pour ce qui est des médias, ces limites sont autant le fait de la société que de l'Etat (III).

I Consécration constitutionnelles

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 contient deux catégories de dispositions se rapportant aux médias. La première envisage et protège ces derniers sous l'angle des droits fondamentaux et, plus précisément, des libertés. La seconde les place dans les rapports entre la Confédération et les cantons en attribuant à la première ou en réservant aux seconds un certain nombre de compétences.

Cette double présence des médias dans la Constitution n'est pas innocente. Elle traduit fidèlement le rôle que doit remplir l'Etat en cette matière: garantir les libertés sans lesquelles les médias ne peuvent remplir leur fonction de droit de l'homme et de condition d'existence de la démocratie; concrétiser ces libertés en déterminant notamment leur limites dans les rapports entre les particuliers.

1 Les médias dans le jeu des garanties des libertés

Alors que la Constitution fédérale de 1848 garantissait déjà, en matière de communication, l'inviolabilité du secret des lettres (art. 33 al. 3) et la liberté de la presse (art. 45), celle de 1874 n'y ajouta formellement, en cinq quarts de siècle, que la liberté de la radio et de la télévision (art. 55^{bis}). On sait que cette carence du constituant fut corrigée par un double mouvement, aussi silencieux que décisif, du Tribunal fédéral et de l'Assemblée fédérale. Le premier s'est mis à reconnaître la liberté d'expression (1961), la liberté de l'art (1963), la liberté de la science (1975) et enfin la liberté d'information (1978) comme libertés non écrites, implicitement garanties par le texte constitutionnel. La seconde a ratifié, en 1974, la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre une large garantie de la liberté d'expression (art. 10).

En intégrant ce double mouvement, la nouvelle Constitution fédérale confère une protection complète à ce que la doctrine récente ap-

pelle désormais les libertés de communication¹. Elle garantit d'abord, comme libertés matrices dans ce vaste domaine, la liberté d'opinion et la liberté d'information (art. 16 al. 1), en prenant soin de définir tant l'une (art. 16 al. 2) que l'autre (art. 16 al. 3). Elle consacre ensuite formellement la liberté des médias, par quoi elle entend la liberté de la presse, de la radio et de la télévision ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques (art. 17 al. 1). Après avoir interdit la censure (art. 17 al. 2) et protégé le secret de rédaction (art. 17 al. 3), elle s'en va reconnaître la liberté de la langue (art. 18), la liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques (art. 20) et la liberté de l'art (art. 21).

Même si le parlement les a ainsi réparties entre plusieurs articles², ces dispositions forment un tout et doivent être interprétées de façon concordante³. C'est dire que le contenu de chacune des libertés concernées affecte celui des autres. C'est dire aussi que les limites de l'une sont autant des limites des autres.

Or, le contenu et les limites des libertés ne sont pas tant le fait de la garantie constitutionnelle de celles-ci, mais du juge constitutionnel. On ne le dira jamais assez: en matière de libertés, le constituant a beau gesticuler, il ne décide pour ainsi dire rien. Même si, s'agissant des libertés de communication, il a gardé le silence pendant plus d'un siècle et demi, ces libertés ont énormément évolué sous l'action conjuguée du juge constitutionnel et du législateur. Qu'il ait retrouvé la parole aujourd'hui, au point de s'exposer au grief de bavardage, ne change rien au fait que l'apport du prétoire est et sera toujours aussi décisif. En d'autres termes, c'est bien la pratique jurisprudentielle

1 JEAN NICOLAS DRUEY, Kommunikationsfreiheit – ein Programm, in: mélanges Yvo Hangartner, St. Gall 1998 523–535; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte in der Schweiz, 3^e éd. Berne 1999 248–323; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, Berne 2000 no 485–583.

2 Le Conseil fédéral avait proposé de les regrouper en une seule disposition, FF 1997 I 159–163; ULRICH ZIMMERLI, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, medialex 1/1999 14–23.

3 ANDREAS KLEY, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: ULRICH ZIMMERLI (éd.), Die neue Bundesverfassung, Berne 2000 183, 184.

qui va nous montrer ce que valent concrètement les garanties formelles des libertés de communication que consacre la Constitution fédérale de 1999.

2 Les médias dans le jeu de la répartition des compétences

Dans les dix sections que comporte le chapitre 2 du titre 3 de la Constitution de 1999, et qui énumèrent les domaines dans lesquels la Confédération se voit reconnaître des compétences déterminées, les médias ou plutôt la communication affirment une présence qui n'est pas insignifiante.

Il y a tout d'abord une série de dispositions constitutionnelles qui confèrent à la Confédération des pouvoirs dans le domaine de la formation et de la recherche: instruction publique (art. 62), formation professionnelle (art. 63), recherche scientifique (art. 64), bourses d'études (art. 66). Ces dispositions concrétisent la liberté de la science.

Il y a ensuite le domaine de la culture qui, tout en étant du ressort des cantons (art. 69 al. 1), permet à la Confédération notamment d'encourager l'expression artistique et musicale, concrétisant ainsi la liberté de l'art.

