

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

La liberté d'opinion face à l'Etat

Etude de la législation et de la jurisprudence suisse

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit
par

JEAN-DANIEL PERRET

1968

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S. A., NEUCHÂTEL

La Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université,
sur le rapport de MM. les professeurs Jean-François Aubert et André
Grisel, autorise l'impression de la thèse présentée par M. Jean-Daniel
Perret, en laissant à l'auteur la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 juillet 1967.

Le doyen :
Friedrich-W. FISCHBACHEN.

LA LIBERTÉ D'OPINION
FACE A L'ÉTAT

Persécuter des opinions me semble d'une grande logique. Si vous êtes sûr de vos idées ou de votre puissance, si vous voulez un résultat déterminé de toutes vos forces, vous transposez naturellement votre volonté dans la loi et vous supprimez toute opposition. Permettre à l'opposition de se faire entendre, c'est indiquer que vous la croyez sans danger — c'est laisser parler un homme qui affirme avoir résolu la quadrature du cercle ; ou bien c'est indiquer que votre volonté n'est pas tout entière engagée, ou encore que vous doutez de vous ou de vos idées. Mais quand les hommes auront compris que le temps a fait justice de nombre de fois militantes, peut-être en viendront-ils à croire, plus même qu'ils ne croient au fondement même de leur conduite personnelle, que le meilleur critérium de la vérité est le pouvoir de l'idée de se faire accepter au milieu de la concurrence du marché ; et qu'ils doivent s'en remettre à la vérité comme au meilleur moyen de réaliser leur foi. C'est là, en tout cas, la théorie de notre constitution, c'est une expérience, mais toute la vie est une expérience.

HOLMES, *opinion dissidente dans Abrams v US 63 L ed 1173, p. 1180 (1919).*

Introduction

1° La liberté d'opinion fait l'objet de cette étude. Nul besoin de formules philosophiques pour la définir. La liberté est la faculté d'agir sans contrainte extérieure. Synonyme de pensée, d'idée, une opinion est le sentiment qu'on se forme d'une chose, une prise de position, un jugement ¹.

La liberté d'opinion est donc la faculté d'exprimer sans contrainte un jugement sur toute chose. Mais c'est aussi celle de le diffuser, de le propager.

Cette définition appelle trois remarques qui, pour aller de soi, n'en sont pas moins nécessaires.

a) Il est des opinions vraies, fausses ou douteuses. Mais leur qualité d'opinion ne dépend pas de leur véracité. Dans le langage juridique, on range pourtant les opinions sous diverses étiquettes peu flatteuses. On parle de propagande, de dénigrement, d'information inexacte ou tendancieuse, sur un plan privé de diffamation ou de calomnie, avec pour arrière-pensée de dénier à ces jugements la qualité d'opinion. On en veut pour preuve que de tels propos n'échappent pas toujours à des sanctions. Mais cet argument sème la confusion. Toute manifestation de la pensée est une opinion, même appuyée sur une conviction fautive. L'ordre juridique n'y peut rien changer. Il peut tout au plus en interdire l'expression. Il en va de même des opinions exprimées de façon brutale (outrage, injure).

b) Il est des opinions dont le lien avec l'action est plus ou moins étroit. Entre le cours académique et l'appel à l'élite s'insère toute une gamme d'incitations. Ici aussi surgit la tentation de refuser à tout jugement qui défend, encourage, conseille l'action, notamment lorsqu'il s'agit d'actes illégaux ou nuisibles, la qualité d'opinion. C'est bien à tort. Toute opinion incite à une certaine action. Peu importe

qu'elle vise à maintenir le statu quo ou à le modifier, peu importent les moyens proposés..

- c) Il arrive enfin qu'une opinion puisse se servir de divers moyens d'expression sans changer de nature. Le même propos peut se concrétiser par un discours sur une place publique, un article de presse, un film d'actualité, une émission radiophonique ou télévisée. Mais, en règle générale, chaque moyen d'expression a son langage, son style propre. Définie trop étroitement, la notion d'opinion se brouille. Le roman, le film, le radio-drame, sous l'apparence d'une simple histoire, proposent aussi certaines idées politiques, religieuses ou morales. Il n'est pas question de refuser à leur contenu la qualité d'opinion sous prétexte d'ambiguïté. Faute de définition adéquate, le Tribunal fédéral a longtemps refusé cependant au cinéma la place qui lui revenait dans la diffusion des idées.

2^o La liberté d'opinion dont nous parlons, n'est pas un principe philosophique ou moral. C'est une règle constitutionnelle. La Constitution fédérale de 1874 la reconnaît expressément sous diverses formes : liberté de conscience et de croyance (art. 49), de presse (art. 55), d'association (art. 56). Dans l'arrêt Filmklub Lucerne, du 19 septembre 1962, le Tribunal fédéral l'a admise de manière tout à fait générale pour en déduire la liberté de l'art. Désormais toute manifestation d'opinion, quelle que soit sa forme, peut se prévaloir de cette garantie. Onze cantons l'ont d'ailleurs inscrite dans leur Constitution.

Reste à se demander ce que signifie son insertion dans la Constitution fédérale. Cette étude tente d'y répondre. Mais avant d'entrer dans les détails, nous aimerions rappeler deux évidences.

- a) La garantie de la liberté d'opinion s'adresse aux organes de l'Etat et non aux simples particuliers. Au Parlement tout d'abord, mais aussi au Gouvernement, à l'Administration et aux tribunaux. Il ne suffit pas qu'une loi ménage la libre expression, encore faut-il qu'elle soit correctement interprétée et appliquée. C'est donc une injonction, une règle de conduite qui limite aussi bien l'activité du législateur que celle des autorités exécutive et judiciaire.
- b) Le bénéficiaire de la garantie est le simple citoyen. On en déduit tout naturellement un droit individuel à la libre expression. Encore faut-il

rappeler que ce droit est parfois dépourvu de sanction. Le citoyen suisse n'a aucune voie de recours contre une loi ou un arrêté fédéral qui violerait la garantie constitutionnelle.

3^e La liberté d'opinion n'est pas illimitée. C'est en cela que réside toute la difficulté. La Constitution ne crée pas une sphère de non-immixtion absolue de l'Etat ; elle admet certaines restrictions, d'autres sont déduites par voie d'interprétation. Mais elle ne peut énoncer dans le détail ce que le citoyen doit taire ou l'Etat tolérer. C'est au législateur, et, en l'absence de loi, aux autorités exécutives à tirer les règles applicables dans des cas concrets. Fixer le contenu de la liberté d'opinion revient donc à collectionner et à classer les différentes lois et ordonnances qui sanctionnent certaines opinions. Encore faut-il essayer d'y voir clair. Dans notre Etat fédéral, la source du pouvoir législatif n'est pas unique. Les décisions des parlements cantonaux ne concordent pas nécessairement avec celles des Chambres fédérales. Nouvelle complication : on admet que l'exécutif jouit d'un pouvoir d'ordonnances indépendantes en matière de police. Enfin la législation varie dans le temps et selon les circonstances.

Afin de ne pas sombrer dans la confusion, nous avons jugé utile de commencer cette étude par le rappel des principes que le Tribunal fédéral a tirés de la liberté d'opinion. Dans sa fonction de Cour constitutionnelle, le Tribunal fédéral revoit l'ensemble des lois, ordonnances et décisions cantonales. Son interprétation nous paraît digne de servir de modèle aux autorités fédérales (première partie : *Le Tribunal fédéral et la liberté d'opinion*).

Muni de quelques idées claires, nous examinerons ensuite la législation fédérale qui échappe à tout contrôle (deuxième partie : *Les limites de la liberté d'opinion dans la législation fédérale*). Ici se posait le problème délicat d'une classification rationnelle de ces diverses mesures. Non sans quelques hésitations, nous avons subdivisé cette partie en deux titres, l'un consacré au droit pénal (titre premier : *La réglementation pénale de la liberté d'opinion*), l'autre au droit administratif (titre II : *La réglementation administrative de la liberté d'opinion*). Cette division n'est pas sans inconvénient. Elle nous oblige à remonter deux fois le cours du temps, à traiter séparément des mesures contemporaines visant parfois au même but. Mais elle s'appuie sur des fondements solides que nous exposerons. On s'étonnera peut-être de la place réservée au développe-

ment historique de cette législation dont nombre de dispositions ont échoué devant le peuple ou ont disparu avec les circonstances politiques qui les avaient suscitées. On jugera notamment abusive l'analyse des mesures d'exception. Cette étude se justifie pourtant à nos yeux. Au contraire de la France, notre pays ne connaît pas de loi sur l'état de guerre ou de siège qui limite à l'avance la liberté d'opinion. On ne peut donc étudier le droit d'exception dans ses rapports avec la garantie constitutionnelle qu'en analysant les mesures passées prises en période de troubles ou de guerre. Ce droit ne fait d'ailleurs nullement figure d'excroissance inavouable. Ni ses fondements ni son contenu n'ont été jusqu'à présent sérieusement mis en question. Qu'une période de tension aiguë ou de conflit survienne et cette législation réapparaîtra sous des formes sans doute à peine différentes.

Relevons enfin que nous avons restreint notre étude aux propos qui concernaient les relations des individus et de l'Etat. Il s'agit donc essentiellement d'opinions politiques, mais aussi des jugements qui mettent en question l'ordre religieux ou moral que l'Etat entend directement protéger. Nous excluons en revanche les atteintes à l'honneur que constituent l'injure, la diffamation et la calomnie. En les soumettant à des sanctions pénales, l'Etat protège l'individu et non lui-même.

PREMIÈRE PARTIE

LE TRIBUNAL FÉDÉRAL
ET LA LIBERTÉ D'OPINION

Remarques préliminaires sur le contrôle de la constitutionnalité des lois

Sur l'étendue du contrôle en Suisse

Il est généralement reconnu que les libertés constitutionnelles obligent le législateur. Parce que la Constitution est au-dessus de la loi, elle en dicte le contenu ou du moins l'inspire. Mais tous les pays n'ont pas résolu de la même façon le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois ².

Certains pays l'ignorent. En France, si l'on excepte le contrôle préventif du Conseil constitutionnel, le Parlement et le Gouvernement sont seuls juges de la conformité de leur législation aux principes constitutionnels ³. Un citoyen français ne peut donc attaquer la législation parlementaire ou gouvernementale au nom de la liberté d'opinion ⁴. Il peut seulement se plaindre de la violation d'une loi qui organise cette liberté ⁵.

D'autres pays, en revanche, ont instauré un tel contrôle et l'ont confié à des organes judiciaires. Parmi eux, deux Etats fédéraux nous intéressent particulièrement. Les Etats-Unis admettent que n'importe quel tribunal puisse juger de la constitutionnalité d'une loi à appliquer ⁶. En fait, seule la Cour suprême joue un rôle déterminant dans ce domaine. En Allemagne fédérale, cette tâche est confiée seulement à la Cour constitutionnelle fédérale et aux cours constitutionnelles des Etats ⁷. Mais, dans ces deux pays, le contrôle porte aussi bien sur les lois fédérales que sur celles des Etats ⁸.

Notre Constitution fédérale a choisi une solution médiane. Elle ouvre à tout citoyen une voie de recours auprès du Tribunal fédéral pour violation de ses droits constitutionnels, mais seulement à l'encontre de la législation des cantons. La législation fédérale, c'est-à-dire l'ensemble des lois et arrêtés de portée générale votés par l'Assemblée fédérale, mais aussi la législation du Conseil fédéral, demeurent soustraites à ce contrôle (art. 113₃ Cst) ⁹.

Les raisons d'un tel compromis sont d'ordre essentiellement politique. Si la structure fédérale de notre Etat exige un certain contrôle de la législation cantonale, les institutions démocratiques, et notamment la participation directe du peuple à la législation fédérale par la voie référendaire, empêchent la prédominance d'un organe judiciaire ¹⁰.

Sur les voies de droit

Le contrôle de la constitutionnalité des lois s'effectue chez nous essentiellement par voie d'action ¹¹. Le recours de droit public concrétise le contrôle de la législation cantonale ¹². Il est ouvert contre les lois et ordonnances des cantons, mais aussi contre de simples décisions administratives (art. 84 OJF). Il protège tous les droits constitutionnels du citoyen. Le parti politique dont la réunion est interdite, l'éditeur de journaux, le producteur de films soumis à une mesure de censure peuvent invoquer directement la liberté de réunion, de presse, d'opinion. Il suffit qu'ils aient un intérêt pour agir (art. 88 OJF), qu'ils aient épuisé les instances cantonales (art. 86 OJF), qu'ils ne disposent enfin d'aucun autre moyen de recours sur le plan fédéral (art. 84₂ OJF). Si la loi ou décision attaquée viole un droit constitutionnel, le Tribunal fédéral a le pouvoir de l'annuler.

Sur la nature du contrôle

Le contrôle de constitutionnalité est souvent une tâche fort délicate. Il l'est toujours lorsqu'il s'agit de contrôler une loi ou une décision administrative à la lumière de la liberté d'opinion. Dans ce cas, l'activité du Tribunal fédéral va bien au-delà d'une interprétation, au sens usuel, de la Constitution. La liberté d'opinion, telle qu'elle est garantie par la Constitution fédérale, n'a pas le caractère d'une règle de droit. Elle revêt seulement la forme d'un principe non écrit dont seuls certains aspects sont expressément garantis (liberté de conscience et de croyance, de presse, d'association). Encore ces garanties expresses, dans leur formulation lapidaire, ne sont-elles que de simples postulats. La liberté de conscience et de croyance est inviolable (art. 49 Cst), la liberté de la presse est garantie (art. 55 Cst). La Constitution ne fixe pas ce que le citoyen ou l'Etat doit faire, tolérer ou omettre. Elle laisse au législateur le soin de réglementer ces libertés ¹³. Or, une telle réglementation revient au fond déjà à interpréter la Constitution. Et si le Tribunal fédéral entend substituer à l'interprétation du législateur, jugée erronée, sa propre interprétation, il doit tirer du principe constitutionnel d'autres règles de droit. Il accomplit donc la tâche du législateur.

Sur l'ambiguïté de la jurisprudence

La législation cantonale réprimant des opinions oblige le Tribunal fédéral à se prononcer sur le fond du droit. Existe-t-il un droit constitutionnel à défendre publiquement une certaine opinion ; si cette activité verbale met en danger l'ordre public, la moralité ou la sécurité de l'Etat, doit-elle être encore

protégée ? Le Tribunal définit par là les limites de la liberté d'opinion ou de son exercice.

Mais un recours de droit public oblige aussi le Tribunal fédéral à se prononcer sur son pouvoir d'examen. L'efficacité de la protection accordée à la liberté d'opinion dépend de l'étendue et de la nature du contrôle exercé sur la législation cantonale. Une loi ou une décision administrative réprimant certaines opinions au nom de l'ordre public ou de la moralité n'est pas en soi inconstitutionnelle, mais elle peut le devenir si les faits ou l'appréciation des faits qui la justifient est fallacieuse. Supposons, par exemple, qu'une réunion publique soit interdite au nom d'un danger imaginaire. Le Tribunal fédéral est donc appelé à revoir les raisons de l'autorité législative ou administrative, à se substituer plus ou moins à son jugement. Il ne peut y renoncer sans remettre en question sa compétence de juger au fond.