Il y a encore l'art. 70 Cst. qui régit le régime linguistique de la Confédération et, par renvoi et quelques bornes, celui des cantons, mettant ainsi en œuvre la liberté de la langue.

L'art. 71 Cst. concernant le cinéma, lequel compte sans doute parmi les médias, permet à la Confédération de légiférer pour encourager une offre variée et de qualité.

L'art. 93 Cst. occupe une position particulière parce qu'il confère non seulement à la Confédération une compétence législative en matière de radio, de télévision et de télécommunications publiques

(al. 1), mais impose au législateur fédéral le respect d'un certain nombre de principes (al. 2) et de garanties (al. 3), qui ont indubitablement pour effet de protéger les libertés des personnes physiques et morales qui agissent, à un titre ou à un autre, dans le domaine des médias. Le lien entre les art. 17 et 93 Cst. est ainsi particulièrement étroit.

II Les particularités de la protection constitutionnelle des médias

1 Un ensemble de libertés

La première caractéristique de la protection constitutionnelle des médias est que cette protection s'effectue à travers la garantie d'un certain nombre de libertés: liberté d'opinion, d'information, de la presse, de la science, etc. Le terme «liberté» est à prendre et à comprendre ici comme une catégorie particulière de droits fondamentaux. Les libertés de communication permettent bien d'ailleurs d'illustrer les traits distinctifs de cette catégorie⁴.

Ainsi, les libertés protègent un comportement humain déterminé, et non pas un comportement de l'Etat. Pour les libertés de communication, il s'agit bien évidemment du processus de communication dans toute sa largeur et sa profondeur. On y reviendra.

Axées sur un comportement déterminé de l'homme, les libertés se caractérisent par leur dimension sociale. Comme la communication concerne par définition les autres et comme les autres c'est la société dite civile, c'est au sein de cette société civile que les libertés de communication doivent être réalisées et pouvoir s'épanouir. La libre formation, la libre expression, la libre circulation et la libre réception des opinions sont même consubstantielles à la société civile et à la

4 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) no 4-41.

démocratie politique. On oublie souvent que tous les droits fondamentaux n'ont pas cette caractéristique typiquement sociale: le principe d'égalité, l'interdiction de l'arbitraire et la séparation des pouvoirs par exemple ne lient, ne concernent et ne touchent que l'Etat.

Garantissant un comportement qui a des implications et même des finalités sociales, les libertés ne sont pas absolues, mais doivent subir des restrictions, afin que leur exercice soit compatible avec l'exercice des libertés par les autres ainsi qu'avec l'ordre et l'intérêt publics. Les libertés de communication ont d'ailleurs donné l'occasion au juge constitutionnel de consacrer et de confirmer pour la première fois l'existence et la nécessité de limites aux libertés. On connaît le mot du Juge Oliver Wendell Holmes dans l'arrêt *Schenk v. United States* de 1919: «*the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*».⁵

C'est parce que les libertés doivent subir des restrictions que la Constitution et son juge doivent définir et mettre en œuvre un certain nombre de conditions que ces restrictions doivent remplir pour être admissibles. Synthétisant un siècle de jurisprudence constitutionnelle, l'art. 36 Cst. énumère et précise ces conditions que chacun connaît: il faut une base légale, il faut un intérêt public et il faut le respect du principe de la proportionnalité. Ces conditions s'appliquent aux libertés de communication comme à toutes les libertés. Mais seulement aux libertés: les autres droits fondamentaux échappent complètement au dictat de cette trinité.

2 Un objet multiple de protection

Les libertés de communication protègent la communication sociale dans tous ses aspects. Or, ces aspects peuvent se rapporter au contenu, à la forme, au ton et au moyen de transmission des opinions et

5 249 U.S. 47 (1919); pour un commentaire de cette célèbre allégorie, ANDREAS AUER, *The Supreme Law of the Land: Eléments du droit constitutionnel des Etats-Unis*, Bâle 1990 137–146.

des informations. Cette multiplicité de l'objet de la protection est caractéristique pour les libertés de communication.

En premier lieu et surtout, c'est le contenu des opinions qui est protégé. Celles-ci peuvent être de droite ou de gauche, pour ou contre quelque chose, artistiques ou politiques, scientifiques ou culturelles, vraies ou fausses, logiques ou folles, belles ou détestables – peu importe. Selon la jolie formule forgée et sans cesse répétée par la Cour de Strasbourg, *«la liberté d'expression ne vaut pas seulement pour les informations et les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique»*⁶.

En plus du contenu des informations et idées, la liberté d'opinion protège en principe toutes les formes d'expression de celles-ci. L'écrit et le verbe bien sûr, mais aussi l'image qui peut être fixe ou dynamique, le son, le geste, le symbole, le silence enfin – chaque forme pour elle-même ou en liaison avec d'autres bénéficie de la protection constitutionnelle pour autant qu'elle transmette un message.

La façon dont ces formes, englobant le contenu, sont exprimées constitue en quelque sorte un troisième objet de protection des libertés de communication. Un article de presse relatant un message peut être rédigé comme un commentaire ou un entretien; une conférence peut être terne ou polémique, une émission peut être investigative ou agressive, un compte-rendu peut être sobre ou résolument exagéré – même la provocation ne se situe pas en dehors du champ de protection de la liberté d'expression⁷.

6 La formule remonte à l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, Série A, no 24 § 49; pour un emploi plus récent, ACEDH Jerusalem du 27 février 2001, § 35;

7 ACED Prager et Oberschlick du 26 avril 1995, Série A no 313 § 37.

Enfin, les libertés de communication protègent également les moyens techniques par lesquels les informations sont émises ou reçues. C'est ici que la liberté des médias prend tout son sens. Il est vrai que la Constitution ne mentionne expressément que la presse, la radio, la télévision et les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques (art. 17 al. 1), mais il n'y a pas de doute que tous les supports matériels et techniques de la communication sont couverts: les médias, les mass médias et les multimédias. S'il en est ainsi, c'est que les juges constitutionnels se sont rendus compte que toute restriction des moyens de communication finit par affecter et restreindre, d'une manière ou d'une autre, le contenu des informations. En d'autres termes, les libertés de communication ont cessé d'être purement formelles pour englober les moyens matériels qui permettent de les mettre en œuvre.

3 De l'émetteur au récepteur

Historiquement, la liberté d'expression a été conçue, comme son nom l'indique, pour protéger celui qui produit et exprime une opinion. Proscrivant la censure, la liberté de la presse était ainsi destinée à garantir l'activité des rédacteurs, des éditeurs et des imprimeurs. Le principal, sinon le seul danger que l'Etat faisait courir à la liberté de communication était celui de contrôler, voire de faire taire la source des informations, soit parce qu'il se méfiait de la personne qui les émettait, soit parce que leur contenu éveillait sa suspicion.

Peu à peu, au fur et à mesure que la presse allait perdre le monopole de la communication sociale et que l'évolution des techniques de communication allait multiplier et différencier les médias, la perspective de la protection constitutionnelle s'élargit pour prendre en considération non seulement l'émetteur mais aussi le récepteur des informations. Dès lors apparaît dans les dispositions et la jurisprudence constitutionnelles la liberté d'information dont peuvent se prévaloir le lecteur, l'auditeur, le téléspectateur, l'internaute. C'est

ainsi que les art. 10 CEDH et 16 al. 3 Cst., notamment, garantissent la liberté de recevoir les informations, celle d'être confronté à des idées et des opinions provenant des autres, de la société ou de l'Etat. Désormais, c'est toute la chaîne de la communication sociale – sa formation, son émission, sa réception, sa digestion – qui bénéficie de la protection constitutionnelle.

A peine le producteur et le destinataire des informations se trouvaient-ils réunis sous le même parapluie constitutionnel pour se protéger des intempéries étatiques, toujours possibles et rarement prévisibles, que leur différence de position et donc d'intérêt au sein du processus de communication s'estompe, voire disparaît. La digitalisation et la numérisation des mass médias, leur interconnexion croissante, transforme ces derniers en multimédias. La parole, l'image et le son se transmettent de la même façon, comme simples données informatiques, malléables à volonté, manipulables à tout instant. La notion d'exploitant se dissout, le service public se privatise, le programme se transforme à toute étape, le récepteur est invité, sinon condamné à composer le programme de son choix et peut le réémettre à qui il veut. Nous sommes tous devenus des producteurs-consommateurs potentiels d'opinions.

4 Des restrictions variant selon la nature, l'auteur, le destinataire et le lieu du discours

Le contenu des libertés de communication peut varier considérablement en fonction du domaine qu'il concerne, des personnes qui s'expriment ou qui s'informent et des lieux où elles sont exercées. Cette souplesse traduit en droit une constatation qui relève du bon sens: il n'est simplement pas concevable que n'importe qui dise n'importe quoi n'importe où à n'importe qui.

La première variable porte sur la nature du discours. Lorsque ce dernier a un contenu et une finalité politiques au sens large, il n'y a,

selon la jurisprudence de la Cour, guère de place pour des restrictions⁸. C'est que le débat politique, pour conférer un sens au vote des électeurs et des élus, se doit d'être le plus libre possible. Cela vaut pour les députés, qui jouissent de l'irresponsabilité absolue pour les propos qu'ils tiennent devant les conseils et leurs organes (art. 162 Cst.) et de l'irresponsabilité pénale relative pour les infractions commises en rapport avec leur activité ou situation officielle⁹. Mais cela joue aussi pour les écrivains¹⁰, les journalistes¹¹ et même des juges qui s'expriment sur des problèmes d'ordre constitutionnel¹². A l'inverse, lorsque le discours porte sur des questions susceptibles de blesser les convictions intimes des citoyens dans les domaines de la morale et de la religion, les restrictions qu'il doit subir sont plus strictes. La Cour est allée jusqu'à justifier la censure de films heurtant le sentiment religieux de certains¹³. Entre les deux se situent notamment le discours commercial¹⁴, le discours raciste¹⁵, le discours violent, le discours de concurrence, etc.