Nous avons traité séparément ces deux aspects de la jurisprudence pour la clarté de l'exposé. Ne cachons pas cependant qu'ils s'interpénètrent parfois de manière inextricable, qu'en tout cas, ils sont de nature complémentaire¹⁴. Il est parfois difficile de juger si le Tribunal fédéral abandonne une règle de fond ou s'il limite simplement son pouvoir d'examen. Nous retrouverons cette ambiguïté tout au long de la jurisprudence.

TITRE UNIQUE

LES RÈGLES JURISPRUDENTIELLES APPLIQUÉES A LA LIBERTÉ D'OPINION

Le maintien de l'ordre public et de la moralité incombe en premier lieu aux cantons. Depuis l'unification du Code pénal, cette compétence générale ne s'étend plus, il est vrai, qu'au plan administratif¹⁵. Mais, même dans ce domaine, les cantons ont toujours répugné à édicter des lois de police générale réprimant les abus de la liberté de presse, de réunion, d'association et, de manière plus générale, ceux de la liberté d'opinion¹⁶. Une seule exception : les lois sur le cinéma instaurant la censure cinématographique¹⁷.

Il ne faut donc pas compter sur les cantons pour définir les abus de la liberté d'opinion. Jusqu'à présent, ces derniers se sont contentés de simples ordonnances, voire de décisions administratives, destinées à parer à un danger soudain et jugé temporaire.

C'est au Tribunal fédéral que revient le mérite d'avoir dégagé certains principes généraux valables pour l'ensemble des restrictions policières à la liberté d'opinion. La *règle du danger sérieux, direct et imminent* est la plus importante. Elle sert à définir la notion d'abus, par là à justifier une intervention de police. Les *principes d'égalité, de proportionnalité, celui de viser seulement le perturbateur*, canalisent en quelque sorte cette intervention et empêchent l'autorité de police d'agir de façon partielle ou de dépasser le but qui lui est fixé¹⁸.

CHAPITRE PREMIER

La règle du danger sérieux, direct et imminent ou les limites de la liberté d'opinion

La liberté d'opinion n'est pas absolue. La Constitution fédérale réserve elle-même la sanction des abus, mais sans les définir. Or, si cette liberté n'est pas illimitée, où s'arrête-t-elle ? Si la liberté est la règle, la restriction policière l'exception, où tracer la frontière ?

Le Tribunal fédéral n'a jamais admis qu'une opinion soit sanctionnée pour elle-même, parce qu'elle trouble simplement les convictions politiques ou morales prédominantes. Il a par exemple protégé l'enseignement mormon bien que ce dernier approuvât la polygamie¹⁹, la doctrine communiste bien qu'elle prônât l'idée de révolution²⁰. Le Tribunal fédéral n'a admis des restrictions policières à la liberté d'opinion que si une activité verbale met en péril l'ordre public. D'où la *règle du danger sérieux, direct et imminent* dont l'application par le Tribunal fédéral ressemble fort à celle du *danger clair et présent de la Cour suprême des Etats-Unis*²¹.

On nous objectera que la règle n'est clairement énoncée que dans les arrêts où le Tribunal fédéral doit examiner la validité d'une décision administrative sans base légale, qu'elle se confond donc avec la clause générale de police qui habilite les autorités à intervenir partout où l'ordre public est directement mis en péril²².

Il est vrai qu'en l'absence de lois cantonales, les restrictions à la liberté d'opinion sont souvent dépourvues de base légale. Que de ce seul fait, le Tribunal fédéral peut exiger l'existence d'un péril imminent. Mais un examen attentif de la jurisprudence révèle que la règle du danger sérieux, direct et imminent a un champ d'application plus étendu et ne se confond pas avec la clause générale de police. Dans une série d'arrêts, le Tribunal fédéral examine de véritables lois ou ordonnances de police. Et, tout comme la Cour suprême des Etats-Unis, il les interprète de manière restrictive, de façon qu'elles ne puissent sanctionner une opinion qu'en cas de danger imminent²³.

Le Tribunal fédéral juge qu'un tel danger existe dans deux cas :

- a) si l'activité verbale incite directement à un acte illicite ;
- b) si l'activité verbale, en soi licite, devient directement dangereuse en raison des circonstances.

La règle du danger sérieux, direct et imminent diffère donc, dans sa signification, de la clause générale de police. Elle ne met pas seulement un frein, par des critères restrictifs et objectifs, aux interventions de police, elle sert véritablement à délimiter la liberté d'opinion, à fixer jusqu'où le législateur lui-même peut aller dans sa réglementation. Un examen de la jurisprudence nous en convaincra.

1^o La règle en droit positif

A. Première hypothèse, l'activité verbale incite à des actes illicites

L'arrêt *Bär* de 1908 est l'une des premières décisions du Tribunal fédéral où la règle du danger sérieux, direct et imminent est clairement appliquée dans cette hypothèse ²⁴. Le recourant, missionnaire mormon, avait tenu des réunions et distribué du matériel de propagande en faveur de sa secte dans le canton des Grisons. Bien qu'une incitation directe à la polygamie n'eût pas été prouvée, il fut condamné à une peine d'emprisonnement parce qu'une telle doctrine faisait partie intégrante de son enseignement religieux. La sanction reposait sur une loi de police menaçant d'emprisonnement les membres et fondateurs de sectes qui mettent en danger la moralité et la tranquillité publique, ainsi que ceux qui en recrutent les adhérents.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral s'attacha à donner à cette disposition un sens conforme à la Constitution. « La liberté de conscience et de croyance n'est garantie que dans les limites de l'ordre public. Mais seule, en l'occurrence, ajoutait le Tribunal fédéral, la commission d'un délit ou l'incitation à un tel acte peut troubler l'ordre public. » Il ne suffisait donc pas que l'enseignement mormon admit ou souhaitât la polygamie, encore fallait-il qu'il incitât directement à une telle pratique. Faute de preuve, le Tribunal fédéral annula le jugement pénal. Sans recourir à une déclaration d'inconstitutionnalité, il réduisait donc singulièrement la portée de la loi pénale. Un mormon était libre d'exposer sa doctrine, y compris ses thèses sur la polygamie. Seule l'incitation à la mise en pra-

tique de cette institution était punie, parce que de nature à mettre en danger, de manière sérieuse et directe, l'ordre public.

Mais l'arrêt classique en la matière est l'arrêt *Humbert-Droz*, de 1932²⁵. Dans deux conférences tenues à La Chaux-de-Fonds, Jules Humbert-Droz, secrétaire du parti communiste, s'était livré à une apologie de la révolution : « Ce jour où les ouvriers seraient munis d'un fusil et d'une baïonnette. » Par arrêté, le Conseil d'Etat neuchâtelois frappa d'interdiction toute assemblée publique organisée par le recourant ou dans laquelle celui-ci devait prendre la parole. Bien qu'Humbert-Droz contestât certains propos qu'on lui avait prêtés, le Tribunal fédéral admit pour patent qu'il appelait de ses vœux et propageait l'idée d'une révolution de type bolcheviste. A aucun moment, cependant, l'orateur n'avait incité le public à une action violente immédiate. Les conférences, pourtant contradictoires, s'étaient déroulées dans le calme. Le Conseil d'Etat neuchâtelois ne pouvait donc justifier sa mesure par la sauvegarde de l'ordre public. Faute d'appel à une action concrète, les propos tenus par le recourant ne constituaient pas non plus une atteinte à la sécurité intérieure de l'Etat (art. 116 Code pénal neuchâtelois).

En l'absence de base légale, le Tribunal fédéral annula la décision neuchâteloise. Il relevait justement que cette mesure équivalait à interdire tout exposé de doctrine communiste. « On doit admettre, déclarait-il, que dans son arrêté, le Gouvernement neuchâtelois... estime pouvoir interdire la propagande communiste parce qu'elle met en danger l'existence de l'Etat en prêchant la révolution et le recours à la force. Il est sans doute contraire au principe juridique en vigueur de modifier l'organisation existante de l'Etat autrement que par les voies constitutionnelles. Mais il est tout aussi indubitable que selon les principes régissant le droit public suisse actuel, la propagande de n'importe quelle doctrine par la presse ou la parole est permise tant qu'elle ne dégénère pas en actes illégaux... On ne peut dès lors s'opposer à la propagande communiste si elle reste dans les limites d'un exposé de doctrine et s'efforce de gagner de nouveaux adhérents sans les inciter directement à se livrer à des actes de violence immédiats²⁶. »

On ne pouvait formuler plus nettement la règle du danger sérieux, direct et imminent. Le Tribunal fédéral devait confirmer cette jurisprudence dans deux arrêts consacrés à la propagande antimilitariste.

En 1931, le Conseil d'Etat genevois avait interdit le colportage du journal *La révolution pacifiste* et de son supplément *Le résistant à la guerre*

pour incitation au refus de servir dans l'armée (arrêt *L'Action pour la Paix*)²⁷. Le Tribunal fédéral confirma la décision genevoise en reprenant sa jurisprudence antérieure. « Le journal *La Révolution pacifique*, déclarait le Tribunal fédéral, ne se borne pas à la propagande licite d'idées et de postulats pacifistes telle que, par exemple, la suppression du service militaire obligatoire, envisagée comme un moyen d'assurer la paix. En provoquant directement et indirectement au refus de servir, c'est-à-dire à un délit réprimé par la loi pénale, il dépasse manifestement les limites de la propagande licite d'idées²⁸. »

Le recourant avait fait valoir en outre qu'il était anormal que seul le colportage du journal fût interdit et non sa diffusion en général. Le Tribunal fédéral réfuta cet argument en mettant l'accent sur le danger accru que représentait ce mode de diffusion pour l'ordre public. « Les mesures plus vigoureuses prises à l'égard de la propagande par voie de colportage, ajoutait-il, peuvent s'expliquer par la forme directe et personnelle en laquelle est exercée cette propagande qui vise en premier lieu les hommes astreints au service militaire et les incite à une attitude délictueuse²⁹. » Dans sa décision, le Tribunal fédéral faisait donc dépendre l'existence d'un danger sérieux, direct et imminent, non seulement de la nature des opinions exprimées, mais encore de leur mode de diffusion.

Même décision dans l'arrêt *Graber* de 1934³⁰. Le Conseil d'Etat vaudois avait interdit les cours marxistes du secrétaire du parti communiste, qui constituaient à ses yeux une incitation à la trahison et à l'espionnage. L'ensemble du cours dont le programme avait été publié, consistait à fixer l'attitude pratique du communiste face à l'armée. On l'invitait à s'engager dans l'armée, à gagner la confiance de ses chefs afin de pouvoir, de l'intérieur, en saper la discipline et créer des cellules en liaison avec le monde extérieur, capables, au moment voulu, d'être l'instrument de la révolution. Le Tribunal fédéral confirma la décision vaudoise en insistant sur le danger imminent et sérieux que constituait pour l'Etat la diffusion de telles instructions. « Il ne s'agit pas, déclarait-il, d'actes à commettre dans un avenir incertain, plus ou moins éloigné, où la révolution devrait éclater selon les vœux des communistes ; il s'agit d'une attitude à prendre immédiatement, aujourd'hui même... Parmi les auditeurs se trouvent à coup sûr nombre de jeunes gens en âge de servir, qu'il faut gagner au communisme, instruire, éduquer pour en faire des partisans actifs³¹. »

Le Tribunal fédéral devait appliquer la même jurisprudence aux doctrines antisémites. Dans l'arrêt *Gros*³², du 20 juin 1936, il avait à se prononcer sur la constitutionnalité d'un arrêté genevois menaçant de saisir tout journal attaquant de manière grossière ou offensante un groupe de la population pour ses croyances ou ses origines. L'arrêté visait la campagne antisémite à laquelle se livraient certains journaux d'extrême droite. Le Tribunal fédéral s'attacha à interpréter cette disposition dans un sens compatible avec sa jurisprudence antérieure. « La liberté de la presse, déclara-t-il, garantit non pas seulement la liberté de soutenir des doctrines politiques par la voie de la presse, mais encore celle d'y exposer des opinions personnelles de tous genres, même si elles contiennent une critique des principes actuels du droit et de la morale, à condition toutefois qu'elles n'impliquent pas une incitation à la mise en pratique de théories illégales³³. »

En vertu de ce principe, il n'était pas constitutionnel d'interdire toute polémique sur la question juive. « Aussi, ajoutait le Tribunal fédéral, l'article 55 permet de soutenir dans la presse l'opinion que l'égalité des droits qui règne entre les Israélites et leurs concitoyens est une erreur politique et que, dans les circonstances actuelles, il serait désirable de limiter les droits reconnus à cette partie de la population³⁴. » Une telle opinion ne pouvait donc être qualifiée d'offensante par la loi de police. En revanche, le Tribunal fédéral admit qu'une polémique ne pouvait revêtir n'importe quelle forme. Les propos purement injurieux, diffamatoires ou calomnieux à l'égard des Juifs étaient uniquement destinés à provoquer le mépris et la haine du public ; ils invitaient à des actes illicites³⁵.

Auparavant, le Tribunal fédéral avait, pour les mêmes raisons, admis le refus de la patente de colportage infligé au *Balai de fer*, organe du Front national qui se distinguait par un antisémitisme sans mesure³⁶.

B. Deuxième hypothèse, l'activité verbale est dangereuse en raison des circonstances

L'opinion qui incite à des actes illicites n'est pas la seule à mettre en danger l'ordre public. Il peut arriver que les circonstances politiques rendent une opinion, en soi licite, immédiatement dangereuse. Un discours devant une assistance surexcitée, un article de presse incendiaire, la simple exhibition d'un drapeau dans la foule peuvent suffire à mettre

le feu aux poudres. Le Tribunal fédéral a admis que, dans ces cas aussi, la liberté d'opinion pouvait être restreinte puisqu'elle mettait en danger de manière sérieuse, directe et imminente, l'ordre public. Il est vrai qu'il s'était montré très réticent dans l'arrêt *Schaaf*, du 20 février 1886³⁷. La propagande salutiste avait suscité de tels désordres que le Gouvernement zurichois avait fini par interdire les réunions publiques de l'Armée du Salut. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral ne contestait pas le trouble de l'ordre public ; il constatait simplement que les salutistes n'en étaient pas responsables puisque les désordres émanaient de tierces personnes. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral accordait au pouvoir de police le droit de dissoudre une réunion, non pas celui de l'interdire préventivement. « On peut admettre à la rigueur, déclarait le Tribunal fédéral, que la police ait le droit, en vertu de sa mission qui est de maintenir l'ordre public et de protéger la vie et les biens des citoyens, de dissoudre une assemblée dans un cas donné, alors qu'elle ne serait pas en état, par d'autres moyens, de maintenir l'ordre public³⁸. »

Mais, en principe, la liberté de réunion ne pouvait être supprimée du fait que des tiers y portaient atteinte. Une mesure administrative devait seulement viser les perturbateurs.

Dans les arrêts suivants, le Tribunal fédéral nuança cette position très libérale. Il admit qu'on puisse être qualifié de perturbateur en émettant des opinions licites, en tout cas non punissables.