La deuxième variable concerne les auteurs du discours. Selon qu'il s'agit de personnalités politiques, de juges, de fonctionnaires, d'avocats ou d'élèves, les limites de la liberté d'opinion sont plus strictes, ou plus larges. La tendance semble aller dans le sens d'un certain nivellement du niveau de protection, vers le haut bien entendu. Alors que naguère on n'admettait que du bout des lèvres que les fonctionnaires, les militaires et les juges, par exemple, puissent faire état publiquement de leurs états d'âme, la jurisprudence tend à établir la règle selon laquelle la liberté d'expression ne s'arrête pas aux portes des bureaux, des hôpitaux, des casernes et autres prétoires. S'agissant de la liberté d'opinion des étrangers, elle doit bénéficier de la même protection constitutionnelle que celle des nationaux. Le Tri-

8 ACEDH Wingrove du 25 novembre 1996 § 58.

9 Art. 14 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, du 14 mars 1958, RS 170.132.

10 ACEDH Thorgeir Thorgeirson du 25 juin 1992 § 64.

11 ACEDH Lopes Gomes da Silva du 28 septembre 2000 § 33/34.

12 ACEDH Wille du 28 octobre 1999 § 67.

13 ACEDH Otto-Preminger-Institut du 20 septembre 1994 § 56; Wingrove du 25 novembre 1996 § 58.

14 ACEDH Casado Coca du 24 février 1994 § 35

15 ACEDH Jersild du 23 septembre 1994 § 35.

bunal fédéral a récemment manqué une belle occasion pour le confirmer¹⁶. Quant aux enfants, ils bénéficient eux aussi pleinement de la liberté d'expression¹⁷.

Une troisième variable concerne les destinataires du discours. La Cour de Strasbourg admet par exemple que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique¹⁸. Inversement et de façon bien plus contestable, elle estime que la protection des sentiments religieux d'une communauté autochtone justifie la censure d'un film blasphématoire¹⁹. On sait aussi que le Code pénal punit notamment les messages pornographiques lorsqu'ils s'adressent à des mineurs de moins de seize ans (art. 197 al. 1 CP) et que l'incitation à la haine et à la discrimination est punissable lorsqu'elle vise une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse (art. 261^{bis} CP).

Une quatrième variable tient compte du lieu où la liberté de communication est exercée. Elle tend également à s'estomper. Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a refusé d'admettre que le particulier puisse se prévaloir de la liberté d'expression pour faire un usage accru du domaine public, considérant ce dernier comme la propriété exclusive de l'Etat²⁰. Aujourd'hui, cette jurisprudence est révolue. Si l'autorité peut soumettre l'usage accru à une autorisation et ceci même sans base légale²¹, elle doit tenir compte de l'existence et de l'importance des libertés de communication, y compris sur la voie publique²².

16 Dans l'ATF 125 II 419–430 A., les juges ont refusé de déclarer inconstitutionnelle l'ordonnance du Conseil fédéral du 24 février 1948 concernant les discours politiques d'étrangers, qui fut abrogée peu après que le Conseil fédéral ait pris la mesure de confiscation ayant fait l'objet du recours; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) no 576; ANDREAS KLEY, AJP/PJA 1999 1491, 1494; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Le Conseil fédéral face à la propagande subversive, *medialex* 1/2000 33–37.

17 Art. 13 ss de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107.

18 ACEDH Castells du 23 avril 1992 § 46.

19 ACEDH Otto-Preminger-Institut du 20 septembre 1994 § 32; comp. Art. 261 CP.

20 ATF 98 Ia 362 Studentenschaft der Universität Zürich.

21 ATF 125 I 209, 222 Decaux.

22 ATF 126 I 133 Stadt Zürich; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1) no 580/81.

5 Le rôle central de la CEDH

Pour les libertés de communication, la CEDH et la jurisprudence de la Cour qui la met en œuvre ont acquis un poids et une importance probablement inégalés. L'art. 10 CEDH, tel qu'il est interprété par plusieurs dizaines d'arrêts de principe et commenté par une doctrine toujours plus attentive, est devenu la première source révélant le véritable contenu et les limites concrètes de la liberté d'expression. Cette primauté ne vaut pas seulement dans les nombreux Etats qui, tout en ayant ratifié la Convention de Rome de 1950, n'ont pas (encore) de véritable tradition de justice constitutionnelle, mais également en Suisse où, pourtant, le juge constitutionnel n'a pas attendu la ratification de la CEDH pour prendre sérieusement en main la protection des libertés.

Un bref coup d'œil sur l'évolution de la jurisprudence en matière de libertés de communication confirme que les innovations et les remises en cause proviennent bien davantage de Strasbourg que de Lausanne. Il en a été ainsi notamment avec l'inclusion du discours commercial dans le champ de protection de la liberté d'expression²³, la définition du rôle de la presse pour relater et au besoin critiquer le fonctionnement du pouvoir judiciaire²⁴, la reconnaissance de la protection des sources comme pierre angulaire de la liberté de la presse²⁵, le rappel des limites que pose la liberté d'expression à la législation en matière de concurrence déloyale²⁶, et j'en passe.

Il y a lieu cependant de remarquer que l'importance de la jurisprudence de la Cour, en cette matière comme ailleurs, tient davantage au dispositif de ses arrêts qu'à la motivation proprement dite. Il apparaît en effet que, dans la structure de ses arrêts, le rappel des faits

23 Comp. ATF 108 Ib 142, 146 Schweizerische Journalisten-Union, ACEDH Casado Coca du 24 février 1994 § 35 et ATF 123 I 12, 18 X.

24 Comp. ATF 113 Ia 309, 322 Verband der Schweizer Journalisten et ACEDH de Haes et Gijssels du 24 février 1997 § 37; News Verlags GmbH & CoKG du 11 janvier 2000 § 56.

25 Comp. ATF 107 Ia 45, 51 X., ACEDH Goodwin du 27 mars 1996 § 39 et ATF 123 IV 236, 247 A., B., C.

26 Comp. ATF 120 II 76 H., ACEDH Hertel du 25 août 1998 § 45 et ATF 125 III 185 H.

et des dispositions légales en cause, les arguments présentés par les deux parties et la reproduction des passages (stéréo)types de la jurisprudence pertinente prennent souvent une place démesurée par rapport aux considérants, sinon aux demi-phrases qui expliquent pourquoi, dans le cas d'espèce, la Cour constate une violation ou l'absence de violation de la Convention. Cette carence dans la motivation mériterait d'être corrigée. Car pour atteindre son but, à savoir convaincre le législateur, l'administration et le juge national de se conformer au standard minimum que veut garantir la CEDH, le raisonnement du juge européen se doit de pouvoir être suivi, d'être *nachvollziehbar*. A défaut, son prononcé risque d'être mal compris, contourné ou pire, ignoré par ses destinataires. Les exemples ne manquent pas, y compris en Suisse ²⁷.

III Le rôle de la Constitution

On aurait tort de croire que la protection accrue que confère la nouvelle Constitution fédérale aux libertés de communication, jointe aux efforts soutenus du juge constitutionnel européen de constamment élever le niveau de cette protection, aurait pour effet de garantir un respect rigoureux de ces libertés, notamment en Suisse, par tous les organes de l'Etat et segments de la société. Que beaucoup ait été fait ne signifie pas qu'il n'y ait plus rien à faire. C'est ce que tentent de prouver, à titre exemplaire, les considérations qui suivent.

1 Limiter le législateur: l'exemple du secret de rédaction

L'arrêt Goodwin du 27 mars 1996 a non seulement renversé la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral, qui refusait de reconnaître aux journalistes le droit de taire les sources de leurs informations. Il a aussi directement influencé les travaux du législateur et du consti-

27 ATF 125 III 185 H.

tuant. Le premier a adopté, le 10 octobre 1997, de nouvelles dispositions du droit pénal des médias qui concrétisent et limitent le droit à la protection des sources (art. 27^{bis} CP)²⁸. Le second a fini par consacrer formellement la garantie du secret de rédaction (art. 16 al. 3 Cst.)²⁹. Or, il n'est pas certain que l'œuvre du législateur soit en tous points conforme aux exigences de la Constitution.

Le secret de rédaction est partie intégrante de la liberté des médias, ou, selon la formule de la Cour, «*l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse*». Si les journalistes doivent ainsi pouvoir refuser de divulguer la source de leurs informations, c'est qu'à défaut de pareille protection, ces informations ne leur seraient tout simplement pas communiquées, ce qui risque de diminuer la quantité et la qualité des informations mises à disposition des médias. On voit que le rôle central que jouent les journalistes dans le processus de communication justifie de leur reconnaître le privilège – qui est aussi une responsabilité – de pouvoir se protéger de l'emprise des organes de justice sur les médias et leur fonctionnement interne. Le secret de rédaction exerce à leur égard le même effet que le secret professionnel pour les médecins ou les avocats³⁰.

Tel qu'il est consacré par la Constitution, le droit à la protection des sources journalistiques est général et doit par conséquent s'étendre, dans toute procédure, à tous les motifs qui peuvent inciter un juge à s'intéresser à une source déterminée d'un article de presse. De même, il doit pouvoir être invoqué par tout journaliste, qu'il soit professionnel ou *free lance*, travaillant pour un quotidien, un hebdomadaire, un mensuel ou une publication unique. Il est vrai que ce droit n'est pas absolu. Ses limites cependant ne proviennent pas d'un catalogue d'exceptions figurant dans la loi, mais résultent d'une balance de tous les intérêts en présence, en d'autres termes du respect du principe de la proportionnalité.