Alors qu'aucun trouble ne s'était encore produit dans le canton de Fribourg, le gouvernement avait jugé opportun d'interdire de manière générale l'exhibition du drapeau rouge. Le Parti socialiste suisse, dont c'était encore l'emblème, recourut contre cette décision³⁹. « Le drapeau rouge, admit le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Parti socialiste suisse*, du 11 octobre 1929, n'est pas un emblème quelconque, sans signification particulière ; c'est un emblème révolutionnaire, le signe extérieur de l'opposition au régime établi. Sa simple exhibition peut troubler la tranquillité et l'ordre public, même si les manifestants ne se proposent aucun acte subversif immédiat. » Mais le Tribunal fédéral n'entendait interdire son exhibition que si elle était immédiatement dangereuse pour l'ordre public.

« La seule présence du drapeau rouge ne donne pas encore à une manifestation un caractère révolutionnaire ou perturbateur de l'ordre ; il dépend du caractère général de la manifestation et des circonstances générales que l'exhibition du drapeau rouge apparaisse ou non comme

subversive ou dangereuse pour la tranquillité de la rue ⁴⁰. » Le Tribunal fédéral appliquait donc la règle du danger sérieux, direct et imminent pour interpréter de façon restrictive la disposition fribourgeoise. L'exhibition du drapeau rouge et les idées qu'il représentait restaient donc en principe licite. Le Tribunal fédéral prenait même soin de rappeler qu'en raison du caractère calme et discipliné de la population suisse, une mesure de police resterait sans doute exceptionnelle.

Le Tribunal fédéral allait se servir de la même règle dans l'arrêt *Moser*, du 10 juillet 1931, pour approuver l'interdiction d'une manifestation politique ⁴¹. Le parti communiste avait organisé une démonstration publique à Baden pour protester contre l'arbitraire des chefs d'entreprises et l'exploitation ouvrière dans l'industrie des métaux. Il faisait usage d'un droit garanti par la Constitution argovienne. Rien n'indiquait que les discours prévus inciteraient à des actes de violence ou à des actes illicites. Mais la tension sociale due à la crise économique, des troubles antérieures dont Baden avait déjà été le théâtre, enfin les appels enflammés adressés aux manifestants par la presse communiste, faisaient craindre que la manifestation ne tournât à l'émeute. Le Tribunal fédéral approuva l'interdiction. On pouvait, sinon avec certitude, du moins avec une haute vraisemblance, admettre, déclarait-il, que les manifestants ne se contenteraient pas d'exprimer théoriquement leur mécontentement, mais qu'ils passeraient aux actes et qu'ils en arriveraient à des excès et à des violences contre les personnes et les biens. Des discours politiques étaient ainsi interdits, non parce qu'ils étaient en soi illicites, mais parce que les circonstances les rendaient immédiatement dangereux.

Même attitude du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Kämpfer*, du 23 février 1934 ⁴². Il s'agissait cette fois d'apprécier la constitutionnalité de la suspension d'un journal, organe du parti communiste, dont les articles incendiaires troublaient l'ordre public. En période de grève, ce journal s'était livré à de violentes attaques contre certains syndicats et contre la police. Dans un climat social tendu, cette campagne d'excitation avait porté ses fruits et mené à de nombreux heurts entre ouvriers de différents syndicats, entre ouvriers et policiers. Le Gouvernement zurichois suspendit le journal pour quinze jours. La mesure de suspension ne reposait pourtant sur aucune disposition cantonale. Elle heurtait de front la liberté de la presse dont l'interdiction de toute censure est l'un des éléments essentiels.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral commença par rappeler à quelles conditions l'autorité de police pouvait restreindre la liberté de la presse sans base légale. « Il faut considérer, disait-il, que d'une façon générale et spécialement en Suisse, l'Etat a un devoir de police élémentaire qui va de soi et qu'il doit remplir même si aucune disposition légale ne le prévoit ; ce devoir consiste à parer au danger sérieux qui menace de façon directe et évidente l'exercice du pouvoir légal de l'Etat ou, dans la vie publique, les biens juridiques des particuliers tels que leur vie, leur santé, leur corps et leurs biens ⁴³. » Le Tribunal fédéral examina ensuite si ces conditions étaient remplies en l'espèce. Il conclut par l'affirmative. Certes, en dénigrant avec une violence inouïe les organes de la police et les ouvriers réfractaires à la grève, les articles du *Kämpfer* n'étaient pas punissables. Ils n'incitaient pas non plus à des actes de violence déterminés. Mais le climat social entourant la parution des articles litigieux rendait les propos du *Kämpfer* immédiatement dangereux pour l'ordre public. Ils menaçaient de provoquer de nouveaux désordres. Dans les circonstances extérieures, le Tribunal fédéral rangeait la grave crise économique qui, disait-il, « ébranle les bases d'existence de larges couches de la population, prive de pain des milliers d'individus et crée un état d'inquiétude et de mécontentement spécialement à l'égard de l'Etat, de ses organes et de ses institutions ». Ainsi l'arrêt *Kämpfer* confirmait l'arrêt *Moser*. Suivant les circonstances, la règle du danger sérieux, direct et imminent pouvait mener à la sanction d'opinions en soi non punissables.

La période de trouble politique des années 1932-1936 devait permettre au Tribunal fédéral d'appliquer encore cette jurisprudence en matière de réunions. Ainsi la marche sur Berne d'une colonne de chômeurs dont les participants devaient se livrer à une activité propagandiste dans chaque localité traversée, ne pouvait, aux yeux du Tribunal fédéral, que conduire au désordre, faute d'une préparation minutieuse et d'une discipline stricte ⁴⁴. Le Tribunal fédéral approuva également, dans l'arrêt *Nationale Front*, du 3 avril 1935, un arrêté zurichois interdisant de manière générale, les manifestations publiques nocturnes ⁴⁵. Le *Front national*, parti d'extrême droite, attaquait à la fois l'ordonnance et une mesure d'interdiction dont il avait fait l'objet. Il tirait de sa qualité de parti reconnu la preuve que son activité n'était ni illicite ni dangereuse pour l'Etat et que, par conséquent, ses réunions ne pouvaient être interdites. Le Tribunal fédéral lui donna tort. Une série de désordres avait

montré que la tension politique existant dans la ville rendait les manifestations nocturnes dangereuses pour l'ordre public. Bien que revêtant la forme d'une interdiction générale, l'ordonnance n'était pas incompatible avec la règle du danger sérieux, direct et imminent. De par sa nature, elle devait être supprimée sitôt que des troubles ne seraient plus à craindre. Elle réservait d'ailleurs aux autorités le droit d'autoriser des manifestations au cas où l'ordre serait assuré.

2^o L'abandon temporaire de la règle

Le 7 décembre 1936, le Conseil fédéral publia un message à l'appui d'un projet de loi fédérale destiné à protéger l'ordre et la sécurité publique ⁴⁶. Le Parti communiste suisse y était qualifié de dangereux pour l'Etat. On mettait l'accent sur les liens qui le liaient à l'Internationale communiste, de nature à mettre en danger l'indépendance et la neutralité du pays, sur la campagne d'agitation qu'il préparait à l'intérieur sous la consigne du front populaire. Le texte de loi échoua finalement devant le Parlement. Mais le réquisitoire prononcé contre le PC allait fortement influencer la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le Gouvernement fédéral qualifiait le parti communiste de dangereux, mais sans qu'il pût s'agir d'un danger direct et imminent. En tout cas, le message n'apportait aucun élément dans ce sens. Les liens avec l'Internationale communiste étaient connus depuis fort longtemps, et faisaient même l'objet de dispositions statutaires. La doctrine communiste, publiée sous toutes ses formes, n'avait pas sensiblement évolué. Rien ne permettait de parler d'un plan de subversion mettant en danger dans l'immédiat l'Etat ou même l'ordre public. Au surplus l'effectif des membres du parti stagnait à un niveau fort modeste. Dans l'esprit du Conseil fédéral, il ne pouvait donc s'agir que d'un danger potentiel, d'une tendance dangereuse. Le message du Conseil fédéral suscitait l'incertitude. La doctrine communiste traditionnelle, admise tant qu'elle n'incitait pas directement à l'action violente ou à des actes illicites, demeurait-elle légale ?

Le Tribunal fédéral trancha cette question dans une série d'arrêts souvent non publiés. D'une manière générale, il s'inclina devant l'appréciation du Conseil fédéral et renonça à appliquer plus avant la règle du danger sérieux, direct et imminent.

L'arrêt *Humbert-Droz*, du 7 mai 1937, met en évidence cette évolution ⁴⁷. Le Gouvernement vaudois avait interdit une conférence du secrétaire du parti communiste sur la nouvelle Constitution soviétique. A cette mesure succéda bientôt une interdiction générale de prendre la parole dans le canton de Vaud. C'était donc en tous points la répétition du premier arrêt *Humbert-Droz* de 1932. Mais la solution choisie par le Tribunal fédéral fut toute différente. Certes, admettait le Tribunal fédéral, le thème de la conférence n'était pas contraire à l'ordre public ; il était même permis à Humbert-Droz de louer sans réserve les principes de la Constitution soviétique. Il semblait également improbable que les propos tenus par le recourant provoquassent des troubles publics. C'était, au surplus, la tâche de la police que d'empêcher le désordre, quel que soit son auteur. Et pourtant le Tribunal fédéral confirma la constitutionnalité de la décision vaudoise. Il essaya bien de fonder sa décision sur un argument traditionnel. En raison de ses antécédents, il était vraisemblable que le recourant incitât ses auditeurs à des actes illicites. Le Tribunal fédéral avait déjà constaté — allusion à l'arrêt *Graber* — que le recourant ne s'en tenait pas aux sujets annoncés. Mais cet argument n'était pas suffisant ; aussi le Tribunal fédéral en ajouta un nouveau : en qualité de secrétaire du Parti communiste suisse, Humbert-Droz s'efforçait d'en faire triompher la cause par tous les moyens, fussent-ils illicites. Son activité faisait partie des manœuvres subversives de la III^e Internationale destinées à renverser par la violence le régime politique établi en Suisse. On assistait donc à un glissement subtil de la jurisprudence à l'égard de la doctrine communiste. Une opinion n'était plus jugée pour elle-même, mais en raison du rattachement de son auteur à un parti. Le Tribunal fédéral attachait à la propagande communiste une présomption d'illicéité, car au-delà de la personnalité du recourant, c'était bien le parti et ses adhérents qui étaient visés. Dans ce cadre, la règle du danger sérieux, direct et imminent ne trouvait plus d'application ; ou plutôt, il eût fallu l'appliquer au parti communiste lui-même.

Peu après d'ailleurs, l'arrêt *Barraud*, du 3 décembre 1937, allait poser le problème de l'interdiction du parti communiste ⁴⁸. Une loi neuchâteloise du 23 février 1937 avait rangé le parti communiste parmi les organisations subversives et lui interdisait toute activité politique sur le territoire neuchâtelois. La loi frappait, en outre, d'interdiction l'ensemble de la propagande de caractère communiste ou anarchiste et empêchait

les membres du parti d'exercer un mandat politique ou une fonction administrative ou pédagogique. Pour la première fois, le Tribunal fédéral avait à juger de la constitutionnalité de l'interdiction d'un parti politique. Il ne s'agissait pas de contester aux cantons le droit d'interdire un parti subversif — la liberté d'association ne s'étend pas aux associations dont les buts ou les moyens sont illicites ou dangereux pour l'Etat (art. 56 Cst) — mais bien de juger si c'était à bon droit que la loi cantonale rangeait le parti communiste parmi les associations subversives. Le législateur neuchâtelois qualifiait de subversives les associations qui tendaient au renversement du régime par la violence ou par d'autres moyens illicites. Il ne subordonnait pas l'interdiction d'un parti à un danger imminent. Pour apprécier les faits, le Tribunal fédéral avait à prendre en considération divers troubles que les communistes avaient suscités dans le canton de Neuchâtel, mais surtout le message du Conseil fédéral, du 7 décembre 1936, qui qualifiait le parti communiste de dangereux pour la sécurité intérieure et extérieure de la Confédération. Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral avait deux possibilités : apprécier par lui-même la réalité du danger que représentait le parti communiste, en exigeant qu'il fût sérieux, direct et imminent, ou se rallier au jugement du Conseil fédéral en s'assurant que ce danger était simplement probable (contrôle limité à l'arbitraire). Le Tribunal fédéral choisit le second terme de l'alternative. Il abandonnait donc la règle du danger sérieux, direct et imminent. Il n'était pas difficile d'établir que le communisme représentait un danger potentiel pour l'ordre public. Le Parti communiste suisse n'avait jamais caché son adhésion sans réserve aux thèses du marxisme-léninisme, il avait pour but la révolution socialiste et entendait l'assurer par tous les moyens jugés efficaces. Sur le plan externe, il n'était qu'une section de la III^e Internationale dont il acceptait les directives.

Mais, pour y avoir puisé de façon substantielle, l'arrêt du Tribunal fédéral partageait les défauts du message du Conseil fédéral. Il ne définissait pas suffisamment la nature du danger qui justifiait une interdiction de parti politique. Le Conseil fédéral avait mis l'accent sur la doctrine du parti, sur son organisation ; mais ces éléments étaient connus depuis longtemps par de multiples publications et des dispositions statutaires. En soulignant sa tactique de désorganisation des institutions, ses infiltrations dans divers secteurs de l'économie, le Conseil fédéral avait omis de mentionner la faiblesse de ses effectifs, le peu de crédit,

voire l'hostilité qu'il soulevait jusque dans les milieux ouvriers à la suite d'une grave crise économique, l'exclusion des communistes de l'administration fédérale ; autant de facteurs qui rendaient peu croyable l'existence d'un danger de subversion. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'expliquait pas non plus en quoi les circonstances politiques et sociales justifiaient une soudaine interdiction. Les troubles locaux à la base de la loi neuchâteloise étaient de trop peu d'importance pour justifier une telle sévérité.

Mais l'arrêt *Barraud* offrait une autre singularité. Il approuvait la mise hors la loi d'un parti par un canton pour des raisons générales, valables pour l'ensemble de la Confédération. Quel était dès lors le statut de ce parti dans les autres cantons ? Dans quelle mesure était-il encore possible d'en diffuser la doctrine ?

L'arrêt *PC Ville de Lausanne*, du 22 décembre 1937⁴⁹, ne laissait pas place à l'incertitude. Le Tribunal fédéral y interprétait l'arrêt *Barraud* comme une autorisation donnée à chaque canton d'interdire sur son territoire le parti communiste, à plus forte raison, comme l'avait fait le Conseil d'Etat vaudois, d'interdire seulement ses manifestations publiques.

Dans l'arrêt *Nicole*, du 12 juillet 1940, le Tribunal fédéral fit encore un pas de plus⁵⁰. Léon Nicole était membre dirigeant de la Fédération socialiste suisse qui, bien qu'orientée très à gauche, n'avait pas encore fait l'objet d'une interdiction. On reprochait au recourant de soutenir, par ses articles de presse, la politique de l'Union soviétique, notamment ses visées sur la Pologne de l'Est et la Finlande. Le Tribunal fédéral qualifia cette attitude de dangereuse pour la sécurité du pays. « La glorification de la politique extérieure soviétique, déclara-t-il, est assimilable à un enrôlement pour accomplir les buts de la III^e Internationale, donc pour renverser les institutions étatiques existantes et instaurer une dictature du prolétariat. » D'une manière plus générale, le Tribunal fédéral décelait en chaque acte de propagande communiste une tentative de miner les institutions étatiques par une agitation permanente. Cet arrêt, pris il est vrai en temps de guerre, marque une nouvelle restriction de la liberté d'opinion. Il frappe cette fois la propagande communiste individuelle. Or, même dans la période de tension politique due à la guerre, on ne pouvait alléguer que les conférences de Léon Nicole constituaient un danger sérieux et direct pour la sécurité du pays. Une opinion était frappée en raison de sa « tendance dangereuse », des

conséquences plus ou moins lointaines, plus ou moins probables qu'elle pouvait entraîner.