28 FF 1996 IV 533; RO 1998, 852.

29 ZIMMERLI (note 2) 21.

30 KLEY (note 3) 200.

On sait que les auteurs de l'art. 27^{bis} CP ont choisi une autre voie. Seules «*les personnes qui, à titre professionnel, participent à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique ou leurs auxiliaires*» peuvent refuser de témoigner sans risquer de sanctions. Ce refus n'est pas justifié lorsque, à défaut de témoignage, l'une des infractions limitativement énumérées par l'art. 27^{bis} al. 2 let. b CP ne peut être élucidée. Cette énumération rigide, aussi rassurante qu'elle puisse paraître sous l'angle de la sécurité du droit, est d'emblée fort problématique au regard du principe de la proportionnalité dont l'une des exigences, précisément, est la souplesse. S'y ajoute le fait que parmi les infractions énumérées, qui excluent la protection des sources, figurent certaines dont la pertinence pour les médias et l'intérêt pour le public ne peuvent guère être contestés. Que l'on pense à la corruption (art. 322^{ter} à 322^{sexies}) ou au blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP)³¹. Même la condition selon laquelle un homicide, un crime ou l'un des délits énumérés «*ne pourront être élucidés ou (que) la personne inculpée d'un tel acte ne pourra être arrêtée*» paraît laisser au juge une trop large liberté d'appréciation.

A chaque fois que le législateur, qui doit concrétiser les libertés, tente de fixer une fois pour toutes le contenu de celles-ci, il risque fortement de se faire corriger par le juge constitutionnel. Il y a fort à parier que l'interprétation conforme à l'art 16 al. 3 Cst. de l'art. 27^{bis} CP obligera le juge constitutionnel à s'écarter ponctuellement de la lettre de cette disposition légale. C'est le lieu de rappeler que, selon la jurisprudence³² et la doctrine³³, lorsqu'une loi fédérale apparaît contraire à une liberté garantie par la CEDH ou la Constitution, la réserve de l'art. 191 Cst. ne s'applique plus, de sorte que le juge constitutionnel est non seulement habilité mais tenu de refuser de l'appliquer. En matière de protection des libertés, la *Swiss judicial review* est devenue complète.

31 KLEY (note 3) 200.

32 ATF 122 II 485, 487 S.; 122 II 234, 239 SBN.

33 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I L'Etat, Berne 2000 no 1831–1849.

2 Limiter le juge: l'exemple de la concurrence déloyale

La jurisprudence estime que la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241), parce qu'elle ne s'applique pas seulement aux concurrents, permet au juge civil et pénal de restreindre les libertés de communication³⁴. A chaque fois que les médias «*dénigrent autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes*» (art. 3 let. a LCD), ils risquent une condamnation civile, voire pénale. La question se pose de savoir si cette restriction aux libertés des médias est conforme à la Constitution. Cela paraît fort douteux.

Rappelons d'abord qu'il s'agit à n'en pas douter d'une restriction aux libertés de communication dont il ne faut sous-estimer ni la gravité ni le caractère paradoxal. Dans une société toujours plus marquée par l'argent et par le profit où tout finit un jour par être marchandise, il est essentiel que la communication relative à cette marchandise ne puisse pas être limitée indûment pour un seul motif d'ordre économique. Or tel est bien le cas selon cette jurisprudence: un rédacteur est condamné pour avoir écrit que les machines à coudre Bernina cousent moins bien que les machines Pfaff ou Elna³⁵; un journaliste est empêché de commenter le comportement d'un secrétaire d'une fondation parce que celui-ci est avocat et que le commentaire risque de perturber les relations avec ses clients³⁶; un chercheur se fait interdire de publier un article scientifique dénonçant les risques de cancer qu'encourraient les utilisateurs de fours à micro-ondes³⁷. Bref, le discours économique est sacrifié sur l'autel de la reine concurrence dans la mesure où il intervient dans le domaine réservé à sa majesté. Comme toutes les restrictions aux libertés, cette

34 ATF 117 IV 193 X.; 120 IV 32 X.; 120 II 76 H.; 123 IV 211 B.; 124 III 72 SRG; 125 III 185 H.

35 ATF 117 IV 193 X.

36 ATF 120 IV 32 X.

37 ATF 120 II 76 H.; 125 III 185 H.

extension de la LCD aux médias doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst.

Ainsi, il faut en premier lieu une base légale suffisamment précise. Cette condition semble à première vue remplie, ladite jurisprudence se fondant explicitement sur les art. 1 à 3 LCD et la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral étant censée être connue des journalistes. L'exigence de la prévisibilité exige cependant que, lorsqu'une loi confère un pouvoir d'appréciation, l'étendue et les modalités d'exercice de ce dernier «*se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire*»³⁸. Or, comme le Professeur Kley l'a fait remarquer non sans raison, les plaintes fondées sur la LCD ne sont pas soumises à un contrôle judiciaire suffisant: les cantons ne peuvent instituer qu'une instance de contrôle dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire; les mesures provisionnelles ont souvent l'effet de décisions finales³⁹. De sorte que, sous l'angle de la base légale, l'application de la LCD aux médias, qui ne résulte pas impérativement de la lettre de celle-ci, semble souffrir d'un déficit sérieux.

Sous l'angle de l'intérêt public, il y a lieu de remarquer que la protection de la concurrence ne figure pas parmi les motifs qui, aux termes de l'art. 10 par. 2 CEDH, peuvent justifier une atteinte à la liberté d'expression. Quant à la protection des droits d'autrui, le juge doit prendre en considération non seulement les droits des opérateurs économiques concernés de maintenir, voire d'augmenter leur chiffre d'affaires, mais aussi ceux des consommateurs de s'informer sur les qualités ou les défauts des produits offerts par les premiers, de même que les droits des journalistes à pouvoir diffuser de telles informations. Dans le conflit entre la liberté économique et les libertés de communication, la jurisprudence ne peut pas, sous peine de violer le principe de la proportionnalité, accorder la priorité absolue

38 ACEDH Tolstoy Miloslavsky du 13 juillet 1995 § 37.

39 KLEY (note 3) 205/206.

à la première. Les mécanismes économiques fondés sur la concurrence ne sont pas, de nos jours et dans nos contrées, menacés à tel point qu'il existe un «*besoin social impérieux*» à les privilégier par le biais d'une restriction sensible des libertés de communication.

Voici donc un domaine où l'art. 17 Cst., interprété selon le principe de la concordance pratique, devrait permettre au moins de rétablir un certain équilibre entre les intérêts en présence. Que le Tribunal fédéral ne l'entende pas (encore) de cette oreille n'est pas un motif de baisser les bras. Alors que la Cour lui a explicitement remis en mémoire que, du moment que le but du discours économique n'est pas proprement commercial, que les propos sont mesurés et que l'impact direct sur les droits de tiers n'est pas prouvé, le principe de la proportionnalité interdisait que des sanctions soient prononcées contre des journalistes en application de la législation sur la concurrence déloyale⁴⁰, le Tribunal fédéral continue de soutenir unilatéralement que l'interdiction judiciaire d'affirmations qui portent préjudice aux vendeurs d'un produit est admissible sous l'angle de l'art. 10 CEDH, pour autant que la mesure respecte le principe de la proportionnalité⁴¹. La disproportion réside précisément dans la priorité absolue qu'accorde cette interprétation de la LCD aux préoccupations économiques des concurrents.

3 Limiter la société? Le défi de la *political correctness*

C'est une vérité souvent vécue et régulièrement rappelée que les libertés de communication ne sont pas seulement menacées par l'Etat – toujours enclin à censurer, à filtrer et à canaliser les informations qui lui déplaisent – mais aussi par la société. On connaît à cet égard l'influence parfois négative des facteurs économiques sur le processus de communication: mouvements de concentration dans les mé-

40 ACEDH Hertel du 25 août 1998 § 50

41 ATF 125 II 185 H.

dias, pressions des annonceurs, *sex and crime* comme réponse de l'offre à la demande, l'audimat comme seul juge de la qualité des émissions, l'image qui l'emporte sur le contenu, etc. Ce que l'on connaît moins est l'influence, parfois tout aussi négative, des facteurs moraux et idéologiques sur le même processus.

Par *political correctness* on entend une douce censure sur le contenu des opinions et informations tendant à en éliminer toute appellation ou tout jugement qui mettrait en cause, directement ou indirectement, l'appartenance d'une personne à un groupe minoritaire, ses caractéristiques physiques ou ses convictions personnelles sortant de la normale. Des codes de bonne conduite prescrivent, dans les entreprises, les administrations et autres universités, ce qu'il faut dire et comment il faut le dire. Certains thèmes, certains mots, certaines expressions deviennent tabous. Parler d'un homosexuel, d'un indien, d'un nègre, d'un gros, d'un juif, d'un tzigane, d'un chômeur, d'un nain, d'un communiste, d'un aveugle, d'un étranger, d'un balayeur – c'est mal vu et ce qui est plus mal vu encore c'est de parler, comme je viens de le faire, uniquement dans la forme masculine. Alors le langage et les pensées s'adaptent. L'homosexuel devient une personne qui a choisi un autre mode de vie, les Indiens deviennent des Américains ou de Mexicains natifs, les nègres sont des Noirs ou mieux des Afro-américains, le mot juif est banni, les Tsiganes deviennent des Roms et Sinti, les petits sont *vertically* et les gros *horizontally challenged*, les étrangers se transforment en immigrants, les aveugles sont des malvoyants, les balayeurs des techniciens de surface, l'égalité entre les femmes et les hommes remplace l'égalité hommes – femmes, etc. Ainsi, le discours public s'uniformise et se normalise: il n'y a plus que des personnes sans sexe, sans corps, sans religion et surtout sans opinion, qu'elle soit politique ou autre.

Ce qu'il y a de particulier avec ce type de censure est qu'il prend son origine en dehors de l'Etat au plein cœur de la société civile, qu'il exerce un effet préventif extraordinairement efficace, qu'il recourt à des sanctions contre lesquelles il n'y a pas de voie de recours et qu'il

conduit à une restriction sensible des libertés de communication contre laquelle la Constitution est pour ainsi dire impuissante.