On pouvait se demander si une telle rigueur ne visait que la doctrine communiste. Ce n'était pas le cas. Dans l'arrêt *Union nationale neuchâtelaise*, le Tribunal fédéral avait fait preuve de la même sévérité à l'égard des associations d'extrême droite ⁵¹. Il s'agissait, une fois de plus, d'une restriction à la liberté de réunion. Le Gouvernement neuchâtelois, pour éviter l'agitation des milieux frontistes romands, avait soumis à autorisation les réunions publiques auxquelles participeraient des personnes étrangères au canton. En rejetant le recours, le Tribunal fédéral donnait à entendre que le pouvoir de police renforcé des cantons devait s'exercer à l'encontre des extrémistes des deux bords.

Il est difficile de résumer par une formule satisfaisante la jurisprudence de cette période. Tous les arrêts témoignent cependant d'une dégradation de la liberté d'opinion. Cette dégradation se traduit par l'abandon de la règle du danger sérieux, direct et imminent sans qu'aucune autre règle la remplace. Sur le fond, le Tribunal fédéral partage les craintes des cantons et du Conseil fédéral. Il estime que l'extrémisme politique est de nature à mettre en danger la sécurité de l'Etat, non tellement par sa force interne que par ses appuis étrangers. Devant la complexité de la situation politique ainsi créée, il renonce à se prononcer sur l'imminence du danger ; il se contente de sa probabilité.

Dans le choix des moyens, le Tribunal fédéral laisse aux cantons un pouvoir d'appréciation quasi illimité. Interdire un parti, ou ses réunions publiques seulement, est une question d'opportunité que le Tribunal fédéral renonce par exemple à examiner. Les interventions de police ne sont plus limitées dans leur forme.

3^o Le retour à la jurisprudence classique

Après la Seconde Guerre mondiale, une longue période s'est écoulée avant que le Tribunal fédéral ne prit de nouvelles décisions dans le domaine des opinions politiques. Le problème du séparatisme jurassien lui a permis récemment de revenir à sa jurisprudence classique.

« Le Rassemblement jurassien a pour but d'affranchir le peuple jurassien de la tutelle bernoise par la création d'un canton du Jura au sein de la Confédération suisse », proclament les statuts de cette association. Dans deux arrêts successifs, le Tribunal fédéral n'allait pas mettre

en cause la légalité d'un tel but, mais l'action de cette association lorsqu'elle risquait d'entraîner des heurts avec les membres du Gouvernement bernois ou des forces antiséparatistes. Dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*, du 14 décembre 1965⁵², le Tribunal fédéral approuva une interdiction de manifester dans la ville de Porrentruy le jour de l'inauguration officielle d'une école. L'ordonnance bernoise visait avant tout le Rassemblement jurassien qui voulait profiter de l'occasion pour témoigner son hostilité aux représentants du Gouvernement bernois présents à la manifestation. Le Tribunal fédéral rappela la règle du danger sérieux, direct et imminent. Il admit en l'espèce que l'ordre public était directement et sérieusement menacé. Les membres du Gouvernement bernois avaient fait l'objet de violentes attaques dans la presse du Jura ; la manifestation était un nouvel acte d'hostilité à leur égard. Dans le climat ainsi créé, il y avait tout lieu de penser qu'on les empêcherait de participer librement à l'inauguration de l'école ou du moins d'y prendre la parole. A ce danger s'ajoutait celui de heurts avec des contre-manifestants hostiles au séparatisme. La décision bernoise, aux yeux du Tribunal fédéral, respectait donc les limites classiques de la liberté d'opinion.

Dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*, du 2 mars 1966⁵³, la situation de fait était quelque peu différente. Il s'agissait de deux manifestations différentes, l'une organisée par le Rassemblement jurassien, l'autre par son rival, l'Union des patriotes jurassiens, dans des localités voisines. Afin d'éviter des heurts, le Gouvernement bernois ordonna au Rassemblement jurassien d'organiser sa manifestation plus au nord, dans une région où ses opinions prédominaient, et non dans une localité hostile, à proximité de l'autre lieu de manifestation. Après avoir rappelé que le Gouvernement bernois ne pouvait interdire qu'une réunion immédiatement dangereuse pour l'ordre public, le Tribunal fédéral admit que c'était le cas en l'espèce. Organiser une manifestation dans une localité hostile impliquait, selon lui, un risque de heurts entre la population et les manifestants. Au surplus, pour se rendre à destination, la plupart des manifestants devaient traverser les deux localités : d'où un danger de collision, d'actes de violence. «Un risque de ce genre est l'un des plus graves auxquels l'ordre public puisse être exposé, déclarait le Tribunal fédéral. D'autre part, vu la tension qu'avait créée l'annonce des deux manifestations simultanées, la menace était directe et imminente.» L'arrêt confirmait donc le retour du Tribunal fédéral à sa jurisprudence classique.

Les règles limitant les interventions de police

Il ne suffit pas qu'une activité verbale mette en péril l'ordre public pour que n'importe quelle intervention de police soit justifiée. Le Tribunal fédéral n'accepte qu'une liberté constitutionnelle soit limitée que si certains principes fondamentaux sont respectés. Le *principe d'égalité* oblige le législateur comme l'autorité exécutive à l'impartialité ; le *principe de ne viser que les véritables perturbateurs* protège les minorités en butte à l'hostilité générale ; le *principe de proportionnalité* enfin ne laisse subsister que les mesures indispensables au rétablissement de l'ordre.

Nous allons voir cependant que la jurisprudence du Tribunal fédéral est assez fluctuante, qu'elle dépend en définitive de la tendance des juges à laisser aux autorités de police un pouvoir d'appréciation plus ou moins large.

1^o Le principe d'égalité

Le principe d'égalité est garanti par la Constitution fédérale (art. 4). Il exige, d'une part, que le législateur traite également tous les citoyens, d'autre part, que la loi soit appliquée d'une manière égale à tous les citoyens⁵⁴.

A. Dans la législation

Dans la législation, les restrictions de police doivent traiter toutes les opinions sur le même pied. Une mesure de portée générale, loi ou ordonnance, doit donc frapper non pas une opinion déterminée, mais toutes les activités verbales qui mettent en péril l'ordre public.

Dans l'arrêt *Barraud*, le Tribunal fédéral avait à examiner une loi dont le caractère général était discuté. Si le législateur neuchâtelois avait pris soin de mentionner que cette dernière s'appliquait aussi aux autres

groupements préconisant la violence et dirigés contre l'Etat démocratique (art. 6), la loi visait pourtant essentiellement le parti communiste qu'elle désignait expressément dans chacune de ses dispositions. Le Tribunal fédéral rejeta néanmoins le grief d'inégalité. Le législateur cantonal avait le droit, estimait-il, d'édicter des règles particulières. « On ne pouvait parler d'inégalité que s'il avait omis de prohiber expressément d'autres organisations manifestement aussi dangereuses pour l'ordre établi que les organisations communistes. » Ce qui n'était pas démontré. « Pour que le principe d'égalité soit respecté, ajoutait d'une manière plus générale le Tribunal fédéral, il suffit que la règle instituée soit applicable dans tous les cas où les circonstances justifient un traitement identique ⁵⁵. » Le Tribunal fédéral jugeait que la loi neuchâteloise satisfaisait à cette condition.

B. Dans l'application du droit

Il ne suffit pas qu'une loi sanctionne certaines opinions en termes généraux ; encore faut-il que le principe d'égalité soit respecté dans les décisions d'application. Le problème se pose fréquemment en matière de censure cinématographique, par suite de la qualification fort vague des raisons de censure.

Le Tribunal fédéral a adopté sur ce point une attitude nuancée. Il n'admet pas que deux films semblables fassent l'objet d'un traitement différent en un très court laps de temps. Dans l'arrêt *Kunz*, du 7 décembre 1960 ⁵⁶, le Tribunal fédéral qualifia de violation du principe d'égalité l'interdiction d'un film de propagande naturiste, alors que trois mois auparavant, un film semblable avait été autorisé.

Mais le Tribunal fédéral n'exclut nullement une évolution de la jurisprudence des autorités de censure. Il semble même n'exiger aucune raison précise à un tel changement. Tel est en tout cas le sens de l'arrêt *Gamma Film Distribution S. A.*, du 3 mars 1954 ⁵⁷. Le Tribunal fédéral avait confirmé l'interdiction d'un film sur la traite des Blanches, qualifié de grossier et de choquant par sa façon de décrire le milieu de la prostitution. Il admettait néanmoins que la censure zurichoise avait autorisé, dans le passé, des films tout aussi brutaux. Mais, ajoutait-il, il est absolument naturel que l'appréciation d'un film s'adapte aux conditions de la vie quotidienne et subisse au cours du temps certains changements ⁵⁸. On ne pouvait exiger que l'autorité de censure revisât dans

ce cas toutes ses décisions antérieures, même si une telle mesure était souhaitable.

L'arrêt *Kunz et Victor Film S. A.*, du 1^{er} mai 1963⁵⁹, a confirmé cette jurisprudence. La censure genevoise, malgré l'arrêt *Kunz*, du 6 décembre 1960, avait continué d'interdire tous les films de propagande naturiste. Deux ans après sa première décision, le Tribunal fédéral avait à nouveau à juger de l'interdiction d'un film de cette nature. Il donna cette fois raison à l'autorité de censure genevoise. Cette dernière défendait sa décision par le trouble de l'ordre public et de la moralité que de tels films suscitaient en excitant les instincts sexuels. L'argument n'était pas nouveau. Mais l'autorité de censure justifiait en outre sa nouvelle jurisprudence par une sous-estimation des effets pernicioeux de la propagande naturiste dans le public. Le Tribunal fédéral admit qu'une telle motivation était soutenable et autorisait un changement de la pratique administrative.

Le principe d'égalité est encore plus difficile à observer lorsqu'il s'agit de décisions d'espèce, indispensables au maintien de l'ordre public. On peut le résumer à cette formule : à égalité de péril, égalité de sanction. L'autorité de police doit frapper tous les perturbateurs selon des critères objectifs et non en fonction de ses sympathies politiques⁶⁰. Ainsi, en cas de troubles prévisibles d'une cérémonie officielle, l'autorité de police doit interdire toutes les manifestations, y compris celles favorables aux autorités⁶¹. Lorsque, par contre, toute manifestation publique est interdite durant une période indéterminée, il n'est pas contraire au principe d'égalité de prévoir des exceptions, chaque fois que l'ordre public ne semble pas en péril⁶².

Le principe d'égalité n'accorde qu'une garantie très limitée aux idées minoritaires dont le non-conformisme soulève une irritation générale. Il met dans le même sac tous les perturbateurs sans distinguer d'où vient le trouble initial. Aussi est-il généralement complété par un autre principe : celui de ne viser que les véritables perturbateurs.

2^o Le principe de ne viser que les véritables perturbateurs

Ce principe est rarement énoncé, tant il paraît évident. L'autorité de police ne doit pas restreindre mais bien protéger l'usage légal de la liberté d'opinion.

Dans l'arrêt *Schaaf*⁶³, le Tribunal fédéral l'avait appliqué de manière

particulièrement rigoureuse, en refusant d'approuver l'interdiction des réunions publiques de l'Armée du Salut. « La liberté de réunion et d'association garantie par la Constitution, déclarait alors le Tribunal fédéral, ne peut être supprimée en raison du fait que des tiers y portent atteinte et occasionnent ainsi des troubles de la paix et de la tranquillité publique... La garantie constitutionnelle doit déployer ses effets même et précisément lorsqu'il s'agit d'associations ou d'assemblées qui ne sont pas sympathiques à la majorité du public ou du gouvernement ; c'est précisément dans ces cas que la garantie constitutionnelle des droits individuels du citoyen est importante en pratique ⁶⁴. »

Par la suite, le principe n'a été évoqué qu'incidemment. Trop peu sans doute. Dans l'arrêt *Nationale Front*, le Tribunal fédéral admit qu'une interdiction générale des manifestations publiques nocturnes visait aussi les organisateurs désireux de respecter l'ordre public. Il justifia cependant l'ordonnance bâloise par le risque de contre-manifestations. Cet arrêt, déjà, faisait trop peu de cas du rôle de la police qui est de maintenir l'ordre. Mais dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*, du 2 mars 1966, l'abandon du principe était encore plus évident ⁶⁵. Le Tribunal fédéral donnait clairement à entendre qu'il craignait avant tout la réaction des adversaires politiques du Rassemblement jurassien. Il justifiait pourtant l'interdiction de réunion par le caractère provocant de la manifestation projetée par le recourant : choix d'une localité hostile à ses thèses et voisine du lieu de réunion de ses adversaires politiques. Une telle décision est nettement en retrait sur l'arrêt *Schaaf*. On peut en discuter le bien-fondé. Il est à souhaiter, en effet, que le Tribunal fédéral n'utilise qu'avec circonspection la thèse de la provocation. Toute opinion minoritaire, exprimée publiquement, revêt plus ou moins le caractère d'une provocation. C'est finalement la fonction de la liberté d'opinion que d'inviter à la contradiction et de protéger les contradicteurs où qu'ils se trouvent.

3^o Le principe de proportionnalité

Les restrictions de police ne doivent pas aller au-delà du but à atteindre. Parmi les diverses mesures possibles permettant de sauvegarder l'ordre public, l'autorité doit choisir celles qui imposent le moins de sacrifice à une liberté constitutionnelle ⁶⁶.

Le principe de proportionnalité s'est imposé en matière d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, plus récemment d'atteinte au droit

de propriété. Mais il ne figure pas souvent dans les arrêts que nous avons analysés. C'est que l'autorité de police n'a souvent pas le choix ; en dehors de l'interdiction, il n'y a pas trente-six façons d'empêcher un conférencier d'inciter à la révolution, un film de propager des idées immorales. Là où pourtant un choix est possible, le Tribunal fédéral semble enclin à laisser aux autorités de police un large pouvoir d'appréciation.

C'est évident chaque fois que le Tribunal fédéral restreint volontairement son pouvoir d'examen. Ainsi, en matière cinématographique, le Tribunal fédéral devrait chaque fois examiner si de simples coupures ne sont pas plus adéquates que l'interdiction totale du film. Il y renonce parce qu'il ne revoit les décisions de censure que sous l'angle de l'arbitraire. Dans l'arrêt *Forum AG*, du 21 novembre 1930 ⁶⁷, le Tribunal fédéral admit, par exemple, l'interdiction d'un film sur les maladies vénériennes, malgré l'objection du recourant, en l'occurrence fondée, que seules certaines prises de vue étaient incriminées. Même attitude dans l'arrêt *Barraud*. L'interdiction d'un parti politique est une mesure extrême à laquelle le législateur ne doit recourir que si tous les autres moyens d'intimidation se sont révélés impuissants. Dans sa décision, le Tribunal fédéral renonçait pourtant à examiner si une mesure plus douce eût atteint le même but. « Il appartient au pouvoir compétent, déclarait-il, de décider suivant le temps et le lieu si un parti révolutionnaire présente un danger effectif suffisant pour que l'Etat l'interdise au lieu d'intervenir dans chaque cas particulier où un acte subversif serait commis ou imminent ⁶⁸. »

Et même lorsque le Tribunal fédéral revoit librement une décision cantonale, il laisse à l'autorité de police un certain pouvoir d'appréciation dans le choix des moyens. Ainsi, dans l'arrêt *Rassemblement jurassien*, du 2 mars 1966, il admet qu'une manifestation soit interdite plutôt qu'on mobilise des forces de police considérables pour assurer l'ordre ⁶⁹.

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Saisi d'un recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel, le Tribunal fédéral peut exercer son contrôle de deux manières.

Il peut accepter le jugement du législateur ou de l'autorité exécutive aussi longtemps que celui-ci lui paraît raisonnable. Il limite dans ce cas son pouvoir d'examen à l'arbitraire. Mais il peut aussi revoir librement l'acte juridique attaqué, en apprécier la nécessité en se livrant à un examen indépendant des faits qui le justifient.

Fixons les idées par un exemple. La Constitution fédérale ne protège pas les associations dangereuses pour l'Etat. On peut juger raisonnable d'interdire un parti révolutionnaire déjà pour son idéologie, c'est-à-dire pour le danger potentiel qu'il représente pour l'Etat. Mais on peut aussi juger qu'en l'absence d'un danger sérieux, direct et imminent, une telle mesure est inconstitutionnelle. Dans ce cas, une appréciation de la situation de fait, qui ne recouvrira pas forcément celle de l'autorité législative cantonale, est nécessaire.

Une différence saute aux yeux. Le libre examen mène à l'application des règles jurisprudentielles que nous avons mentionnées. L'examen limité à l'arbitraire exige seulement le respect des principes de légalité et d'égalité.

Aucune disposition constitutionnelle ou légale ne fixe laquelle de ces attitudes le Tribunal fédéral doit adopter ⁷⁰.

Un tel choix devrait dépendre seulement de la nature du droit constitutionnel protégé ⁷¹. La liberté d'opinion, qui n'a pas besoin d'une législation d'application pour exister, est en tout cas de toutes les garanties constitutionnelles celle dont les atteintes devraient être revues le plus librement ⁷².

Mais ce critère est trop sommaire. Nous avons vu que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas uniforme. Si le Tribunal fédéral admet en principe le libre examen ⁷³, il s'en est départi au moins pendant la période 1936-1939 pour des raisons qui restent maintenant à examiner. Disons

d'emblée, qu'à notre avis, l'explication réside dans la nature des rapports entre le Tribunal fédéral et les autorités politiques.

Le libre examen, par l'application de la règle du danger sérieux, direct et imminent et du principe de proportionnalité, mène à un contrôle étroit des lois et décisions de police. Ce contrôle, il est vrai, n'engendre pas automatiquement un conflit entre le Tribunal fédéral et les autorités cantonales. Il mène parfois simplement à l'interprétation restrictive d'une loi de police qui n'exprime pas clairement la volonté du législateur (arrêt *Bär*, arrêt *Parti socialiste suisse Fribourg*, arrêt *Gros*)⁷⁴.

Mais le plus souvent, lorsqu'il s'agit d'une loi ou d'une décision qui porte une atteinte précise à la liberté d'opinion, il n'y a pas place pour l'interprétation. Le contrôle équivaut alors à juger de la nécessité et du bien-fondé d'une telle mesure, en un mot à se substituer au jugement de l'autorité cantonale. Le risque de conflit est alors patent (arrêt *Humbert-Droz*)⁷⁵.

En temps normal, ce risque inhérent au contrôle de constitutionnalité est parfaitement supportable. Les cantons s'abstiennent d'édicter des normes générales pour ne prendre, en cas d'urgence, que des décisions d'espèce fondées sur leur pouvoir général de police. Le désaveu du Tribunal fédéral porte donc seulement sur la décision de l'autorité exécutive et non sur celle du législateur cantonal. Dans la mesure où il s'agit d'apprécier, dans un cas concret, les risques de désordre qu'entraîne une manifestation d'opinion, la décision du Tribunal fédéral peut éviter en outre de trancher des questions politiques⁷⁶.

Le problème est plus complexe en période de tension politique. Les cantons sont enclins à légiférer ou à multiplier leurs interventions administratives. Ils agissent en quelque sorte au nom de la Confédération. Ils ne visent plus seulement certaines manifestations d'opinions locales, mais une doctrine dans son entier et les partis qui la diffusent. Revoir librement cette législation revient à trancher souvent une question politique d'intérêt national. Qu'au surplus le parti dont l'idéologie est interdite soit jugé dangereux par les autorités fédérales, et nous avons la situation devant laquelle se trouvait le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Barraud*. Il ne s'agissait plus d'apprécier les effets d'un article de presse ou d'une réunion sur l'ordre public, mais de mettre en balance le droit d'un parti à une libre activité politique et la sécurité de l'Etat ; ce qui n'allait pas sans prendre en considération la doctrine de ce parti, son organisation, sa force réelle ou présumée, ses relations avec l'étranger. Devant cette

tâche difficile, le Tribunal fédéral renonça au libre examen. Il se contenta de reprendre les arguments du Conseil fédéral pour juger que l'interdiction avait une base raisonnable. Il ajoutait notamment : « Autre est la question de l'opportunité de pareilles mesures. Cette question d'appréciation doit être laissée à la décision souveraine des cantons. Il appartient au pouvoir compétent de mesurer, suivant le temps et le lieu, si un parti révolutionnaire présente un danger effectif suffisant pour que l'Etat l'interdise au lieu d'intervenir dans chaque cas particulier où un acte subversif serait commis ou imminent ? »

Le Tribunal fédéral s'estimait sans doute peu en mesure d'apprécier de manière indépendante la réalité du danger. Il lui était pratiquement impossible de réunir tous les éléments d'information nécessaires. Mais la réserve du Tribunal fédéral touchait aussi à la nature même et aux limites du contrôle de la constitutionnalité. Entre la liberté d'association et le droit de l'Etat à assurer sa sécurité, était-ce à une autorité judiciaire à trancher ? N'était-ce pas plutôt aux organes législatifs de faire le choix entre ces deux intérêts également vitaux. Dans l'arrêt *Barraud*, le Tribunal fédéral résolut cette question par l'affirmative. Il se contenta de contrôler si la loi cantonale neuchâteloise n'était pas arbitraire. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dépend donc aussi de la nature et de l'importance des questions politiques qui lui sont soumises.

Un cas particulier : le cinéma

Le cinéma mérite une place à part dans notre étude. Il se singularise des autres moyens d'expression protégés par la Constitution sur deux points au moins :

- a) Considéré comme une activité lucrative plutôt que comme un moyen d'expression, il jouit de la liberté du commerce et de l'industrie. Seule une jurisprudence récente a mis fin à ce régime d'exception en le faisant aussi bénéficier de la liberté d'opinion ; sans qu'on puisse encore d'ailleurs apprécier les conséquences d'une telle évolution.
- b) Seul de tous les moyens d'expression, il est soumis à un régime de censure général, instauré par les cantons.

Le cinéma doit la persistance de ce statut peu enviable au Tribunal fédéral. Il est dès lors intéressant d'examiner la jurisprudence sous les deux aspects mentionnés plus haut.

1° Le problème de la garantie constitutionnelle

Une jurisprudence constante du Tribunal fédéral a assimilé la représentation cinématographique à une activité lucrative au bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie. Un producteur de films, un propriétaire de salle, peut donc invoquer à l'encontre d'une mesure de censure une violation de l'article 31 Cst ⁷⁸.

Mais il parut très tôt bizarre qu'on confondît sous une même garantie le côté purement commercial de l'exploitation cinématographique avec le contenu du film projeté.

A plusieurs reprises, des recourants invoquèrent, à propos d'une interdiction, une violation de la liberté de la presse ou de la liberté

d'opinion garantie par leur Constitution cantonale. L'attitude du Tribunal fédéral a varié à leur égard. Alors que le cinéma n'en était encore qu'à ses débuts, le Tribunal fédéral commença par contester qu'un film pût servir de moyen d'expression. Dans l'arrêt *Burckhardt*, du 14 juin 1918, il déclarait : « Les représentations cinématographiques ne servent nullement à l'expression, la diffusion ou la défense d'enseignements, d'opinions relevant de la morale, du droit, de la politique. Le spectateur moyen assiste à la reproduction de ce que le film a enregistré. C'est la représentation perceptible de scènes animées extérieures, non l'expression d'opinions ou la communication d'idées ou de pensées ⁷⁹. »

Avec les progrès de l'art cinématographique, le Tribunal fédéral revisa naturellement son jugement. Mais sans pour autant donner raison aux recourants. Il refusa notamment de mettre le cinéma au bénéfice de la liberté de la presse. A ses yeux, une représentation cinématographique n'était pas assimilable à un produit de la presse. Ce que le spectateur percevait, ce n'était pas le film en tant que tel, mais des images mouvantes, sans substrat, assimilables à une représentation théâtrale qui ne jouissait pas non plus de la liberté de la presse ⁸⁰.

S'il reconnut en passant que les garanties cantonales de la liberté d'opinion couvraient aussi les représentations cinématographiques, il n'en tira aucune conséquence pratique ⁸¹.

Mais cette jurisprudence fut largement critiquée. Dans la doctrine, l'avis l'emporta que la liberté d'opinion devait être garantie de manière générale sur le plan fédéral, quel que fût le moyen d'expression choisi ; qu'elle avait au fond le caractère d'un principe constitutionnel fédéral non écrit que les garanties expresses ne couvraient que partiellement ⁸².

L'attitude du Tribunal fédéral devint hésitante. Dans les arrêts *Sphinx Film S. A.* ⁸³ et *Filmklub Luzern* ⁸⁴, il paraissait disposé à garantir au cinéma la liberté d'opinion sur le plan fédéral. Mais il attribuait encore à la notion d'opinion un contenu trop restreint et finalement impropre à l'art cinématographique. A ses yeux, une opinion se traduisait avant tout par un enseignement : défense de certaines idées ou communication de connaissances ⁸⁵. Or, à l'exception de certains films à thèse, l'action du cinéma sur le spectateur est beaucoup plus subtile. Le film est souvent assimilable au roman, il agit sous le couvert d'une histoire dont les héros incarnent certaines idées. Comme son auteur ne prend position que par le détour de personnages, il n'échappe pas à une

certaine ambiguïté. Cela dit, il n'en reste pas moins que le film est propre à exprimer toutes les idées qu'un humain peut avoir.

Dans l'arrêt *Filmklub Luzern II*, du 19 septembre 1962, le Tribunal fédéral acceptait enfin de donner à la notion d'opinion un contenu qui s'adaptât à l'expression cinématographique⁸⁶. Un ciné-club de Lucerne avait recouru contre l'interdiction du film *Sourire d'une nuit d'été* du réalisateur suédois Ingmar Bergman. Il évoquait la liberté d'opinion garantie par la Constitution lucernoise (art. 6). Le film, une comédie grinçante sur l'amour, ne défendait aucune thèse précise ; il ne pouvait donc normalement être au bénéfice de la liberté d'opinion. Le Tribunal fédéral l'admit pourtant au prix d'un revirement de jurisprudence qui fait de sa décision un arrêt de principe. « La notion d'opinion dont l'expression est garantie à l'article 6, déclara-t-il, doit être comprise de façon très large ; en l'absence de toute garantie particulière du libre exercice des arts et des sciences, elle inclut non seulement les produits de la pensée rationnelle et les convictions sous forme de prise de position, de jugement de valeur, de système, mais également la création artistique et ses manifestations. »

L'arrêt est important. Il hausse la liberté d'opinion au rang d'une garantie constitutionnelle fédérale qui englobe la liberté du cinéma conçue comme la liberté de l'art. Il convient cependant de souligner que le Tribunal fédéral ne pouvait appliquer la liberté du commerce et de l'industrie à un ciné-club. Rien n'indique, dès lors, que ce changement de base constitutionnelle soit général et définitif.

Dans un arrêt plus récent, *Rialto Film AG*, du 17 mai 1967, le Tribunal fédéral ne fait plus aucune allusion à la liberté d'opinion. Il est vrai que les recourants n'avaient invoqué qu'une violation de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi qu'une atteinte au principe d'égalité devant la loi⁸⁷.

Nous verrons, par la suite, que l'attitude du Tribunal fédéral à l'égard de la censure cinématographique ne dépend pas de la liberté constitutionnelle dont on invoque la violation. Est-ce à dire que la liberté du commerce et de l'industrie offre au cinéma une garantie aussi étendue que la liberté d'opinion ? Le Tribunal fédéral l'a affirmé à plusieurs reprises⁸⁸. Mais il est permis d'en douter. S'il arrive à ce résultat, c'est qu'il renonce à appliquer la règle du danger sérieux, direct et imminent, aussi bien pour juger de la constitutionnalité d'un régime de censure en général, que pour apprécier les décisions d'espèce qui en découlent.

2° La censure cinématographique

A. L'arrêt *Burckhardt*, du 14 juin 1918

Peu après l'implantation du cinéma en Suisse, les cantons ont édicté des lois de censure dont les formes varient, mais qui toutes peuvent soumettre la projection d'un film à autorisation administrative.

Dans l'arrêt *Burckhardt*, du 14 juin 1918⁸⁹, le Tribunal fédéral avait à examiner pour la première fois la constitutionnalité de la censure cinématographique sous sa forme la plus rigoureuse : la censure préalable générale. Il examina la validité de la loi lucernoise sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie. Le but visé : protéger l'ordre public, la moralité et le sentiment religieux ne lui parut point excéder les limites de police propres à toute activité commerciale. Le moyen choisi : la censure préalable générale lui parut en fin de compte se justifier pour des raisons sérieuses et pertinentes.

Pour étayer sa décision, il avançait deux arguments de valeur fort inégale. Le premier justifiait une censure générale. Le danger que le cinéma faisait courir à l'ordre public et à la moralité était jugé considérable, en raison du nombre de films dangereux, licencieux ou choquants, répandus sur le marché. Comme la forme de censure adéquate dépendait, en définitive, de la qualité de la production cinématographique, la censure générale n'était donc pas exorbitante.

Le second argument tendait à justifier une censure préventive. A en croire le Tribunal fédéral, les propriétaires de salles avaient intérêt à connaître à l'avance les décisions des autorités administratives. La censure préventive ne lésait pas inutilement des intérêts privés. Elle n'était donc pas vexatoire ou prohibitive.

Sous réserve d'un contrôle général des décisions d'espèce, il y avait donc lieu de déclarer constitutionnelle la censure cinématographique, puisqu'elle ne violait pas le principe de proportionnalité.

Par la suite, le Tribunal fédéral n'est jamais revenu sur cette décision, même après avoir reconnu au cinéma la liberté d'opinion sur le plan fédéral⁹⁰. Il a tout au plus exigé que la censure disposât d'une base légale⁹¹.