Ainsi, le censeur n'est plus un fonctionnaire à la botte du pouvoir qui manie le ciseau et au besoin la hache : c'est le permanent d'une association, un voisin engagé pour une bonne cause, un journaliste, une militante, un universitaire idéaliste – bref, c'est Monsieur tout le monde, c'est vous et moi. S'il est vrai que l'Etat parfois fait siens certains codes de bonne conduite – que l'on pense aux directives et guides pour la formulation non sexiste des textes officiels⁴² – la pression essentielle est d'origine et de nature sociétale, donc diffuse. Elle n'en est pas moins puissante. On sait, chacun sent que l'on ne dit pas ça et cela suffit. Les simagrées des codes de bonne conduite peuvent mener tout droit à une dictature des vertus.

La transgression des tabous imposés par la *political correctness* ne conduit pas, on s'en doute, à une réaction de l'Etat, à moins que les droits de la personnalité, à la protection de la réputation, à l'honneur et à l'image ne soient touchés. La sanction se situe, comme la restriction elle-même, principalement au niveau du discours, donc en plein cœur des libertés de communication. Dans le meilleur des cas, la normalité est rétablie par la disqualification du discourant. Taxer une personne de fasciste, raciste, machiste, révisionniste, sexiste, sioniste, négationniste ou antisémite c'est la priver de toute crédibilité, lui prendre la parole, c'est arrêter le discours. Dans le pire des cas, on impose le silence, ce silence que la loi du marché favorise de toute façon et qu'au besoin, un censeur autoproclamé peut appeler de ses vœux⁴³. Car le pire, pour une idée comme pour une personne, n'est pas d'être critiquées, c'est d'être ignorées, non reconnues. Il y va de leur existence.

42 Voir par exemple le «Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération», établi par les soins de la Chancellerie fédérale en décembre 2000, <http://www.admin.ch/ch/f/bk/sp/doc/guide-de-formulation-non-sexiste.html>.

43 A la suite de la parution de la traduction française du livre de NORMAN FINKELSTEIN, *The Holocaust Industry*, New York 2000, un historien français fort réputé déclara publiquement que la seule chose qu'il souhaitait pour ce livre était le silence, *Le Monde* du 16 février 2001 26/27.

On touche ici aux limites de ce que la Constitution et le juge constitutionnel peuvent faire pour protéger les libertés de communication. Si vraiment la société, qui vit de communication, est déterminée à assécher elle-même le processus de communication, l'Etat et son droit, fût-il constitutionnel, ne peuvent rien. Tout au plus peut-on exiger d'eux qu'ils ne renforcent pas la tendance. Car si l'Etat se mettait à proscrire globalement l'emploi de certains termes et qualificatifs, il est fort douteux que le motif de la protection des droits d'autrui couvrirait, sous l'angle de la proportionnalité, une restriction si grave et si directe de la liberté d'expression⁴⁴. Et si, à l'inverse, pour tenter de sauver les libertés de communication, l'Etat décidait de sanctionner la *political correctness*, en interdisant d'interdire, il se heurterait à la même limite. Car si j'ai le droit de me raser le crâne, de me joindre à une meute et de beugler la pire des âneries, par exemple que Hitler était un sauveur, j'ai le droit aussi de dire que celui qui se comporte ainsi et qui dit une telle ânerie est un nazillon⁴⁵. En d'autres termes, la liberté d'opinion protège et les victimes et les censeurs de la *political correctness*.

Reste l'espoir, qui pour certains est une certitude, que la *political correctness* ne représente pas le début de la fin des libertés de communication, de la communication sociale et donc de la société elle-même, mais un simple phénomène de mode, *made in the USA*, qui déferle, avec une bonne décennie de retard, sur le continent européen et qui en repartira au moment où ses protagonistes auront trouvé un autre jouet.

44 L'art. 261bis CP ne limite que le discours public qui incite à la haine, au dénigrement ou à la discrimination raciale, ethnique ou religieuse ou qui tente de nier ou de justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, PJA 1994 1079–1086; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung: Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und 71c MStG, Zurich 1996; ATF 125 IV 206 LICRA; 124 IV 121 P; 123 IV 202, 206.P.

45 Voir à ce propos le passionnant débat publié dans Le Temps du 1^{er} décembre 2000, opposant Me CHARLES PONCET, pour qui «les Skinheads sont le symbole de la liberté d'expression» et qui fustige «les intégristes de la lutte contre le racisme», et le Professeur WILLIAM OSSIPOW, qui reproche à la vision libérale de la culture de la violence «d'être l'expression d'un mépris généralisé pour toute parole».

Conclusion

Jamais encore les médias n'ont-ils occupé une place aussi importante dans le paysage constitutionnel suisse que depuis le 1er janvier 2000, date d'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale. Telle est en tout cas l'impression qui se dégage d'une première lecture des textes et d'une comparaison avec les précédents. Mais jamais encore le rôle effectif de cette protection constitutionnelle n'a été si contingent et relatif. Car à regarder de près, le constituant n'a fait que consacrer les acquis de la jurisprudence. Et force est de reconnaître que ces acquis résultent, pour l'essentiel, d'une source sur laquelle le droit interne n'a plus beaucoup de prise: le droit européen.