Dans l'arrêt *Rialto Film AG*, du 17 mai 1967⁹², les recourants s'en prenaient à la censure cinématographique préalable, en invoquant une violation du principe d'égalité devant la loi. A leurs yeux, le cinéma était injustement traité par rapport à la télévision, au théâtre et au cabaret

qui ne connaissaient pas cette forme de censure. Mais le Tribunal fédéral écarta cet argument. Les divers moyens d'expression, selon lui, n'exigeaient pas un traitement uniforme. La télévision connaissait aussi un contrôle préalable. Elle s'abstenait, en tout cas, de projeter les films qu'un canton avait interdits ou censurés. Quant au théâtre et au cabaret, ils s'adressaient à un public averti.

Le Tribunal fédéral n'avait pas tort de mettre l'accent sur les risques inhérents à l'exploitation cinématographique. Ce qu'il omettait, c'était d'examiner si la production de films, dans son ensemble, créait encore un danger sérieux et imminent pour l'ordre public, de nature à justifier une censure générale et préalable ⁹³.

On peut en effet, sans trop s'avancer, prétendre qu'actuellement la proportion de films dangereux pour l'ordre public est si minime que la thèse d'un danger sérieux et imminent n'est plus soutenable ⁹⁴. C'est dire que la censure cinématographique générale enfonce les limites classiques de la liberté d'opinion.

B. *L'examen des décisions de censure*

La plupart des lois cantonales ne définissent que d'une manière fort vague les critères de censure. Elles se contentent souvent d'interdire les œuvres contraires à l'ordre public, à la morale, grossières, voire choquantes ⁹⁵. En fait elles donnent aux cantons un pouvoir de police général ⁹⁶. On pouvait donc s'attendre à ce que le Tribunal fédéral les interprète restrictivement de manière que la censure n'atteigne que les films qui créent un danger sérieux et direct pour l'ordre public. Il est au contraire étonnant de constater avec quelle retenue le Tribunal fédéral examine les décisions de censure. Dans l'arrêt *Sphinx Film*, le Tribunal fédéral s'est expliqué sur cette réserve ⁹⁷. Il fait valoir deux arguments, l'un général, l'autre propre au cinéma.

La raison générale consiste à rappeler que le maintien de l'ordre public incombe en premier lieu aux cantons, que ces derniers sont seuls en mesure d'agir en fonction de circonstances locales. Le droit fédéral ne saurait donc tracer une limite uniforme entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Mais cette raison n'est pas entièrement convaincante. Il ne s'agit pas d'uniformiser, mais bien d'examiner de cas en cas si un film est vraiment de nature à troubler l'ordre public de manière sérieuse et directe.

Aussi le Tribunal fédéral avance-t-il un argument d'une autre nature. La projection d'un film, plus que d'autres manifestations publiques, est sujette à des appréciations diverses et contingentes. Il est difficile de trancher. En revoyant librement toutes les décisions cantonales, le Tribunal fédéral assumerait bien malgré lui la fonction d'une commission suprême de censure. Or, de ce rôle, le Tribunal fédéral n'en veut point ⁹⁸. Le Tribunal fédéral limite par conséquent son pouvoir d'examen à l'arbitraire. A aucun moment, il ne substitue son jugement à celui de l'autorité de censure. S'agit-il d'apprécier les faits, d'examiner le lien entre la décision de censure et la loi, le Tribunal fédéral n'intervient que si la décision attaquée est manifestement arbitraire ⁹⁹. Il ne juge pas déraisonnable qu'on puisse prétendre que la simple description d'un crime soit une incitation à un tel acte ¹⁰⁰, que la propagande naturiste conduise à des excès sexuels ¹⁰¹, qu'une comédie amoureuse sur l'amour, malgré sa perfection artistique, soit de nature à troubler les bonnes mœurs ¹⁰².

Point n'est besoin d'ailleurs que le film incite vraiment à un comportement délictueux ou simplement immoral, à plus forte raison que son auteur vise un tel but, seule compte la réaction subjective et possible du spectateur moyen ¹⁰³.

En définitive, la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les décisions de censure confirme ce que nous savions déjà : le cinéma est soumis à un régime d'exception pour qui ne valent pas les principes généraux de la liberté d'opinion. La liberté du cinéma ne sera effective que lorsque les règles nécessaires à sa sauvegarde seront appliquées.

SECONDE PARTIE

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'OPINION
DANS LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

TITRE PREMIER

LA RÉGLEMENTATION PÉNALE DE LA LIBERTÉ D'OPINION

L'Etat ne garantit pas la liberté d'opinion de manière absolue. Il est donc en droit d'en réprimer les abus.

Le droit pénal passe pour le droit commun de la liberté d'opinion. On entend par là qu'il offre des garanties de fond et de procédure mieux en accord avec la garantie constitutionnelle que le droit administratif.

Les arguments avancés sont de nature diverse. On rappelle tout d'abord l'abus de mesures préventives imputées au droit administratif. Le droit pénal n'intervient qu'à posteriori. Son application dépend de la commission d'un délit et non de sa simple probabilité. Ensuite l'indépendance des organes judiciaires. Le prévenu est mis par là au bénéfice du principe de la séparation des pouvoirs. Enfin la mise en œuvre par le Parlement de la législation pénale. Le Gouvernement ne peut créer d'infractions nouvelles que sur délégation et dans des limites précises ¹⁰⁴. Ajoutons encore certaines garanties de procédure souvent défailtantes en droit administratif. Le prévenu ne peut être jugé qu'après un débat public et contradictoire où la preuve de sa culpabilité doit être rapportée.

Que valent ces arguments ? Ils sont en tout cas de valeur inégale ; certains ont même cessé d'être vrais. Nous verrons dans le présent titre que le droit sur la protection de l'Etat revêt de plus en plus un aspect préventif, ce qui n'est pas sans influencer les délits d'opinions. On ne punit plus seulement les violences de langage, les incitations à une action violente ou illicite, mais déjà certains propos jugés dangereux pour la sûreté de l'Etat.

L'indépendance des tribunaux est généralement invoquée à l'égard du pouvoir exécutif, mais on peut aussi la concevoir à l'égard du législateur. Qu'un juge puisse revoir la constitutionnalité d'une loi en est bien la preuve la plus éclatante. Avec l'unification du droit pénal, ce droit est refusé au juge. La législation fédérale échappe en effet au contrôle de constitutionnalité ¹⁰⁵.

Le fait que le droit pénal soit généralement adopté sous forme de loi joue, en revanche, un rôle important. L'histoire de notre législation sur les délits d'opinions révèle l'efficacité remarquable du contrôle politique exercé par voie référendaire. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le peuple a défendu une conception absolue de la liberté d'opinion en refusant presque tous les projets de loi qui y portaient atteinte.

Nous avons limité l'étude de la réglementation pénale de la liberté d'opinion aux règles fédérales. Le droit cantonal n'a joué un rôle important, mais révolu, qu'en matière de délits contre l'honneur ou la religion ¹⁰⁶. Nous examinerons donc successivement les diverses tentatives de compléter l'ancien Code pénal fédéral (sous-titre premier), le droit d'exception de la Seconde Guerre mondiale (sous-titre II), enfin les délits d'opinions du Code pénal suisse (sous-titre III).

En l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, il ne faut pas s'étonner si les délits d'opinions ne respectent pas toujours les limites fixées à la libre expression par le Tribunal fédéral. Le Parlement est seul juge des restrictions qui lui paraissent nécessaires, sous réserve d'un veto populaire.

SOUS-TITRE PREMIER

LES TENTATIVES DE COMPLÉTER LE CODE PÉNAL FÉDÉRAL

CHAPITRE PREMIER

La propagande révolutionnaire

Dès 1890 et jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la propagande révolutionnaire a préoccupé souvent le législateur fédéral. L'histoire des délits d'opinion est un peu le reflet de l'évolution des idées de Proudhon, Marx et Lénine dans le monde ouvrier.

Une première vague commença avec l'anarchisme, après l'échec de la Commune en France ; mais ce mouvement, représenté avant tout par des étrangers, n'eut pas assez de succès en Suisse pour mettre en péril les institutions. Beaucoup plus puissante, la vague des idées marxistes (socialistes et communistes) qui culmina avec la grève générale de novembre 1918 et qui sembla ébranler jusqu'à notre système démocratique. Enfin, mais avec beaucoup moins d'ampleur, la propagande communiste au moment de la crise économique qui tenta de regrouper, sans succès, le monde ouvrier contre l'État.

A chaque de ces vagues a correspondu une tentative de restreindre l'élan révolutionnaire en créant des délits d'opinion. La presque totalité de ces projets ont échoué, parfois devant le Parlement, le plus souvent devant le peuple. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la liberté d'opinion est donc restée, sur le plan pénal, quasi illimitée. Le contrôle politique des garanties constitutionnelles se révéla plus intransigeant que le contrôle judiciaire ¹⁰⁷.

1° L'anarchisme

A. *L'incitation aux crimes anarchistes* (loi du 12 avril 1894)

Le 18 décembre 1893, le Conseil fédéral présentait aux Chambres une loi réprimant la fabrication et l'utilisation de matières explosives à des fins terroristes ¹⁰⁸. Le texte n'offrirait guère d'intérêt si l'une des dispositions

ne visait la provocation directe ou indirecte à des actes criminels mettant en danger la vie humaine ¹⁰⁹, s'il ne réprimait déjà par là la simple glorification du crime ¹¹⁰.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, la loi concernait certains aspects d'une doctrine représentée par un mouvement politique relativement important : l'anarchisme. Issue de Proudhon, cette forme de socialisme révolutionnaire se distinguait par sa volonté d'abolir toutes les formes étatiques et de les remplacer par la libre fédération des communes, d'instaurer des groupes de producteurs et de consommateurs en supprimant le capitalisme bourgeois. Mais cette doctrine n'aurait pas attiré l'attention du législateur si certains anarchistes n'entendaient devancer la révolution par un terrorisme individuel destiné à ébranler l'ordre social ; ce qu'il fut convenu d'appeler : la propagande par le fait.

Sur le plan humain, le mouvement anarchiste était essentiellement représenté en Suisse par des étrangers. La répression de la Commune en France, la situation en Italie avaient entraîné de nombreux anarchistes dans l'exil. Dès 1879-1880, ces réfugiés se regroupèrent dans notre pays et y poursuivirent leur activité politique, en éditant notamment plusieurs journaux destinés à l'étranger.

La répression d'un tel mouvement s'avérait délicate. Frapper l'anarchisme comme tel revenait à supprimer une doctrine voisine du socialisme marxiste déjà répandu en Suisse. C'était porter, en outre, une grave atteinte à la liberté d'opinion. Le frapper seulement dans sa propagande par le fait soulevait un autre problème : fallait-il déjà punir l'apologie du crime ou seulement la provocation directe ?

Jusqu'alors, le Conseil fédéral n'avait sévi que contre des étrangers, par le moyen de l'expulsion, sans distinguer nettement entre l'appel général à la révolution et l'incitation à des actes terroristes individuels ¹¹¹. Mais il n'existait à l'encontre des Suisses aucune disposition applicable. Le procès Nicolet, Darbellay et Henzi devant les Assises fédérales en fournissait la preuve. Les inculpés étaient accusés d'incitation à la rébellion pour avoir répandu un manifeste des anarchistes suisses qui contenait des menaces ouvertes à l'encontre du procureur général de la Confédération et du Conseil fédéral ¹¹². Ils furent néanmoins acquittés à l'unanimité du jury. La loi du talion invoquée par le manifeste pouvait à la rigueur constituer un appel au crime, mais non déjà un appel général à la rébellion. Le Code pénal fédéral était donc impuissant à l'égard de la propagande par le fait.

Sans se laisser influencer par la vague d'attentats terroristes qui atteignait précisément son point culminant (1894), les Chambres fédérales réformèrent le projet du Conseil fédéral dans un sens plus libéral. Elles renoncèrent à réprimer l'anarchisme en tant que doctrine politique et économique, à punir même ses appels à la révolution. Elles adoucirent le projet du Conseil fédéral en supprimant le délit d'apologie et en ne visant que l'incitation directe à des crimes contre les personnes ou les biens ¹¹³ ; elles refusèrent en outre de considérer le mobile anarchiste comme une circonstance aggravante ¹¹⁴.

La loi du 12 avril 1894 avait une portée limitée et précise, elle reflétait la conviction du Parlement que les opinions anarchistes, fussent-elles une glorification du crime, ne mettaient pas directement en danger l'ordre public de la Confédération. Un jugement du 29 mai 1900 de la Cour pénale fédérale confirma la portée restreinte de la loi (procès Bertoni). Les juges fédéraux refusèrent de punir une incitation à la révolte adressée à des partis politiques italiens antimonarchistes ¹¹⁵. La loi ne pouvait donc servir à combattre le socialisme révolutionnaire.

B. *La répression de l'apologie du crime anarchiste (loi du 31 mars 1906)*

Après la promulgation de la loi de 1894, on assista à un rapide reflux de la vague terroriste anarchiste. En France, les principaux chefs anarchistes furent acquittés au procès des Trente (avril 1894). Dès le printemps 1895, les journaux retrouvèrent droit de cité dans ce pays et se détournèrent de la propagande par le fait en prônant l'entrée dans les syndicats. La Suisse ne fut le théâtre d'aucun attentat sérieux. La loi ne trouva application qu'à l'égard de quelques étrangers amateurs d'explosifs ¹¹⁶. Les expulsions cessèrent. La loi semblait avoir été un coup d'épée dans l'eau.

Eclata, alors, comme un coup de tonnerre, l'assassinat à Genève de Sa Majesté Elisabeth d'Autriche par l'anarchiste italien Lucheni (10 septembre 1898). Devant les Assises, l'accusé proclama bien haut ses convictions anarchistes : « J'ai voulu tuer un gros personnage, un de ceux qui depuis dix-neuf siècles oppriment l'ouvrier et exploitent le peuple ¹¹⁷. » Bien que ce crime parût le fait d'un individu isolé, le Conseil fédéral réagit immédiatement. Il revisa sa pratique en matière d'expulsion en incriminant tout acte de propagande anarchiste, quelle que fût sa nature ¹¹⁸. L'anarchiste Germain, imprimeur à Neuchâtel de divers

brochures et journaux, fut l'une des premières victimes. Il n'avait pas hésité à rédiger un véritable panégyrique du crime de Lucheni ¹¹⁹.

Le Conseil fédéral fit un pas de plus en proposant aux Chambres un projet de loi réprimant l'apologie des crimes anarchistes ¹²⁰. Rapporteur au Conseil des Etats, Python résuma clairement le but visé par l'amendement proposé au Code pénal ¹²¹. « Notre loi n'interdit pas la diffusion des idées anarchistes. Chacun a le droit de les adopter, de les proclamer, de les défendre, de s'en constituer l'apôtre, de chercher des prosélytes, de recourir à la propagande par tous les moyens légaux. Un seul moyen de propagande est prohibé : c'est ce qu'on est convenu d'appeler la propagande par le fait. Le projet veut atteindre non pas l'apologie des doctrines anarchistes, mais l'apologie des crimes qui sont perpétrés dans le but de propager les idées anarchistes ¹²². »

Malgré son caractère limité, la loi fut vivement attaquée au Conseil national. Certains députés firent remarquer que la doctrine anarchiste n'avait aucune emprise en Suisse, qu'elle ne touchait guère que des étrangers ; que, dans ces conditions, l'acte législatif n'était qu'un acte de bonne volonté à l'égard de certains gouvernements étrangers ¹²³. Un référendum populaire échoua même de peu en recueillant 28 874 signatures ¹²⁴.

Une telle opposition avait d'ailleurs raison. La loi était dépassée dans la mesure où elle voulait saisir le mouvement anarchiste dans sa forme virulente : la propagande par le fait. La plupart des anarchistes avaient, au début du siècle, rejoint le syndicalisme révolutionnaire et renoncé à l'action individuelle. Le nouvel article 52 *bis* du Code pénal ne fut jamais appliqué. Aussi la commission des experts renonça à l'incorporer au projet du Code pénal suisse ¹²⁵. Quant à la disposition sur l'incitation au crime anarchiste (loi du 12 avril 1894, art. 4), elle ne fut pas reprise non plus dans la nouvelle loi fédérale de 1924 sur l'emploi criminel des explosifs et gaz nocifs.

L'anarchisme n'avait pas eu besoin de loi pour disparaître.

2^o Le marxisme

A. La première loi Hæberlin

La loi Hæberlin présentée aux Chambres fédérales en 1921 et les débats parlementaires qui précédèrent son adoption ne sont aujourd'hui compréhensibles que s'ils sont mis en relation immédiate avec la grève générale de 1918 ¹²⁶.

Comme partout ailleurs dans les pays voisins, l'état de guerre avait provoqué en Suisse un profond mécontentement dans la classe ouvrière, un durcissement de la doctrine socialiste et une disposition plus grande à l'action directe de style révolutionnaire. Dans ce climat insurrectionnel quasi général, il est difficile de dégager des raisons purement nationales à l'agitation ouvrière. Une cependant doit être mentionnée : l'appauvrissement général dû à une longue période de service actif sans indemnité. Pour aboutir à une rapide amélioration de ses conditions de vie, le mouvement ouvrier disposait de deux moyens : l'action politique et l'action syndicaliste.

Mais en 1918, l'action politique semblait d'emblée impuissante, en tout cas trop lente. Aux Chambres fédérales, le parti socialiste qui groupait encore toutes les tendances du socialisme, depuis l'aile gauche communiste jusqu'aux réformistes, en passant par les syndicalistes, était sous-représenté¹²⁷. Le système majoritaire ne lui assurait au Conseil national qu'une députation réduite¹²⁸. Au Conseil des Etats, seuls la droite et le centre représentaient les cantons. Il ne semblait pas non plus que la démocratie directe, par l'initiative constitutionnelle ou le référendum, pouvait amener une majorité conservatrice à mettre rapidement sur pied une législation sociale avancée¹²⁹.

Devant l'échec de l'action politique, le mouvement ouvrier se tourna vers l'action syndicaliste et son idée fixe : la grève générale. Un organe directeur, le Comité d'Olten qui comprenait des socialistes et des syndicalistes, dirigea le mouvement. L'agitation commença à Zurich. Devant les menaces de désordre, le Conseil fédéral mobilisa la troupe et fit occuper la ville. Le Comité d'Olten répliqua par un ordre de grève générale adressé aux dix-neuf grandes localités de Suisse pour le 9 novembre 1918. Le lendemain, la grève générale illimitée fut proclamée. Afin de donner un sens au mouvement, le Comité d'Olten publia un programme en neuf points, véritable ultimatum adressé au Conseil fédéral. Pourtant aucune des revendications présentées ne tendait à modifier les fondements de la Confédération. Certaines, au contraire, proposaient un élargissement de la démocratie dans un sens plus représentatif (introduction du système proportionnel pour l'élection au Conseil national, droit de vote des femmes). La plupart se contentaient de réformes économiques, sociales ou fiscales sur des points bien précis¹³⁰.

La mise en question des institutions ne portait donc pas sur les réformes exigées, mais bien sur la façon de les imposer. Le Comité d'Olten enten-

daît faire céder le Conseil fédéral et le Parlement en dehors des voies constitutionnelles.

La réaction du Conseil fédéral fut modérée, mais ferme. Il admit la nécessité de certaines réformes, mais refusa de négocier avec les grévistes. « Nous repoussons avec la plus grande énergie, déclarait le président de la Confédération Calonder dans son rapport aux Chambres du 12 novembre, toute tentative d'une dictature de classe ou de parti et toute tentative de substituer à la volonté populaire constitutionnellement exprimée le recours illégitime à la force ¹³¹. » De par la fermeté du gouvernement ¹³² et la mise sur pied de troupes assez considérable, la grève était vouée à l'échec. Le Comité d'Oltén capitula rapidement sans avoir pu formuler des réserves.

Une enquête pénale fut néanmoins ordonnée par le Conseil fédéral, le 11 novembre 1918 ¹³³. Elle aboutit à un non-lieu ¹³⁴. Le Code pénal fédéral ne prévoyait que les délits de rébellion (art. 45) et d'incitation à la rébellion (art. 48). Malgré la découverte du mémoire Grimm ¹³⁵, aucune preuve n'établissait que la grève générale visait ou même préparait un renversement par la violence des autorités fédérales.

Le Conseil fédéral décida de remédier à cet échec en proposant un renforcement du Code pénal fédéral ¹³⁶. Le projet, baptisé loi Hæberlin, du nom du chef du Département de justice et police, renforçait les dispositions pénales protégeant l'ordre et la sécurité de la Confédération ; il visait avant tout à canaliser la réaction de peur que la grève avait suscitée dans certains milieux et qui s'était concrétisée par le succès d'une initiative constitutionnelle dite « antibolcheviste » proposant tout bonnement l'incarcération de tous les citoyens qui compromettaient la sécurité intérieure du pays ¹³⁷.

Les débats parlementaires révélèrent clairement la faille qui s'était creusée entre les différentes couches sociales du pays et qui menaçait jusqu'aux institutions démocratiques. « Il faut retenir de l'expérience la leçon que dans notre patrie la voie constitutionnelle et légale apparaît maintenant à beaucoup comme un moyen insuffisant ou trop lent à réaliser leurs aspirations au pouvoir », déclarait dans son message le Conseil fédéral ¹³⁸. Les débats lui donnèrent raison. On est frappé en relisant le Bulletin sténographique du Conseil national de l'âpreté de ces débats. Parmi les nombreuses interventions socialistes, une est significative de l'état d'esprit du mouvement ouvrier, celle du député Greulich qui appartenait pourtant à l'aile droite du parti. Le vieux leader socia-

liste mettait au défi la démocratie de réaliser la justice sociale ; à ses yeux les institutions démocratiques ne servaient finalement qu'à défendre la grande industrie, le commerce et la paysannerie. Il rejetait également une justice dont les juges appartenaient exclusivement à la classe possédante, un ordre constitutionnel qui ne faisait que soutenir un ordre économique où le travail était traité comme une marchandise ¹³⁹.

Parmi les dispositions du projet, une souleva tout particulièrement des débats passionnés en portant atteinte à la liberté d'opinion : l'article 47 qui réprimait la propagande révolutionnaire, plus précisément la provocation à troubler l'ordre public et la sécurité intérieure ou l'apologie de tels actes. En punissant l'apologie, cet article visait déjà le simple fait de défendre, d'encourager, de conseiller ou d'enseigner la nécessité d'une révolution. Il condamnait en fait la doctrine officielle du Parti socialiste suisse qui, pour des raisons tactiques, venait d'adopter un programme résolument marxiste ¹⁴⁰.

Certains députés bourgeois firent aussi remarquer que la loi allait trop loin, qu'elle pouvait frapper jusqu'à certains écrits de Voltaire, Rousseau ou Zola ¹⁴¹. Mais une proposition du député von Arx de limiter la provocation aux crimes de haute trahison et de révolte, en écartant expressément les délits d'opinion, fut rejetée par 85 voix contre 39 au Conseil national ¹⁴².

Les rapporteurs de la commission, Perrier et Keller, confirmèrent que la loi devait frapper aussi des abus de langage ¹⁴³. Bien que l'approbation du projet ne fit aucun doute, les débats commencés le 12 décembre ne prirent fin que le 21. Les députés socialistes montèrent à la tribune les uns après les autres. Après un long débat d'entrée en matière, la loi fut encore attaquée dans chacune de ses dispositions. Elle fut finalement adoptée par 111 voix contre 35 ¹⁴⁴.

Comme le Conseil fédéral s'y attendait, la demande de référendum aboutit, munie de 149 954 signatures. Le scrutin, fixé au 24 septembre 1922, donna lieu à une campagne d'une violence inouïe. La rancune soulevée par l'échec de la grève dans le monde ouvrier, la peur qu'elle avait suscitée parmi la bourgeoisie, alimentèrent le conflit. Pourtant l'opposition n'était pas seulement entre la droite et la gauche. Les partis bourgeois n'étaient pas unis. En portant atteinte à la liberté d'opinion, la loi avait soulevé l'hostilité des milieux traditionnellement libéraux. En Suisse allemande, l'Église protestante avait aussi pris nettement position contre la loi dans la campagne référendaire ¹⁴⁵. La loi fut finale-

ment rejetée par 367 832 voix contre 303 794 ¹⁴⁶. En comparant ce résultat à celui des élections au Conseil national de l'année précédente, on constate que la moitié à peine des opposants sont des électeurs socialistes ; même dans les petits cantons campagnards, de la Suisse centrale, la majorité acceptante est très faible.

C'était, au fond, un démenti aux thèses socialistes. Les électeurs n'avaient pas voté uniquement en fonction de leur classe sociale ; ils avaient, dans leur majorité, placé le respect de la liberté d'opinion au-dessus de la sauvegarde à tout prix de l'ordre public. C'était aussi une leçon de réalisme adressé au Parlement. On ne met pas hors la loi, dans un Etat démocratique, la doctrine d'un grand parti, à plus forte raison si des indices sérieux présagent l'abandon de ses thèses les plus radicales ¹⁴⁷.

B. *La seconde loi Hæberlin*

La loi a pour origine directe une série d'émeutes d'inspiration communiste. Les 16 et 17 juin 1932, le quartier d'Aussersihl, à Zurich, fut le théâtre de véritables combats de rues avec barricades. Le 9 novembre, à Genève, le Conseil d'Etat se vit contraint de faire appel à la troupe pour éviter une émeute entre les extrémistes de droite de l'Union nationale et l'extrême gauche conduite par le chef communiste Léon Nicole. Bousculés par les manifestants, les soldats firent usage de leurs armes ; résultat : dix morts et quarante blessés.

La crise économique, qui réduisait alors au chômage une part appréciable de la classe ouvrière, avait provoqué une nette aggravation des conflits sociaux et, par voie de conséquence, des luttes politiques. L'affaire de Genève, longtemps débattue sur le plan parlementaire, révéla clairement cette nouvelle tension. Alors que les députés socialistes dénonçaient l'intervention de l'armée et l'activité des partis d'extrême droite ¹⁴⁸, une majorité priait le Conseil fédéral de compléter la législation fédérale destinée à sauvegarder l'ordre public ¹⁴⁹. Dans son interpellation au Conseil national, le député Rochat critiquait même ouvertement la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment l'arrêt *Humbert-Droz* ¹⁵⁰ ; il proposait l'interdiction de toute propagande communiste.

La réponse du Conseil fédéral fut très réticente. Instruit par l'expérience de 1922, le conseiller fédéral Hæberlin se refusait à promulguer

une loi sous l'empire d'un courant d'émotion ¹⁵¹. Aussi n'est-il pas étonnant que le projet de loi finalement présenté aux Chambres, le 8 mai 1933, fût très modéré ¹⁵². Il renonçait à punir la simple propagande révolutionnaire pour ne réprimer que l'incitation aux crimes et délits frappés de réclusion (art. premier) et la provocation à la désobéissance militaire (art. 3). Mais le Parlement jugea le projet trop timide. Il accepta deux amendements qui rendaient la loi moins libérale et provoquèrent finalement son échec devant le peuple. Nous examinerons l'amendement Gafner à propos de la propagande antimilitariste. Quant à l'amendement Thalmann, il remettait en question le caractère limité de la loi en proposant de réprimer non plus seulement la provocation aux crimes et délits frappés de réclusion, mais déjà l'incitation à tous les délits contre l'Etat ou l'ordre public ¹⁵³. Malgré l'opposition du Conseil fédéral, cette modification fut adoptée par le Conseil des Etats ¹⁵⁴, puis par le Conseil national ¹⁵⁵. Ainsi ressuscitait, l'apologie en moins, l'ancien article 47 de la première loi Hæberlin dont le Conseil fédéral avait précédemment reconnu le caractère trop vague ¹⁵⁶. Que fallait-il entendre par délit contre l'Etat ou l'ordre public ? Naturellement les délits du Code pénal fédéral, ceux de la nouvelle loi, mais peut-être aussi n'importe quel acte de nature à troubler l'ordre public. La plupart des parlementaires semblaient n'avoir nullement saisi la portée exacte d'une telle modification. Quoi qu'il en soit, l'acceptation de l'amendement Thalmann provoqua une brusque volte-face des députés socialistes. Ils avaient voté l'entrée en matière, ils allaient dorénavant s'opposer à la loi et lancer, après son adoption par le Parlement, une campagne référendaire qui aboutit facilement en recueillant 146 642 signatures.

Une opposition aussi résolue n'était à vrai dire pas clairement explicable. Depuis une décennie, la doctrine et l'action du parti socialiste avaient évolué dans un sens résolument réformiste, écartant tout moyen révolutionnaire. Les dirigeants socialistes avaient désavoué les émeutes communistes. Au congrès de 1933, le parti avait repoussé toute action commune avec le parti communiste ¹⁵⁷. Deux ans plus tard, il adoptait un nouveau programme qui abandonnait officiellement les thèses marxistes depuis longtemps répudiées ¹⁵⁸. Enfin la loi frappait aussi bien l'extrême droite que l'extrême gauche. Mais, en pleine crise économique et période de chômage, il semble bien que le parti socialiste n'ait pas voulu renoncer à son droit de descendre dans la rue, il ne voulait rien accepter non plus qui pût ressembler à la mise au pas des sociaux-

démocrates allemands et rejoignait par là de nombreux libéraux du centre et de la droite.

Le scrutin eut lieu le 11 mars 1934. Le peuple repoussa la loi par 486 168 voix contre 416 064¹⁵⁹. Septante-huit pour cent des électeurs s'étaient portés aux urnes. L'analyse d'un tel résultat n'était pas simple. Le *Berliner Tagblatt* du 13 mars 1934 résumait bien son ambiguïté : « La situation est loin d'être claire. La majorité opposée à la loi est formée de ceux qui pensent que le gouvernement est allé trop loin, de ceux qui pensent qu'il n'a pas été assez loin, de ceux qui veulent se servir des libertés de la Suisse contre l'Etat et de ceux qui veulent maintenir dans leur pureté les principes de la liberté. » Il était faux, en tout cas, d'attribuer le rejet de la loi aux simples intérêts partisans. Les mouvements frontistes et le parti communiste ne formaient, sur le plan national, que des minorités négligeables ; si le parti socialiste avait engagé toute son autorité dans la campagne, les syndicats ne l'avaient pas suivi et avaient recommandé aux ouvriers l'adoption de la loi¹⁶⁰. En réalité, 200 000 voix bourgeoises au moins avaient repoussé la seconde loi Hæberlin, estimant qu'on ne pouvait réduire la tension politique due à la crise par des mesures pénales. Cette opposition libérale en restait à une conception presque absolue de la liberté d'opinion, basée sur la souveraineté populaire. En refusant d'imiter, si peu que ce fût, la mise au pas de l'individu, déjà achevée outre-Rhin, elle faisait confiance au régime démocratique et libéral de la Confédération¹⁶¹.

Le rejet de la loi entraîna néanmoins une petite crise gouvernementale. Bien qu'il ne fût pas responsable des amendements du Parlement, le conseiller fédéral Hæberlin démissionna, sitôt connu le résultat du scrutin ; le 22 mars, le conseiller fédéral Musy s'en allait à son tour. Mais la décision populaire ne fut pas désavouée par les événements ; les émeutes de Zurich et de Genève ne se renouvelèrent pas.

C. *Le projet de loi sur la protection de l'ordre public et de la sûreté publique*
(7 décembre 1936)

Et pourtant, deux ans seulement après le rejet de la seconde loi Hæberlin et moins d'un an avant l'acceptation par les Chambres du Code pénal suisse, le Conseil fédéral présentait au Parlement une loi de 32 articles destinée à la protection de l'ordre et de la sécurité publique¹⁶². Le nouveau projet n'était pas destiné à être incorporé au droit

pénal ordinaire. « Nous considérons les prescriptions du projet, déclarait le Conseil fédéral, comme une législation extraordinaire et provisoire pour la protection de la sûreté de l'Etat dans les temps difficiles ¹⁶³. » La nouvelle loi d'exception avait même, pour le Conseil fédéral, un caractère d'impérieuse nécessité et devait revêtir la forme d'un arrêté fédéral muni de la clause d'urgence. Ainsi soustraite au référendum, elle ne risquait pas de subir le sort des projets antérieurs ¹⁶⁴.

Le Conseil fédéral jugeait donc le moment venu de frapper l'extrême droite, mais surtout l'extrême gauche. L'isolement du parti communiste rendait cette fois un mouvement de solidarité du mouvement ouvrier peu probable ¹⁶⁵. Le projet visait non seulement l'action révolutionnaire, mais déjà la doctrine révolutionnaire, voire simplement hostile à l'ordre constitutionnel. Parmi les dispositions générales destinées aux extrémistes de tous bords, deux d'entre elles créaient des délits d'opinion : la provocation au renversement politique par la violence ou son apologie (art. 7) et surtout les informations inexactes de nature à exposer au mépris les institutions démocratiques (art. 13).

Les dispositions visant expressément la doctrine communiste étaient encore plus sévères. Toute propagande communiste tendant à renverser par la violence l'ordre politique, économique et social, la discipline militaire, la paix religieuse, était interdite (art. 9). La propagande communiste était même interdite de façon absolue à l'égard des mineurs (art. 9₂) ou si elle émanait d'étrangers (art. 10). On frappait donc non plus seulement la provocation, mais déjà la simple diffusion de la doctrine communiste. C'était pratiquement mettre le parti communiste hors la loi.

Le projet contenait enfin d'autres délits d'opinion dans sa partie destinée à protéger l'armée.

Et pourtant rien dans le message du Conseil fédéral n'établissait de manière convaincante la nécessité de restreindre aussi gravement la liberté d'opinion. La loi, selon le message, était avant tout destinée à parer les menées communistes ¹⁶⁶, mais, nous l'avons dit à propos de l'arrêt *Humbert-Droz*, tous les arguments tendant à prouver un danger clair et présent pour la sécurité de l'Etat avaient peu d'éclat. La doctrine du parti communiste, ses liens avec la III^e Internationale et avec l'Union soviétique étaient depuis longtemps connus. Le nombre de ses adhérents allait plutôt en diminuant, son isolement augmentait ¹⁶⁷. Invoquer l'aggravation de la situation internationale comme fait nouveau, ne pouvait que suggérer la volonté de céder à certaines pressions extérieures.

Aussi le projet ne trouva devant le Conseil des Etats qu'un accueil mitigé. En fait, la commission du Conseil se permit de bousculer profondément le texte gouvernemental en demandant et obtenant la suppression de 18 articles sur 32 ¹⁶⁸.

Certes, chaque modification ne constituait pas un acte de libéralisme ; il s'agissait parfois d'abrégier un texte jugé trop long, souvent de réserver l'incorporation de certaines dispositions au Code pénal suisse. Il n'en reste pas moins que plusieurs dispositions furent rejetées parce qu'elles portaient atteinte à la liberté d'opinion sans qu'un danger suffisamment sérieux pour l'Etat les justifiait ¹⁶⁹. La Chambre rejeta notamment l'article 13 qui punissait le dénigrement des institutions démocratiques.

Mais le Conseil des Etats n'avait pas seulement libéralisé le projet, il en avait changé la signification en supprimant toutes les dispositions visant expressément la propagande communiste. Il ne voulait pas d'une loi d'exception qui violait le principe d'égalité ¹⁷⁰. Une seule disposition devait frapper les extrémistes de tous bords ¹⁷¹ et obliger les mouvements extrémistes à recourir à la voie démocratique pour faire triompher leurs idéaux.

Le Conseil fédéral se montra au début hostile à cette modification. Il ne voulait pas répéter les erreurs à l'origine de l'échec des deux lois Häberlin. En visant expressément le parti communiste, il pensait rassurer les socialistes et les syndicalistes. Mais en 1937, lorsque certains cantons préparèrent eux-mêmes des lois anticommunistes, il se rallia finalement au Conseil des Etats.

Et pourtant le projet n'était pas au bout de ses peines. Il ne trouva pas grâce devant la commission du Conseil national qui demanda la suppression de la clause d'urgence. C'était plus que n'en pouvait supporter le Conseil fédéral qui voyait déjà poindre le référendum et l'échec populaire. Il proposa l'abandon du projet. Les débats furent ajournés jusqu'à ce que le Code pénal suisse fût adopté ¹⁷². Entre-temps, le Conseil fédéral était chargé de veiller au maintien de l'ordre et de la sécurité publique en usant du pouvoir que lui conférait l'article 102 ⁹⁻¹⁰ Cst.

La propagande révolutionnaire n'avait obtenu qu'un sursis:

La propagande antimilitariste

L'antimilitarisme a été, avant la Seconde Guerre mondiale, une ligne politique traditionnelle aux mouvements de gauche, anarchiste, communiste, socialiste ¹⁷³. Mais les raisons qui alimentaient ce courant d'idées n'étaient pas toujours les mêmes ; une partie de l'opposition, pacifiste, était opposée à la défense nationale pour des raisons humanitaires, l'autre la condamnait parce qu'elle la considérait comme partie intégrante du système capitaliste ¹⁷⁴.

Ces deux mouvements convergents posèrent néanmoins aux législateurs les mêmes problèmes : pouvait-on tolérer l'incitation au refus de servir, les fausses allégations, le dénigrement de l'armée ? A plusieurs reprises des projets de loi tentèrent de réprimer la propagande antimilitariste, mais sans succès. Ce refus de créer des délits d'opinion s'explique sans doute par un libéralisme traditionnel, mais davantage encore par le souci de laisser l'armée soumise à un contrôle populaire, fût-il critique, par la voie de la presse et des partis politiques. L'armée de milice, groupant théoriquement l'ensemble des citoyens, n'avait aux yeux d'une majorité de citoyens nul besoin de protection. Elle était l'affaire de tous ¹⁷⁵.

Un avant-projet de réforme du Code pénal fédéral de 1890 avait déjà prévu l'introduction d'un délit de provocation à la désobéissance militaire ¹⁷⁶. En 1901, le Conseil fédéral proposa de compléter immédiatement le Code pénal par une disposition à peu près semblable ¹⁷⁷. Les raisons qui le poussaient à créer séparément un tel délit étaient, à vrai dire, peu consistantes. Le message se contentait de relater un article paru dans un journal socialiste, *Le peuple*, de Genève, qui incitait les soldats, à l'occasion d'une levée de troupes, à ne subir aucun affront de la part de leurs officiers et à se faire justice eux-mêmes en cas de besoin. L'affaire n'avait pas eu de suite. Aussi le projet de loi ne reçut qu'un accueil très mitigé au Parlement ¹⁷⁸. Au Conseil national, l'entrée en matière ne fut votée que par 64 voix contre 39. On ne croyait pas à un danger sérieux pour l'ordre public, on voyait dans la loi une mesure peu

libérale et surtout peu populaire. Le Parlement accepta cependant la loi. Mais après qu'une demande de référendum eut abouti, le nouveau délit fut nettement rejeté par le peuple par 264 085 non contre 117 694 oui ¹⁷⁹.

Après un résultat aussi clair, il était étonnant que le Conseil fédéral revînt déjà à la charge, le 18 juin 1906 ¹⁸⁰. La situation avait, à vrai dire, empiré. A plusieurs reprises, la troupe avait dû intervenir pour réprimer des manifestations ouvrières, notamment à l'occasion de grèves ¹⁸¹. Ces interventions avaient naturellement suscité un renouveau de la propagande antimilitariste. Dans son message, le Conseil fédéral pouvait mentionner de nombreux cas d'incitations ouvertes à l'indiscipline et au refus de servir : en premier lieu la réunion du parti socialiste suisse à Olten dont une résolution protestait contre l'emploi de l'armée dans les grèves et recommandait à tous les soldats de ne pas s'en prendre aux grévistes ¹⁸².

Un manifeste, adressé à des recrues par un groupe antimilitariste de Lausanne et cité par le Conseil fédéral, mettait bien en lumière les raisons de l'hostilité ouvrière à l'armée. « Chaque fois que les travailleurs tentent d'obtenir par la grève quelques maigres avantages, c'est à la troupe qu'ils ont affaire. A chaque pas le gréviste se heurte aux soldats. Du jour où les travailleurs voudraient réclamer leur part des richesses sociales dont ils sont les producteurs, fusils, baïonnettes seront envoyés contre eux. Camarade, réfléchis à ce que tu dois faire ¹⁸³. »

Les effets d'une telle propagande étaient limités, sans être nuls. Lors de la grève générale de Genève en 1902, certains soldats ne répondirent pas à la levée de troupe ; ils furent condamnés. Charles Naine, avocat à La Chaux-de-Fonds, refusa de servir, il fut imité par quelques dizaines de citoyens ¹⁸⁴. Mais, dans une situation aussi troublée, c'était peu. Aussi n'était-il pas surprenant que le Parlement ne témoignât aucun empressement à se saisir du projet. Le texte remanié ne fut adopté par le Conseil des Etats qu'en 1908 ¹⁸⁵. Le Conseil national mit plus longtemps encore. Finalement, il décida de ne pas entrer en matière en raison de la proximité du Code pénal suisse ¹⁸⁶. C'était l'argument rêvé pour enterrer un projet peu populaire ¹⁸⁷.

Pendant la Première Guerre mondiale, le Conseil fédéral, en vertu de ses pleins pouvoirs, édicta diverses ordonnances réprimant l'incitation à la désobéissance ¹⁸⁸. A défaut d'autres dispositions légales, les meneurs de la grève générale tombèrent sous le coup de l'ordonnance du 11 novembre 1918 ¹⁸⁹ qui réprimait un tel délit.

Mais, après la fin des pleins pouvoirs, le problème se posa à nouveau. Une tentative de réintroduire dans la première loi Hæberlin l'incitation à la désobéissance militaire (art. 4) échoua avec l'ensemble de la loi. Nous avons déjà mentionné que la seconde loi Hæberlin fut complétée par deux amendements parlementaires. L'un d'eux, l'amendement Gafner, dépassait l'incitation en proposant de punir déjà les fausses allégations de nature à saper la discipline militaire ¹⁹⁰. Le Conseil national l'adopta sous une forme un peu modifiée ¹⁹¹, malgré une vive opposition socialiste ¹⁹². Cet amendement joua un rôle décisif dans la campagne référendaire socialiste et, finalement, dans le rejet de la loi par le peuple.

Une dernière tentative de protéger l'armée, sous la forme d'une initiative constitutionnelle émanant des milieux frontistes, ne fut même pas soumise au peuple. Le Conseil fédéral jugea abusif, voire provocateur, le fait de proposer à nouveau un texte qui venait d'être rejeté. Après être restée longtemps en suspens, cette initiative fut finalement retirée après la guerre ¹⁹³.

Ainsi, jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la provocation à la désobéissance militaire, du moins si elle émanait de personnes civiles, resta impunie ¹⁹⁴.

Le peuple avait montré clairement qu'il ne voulait pas créer de délit d'opinion pour protéger l'armée.

LA LÉGISLATION D'EXCEPTION DU CONSEIL FÉDÉRAL 1938-1950

Il n'est pas nécessaire de retracer ici dans quelle situation critique la Seconde Guerre mondiale plaça la Confédération. Disons simplement que pendant plus de six ans le pays fut menacé dans son existence, du moins dans son indépendance politique et économique.

Comme elle l'avait fait durant la Première Guerre mondiale, l'Assemblée fédérale témoigna sa confiance au Conseil fédéral en lui déléguant le pouvoir législatif d'une manière très large. Le 30 août 1939, elle prenait un arrêté dont l'article 3 était ainsi formulé : « L'Assemblée fédérale donne au Conseil fédéral pouvoir et mandat de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et pour assurer l'alimentation publique ¹⁹⁵. »

Mais l'arrêté ne transférait pas seulement l'essentiel du pouvoir législatif à l'exécutif, il donnait au Conseil fédéral le droit, si besoin était, de ne s'en tenir ni aux lois ni même à la Constitution fédérale dans l'accomplissement de sa tâche. Tel fut du moins l'avis du Tribunal fédéral ¹⁹⁶.

Durant cette période, le Conseil fédéral édicta une législation qui suspendait pratiquement la liberté d'opinion et qui marquait en même temps le déclin du droit pénal. Tout l'accent fut mis sur le contrôle administratif — contrôle de la presse, des assemblées politiques, interdiction de partis politiques. Si les mesures pénales foisonnaient cependant, elles n'avaient plus pour mission que de sanctionner le droit administratif, au mieux de le compléter.

De nombreuses dispositions créaient des délits d'opinion. Citons l'ACF du 20 janvier 1939 réprimant l'incitation au boycott économique d'Etats étrangers (art. premier) ¹⁹⁷, l'ACF du 4 décembre 1939 interdisant dans l'armée la propagande contraire à l'ordre public ¹⁹⁸, l'ACF du 6 août 1940 interdisant toute activité communiste ou anarchiste ¹⁹⁹,

l'ACF du 29 juillet 1941 réprimant les infractions de nature à compromettre les relations avec l'étranger ²⁰⁰, l'ACF du 4 août 1942 punissant les fausses nouvelles (art. 2), la propagande contre la neutralité (art. 3) et contre l'indépendance (art. 4) ²⁰¹, enfin l'ACF du 1^{er} juin 1943 réprimant les infractions aux interdictions de partis ²⁰². A cette liste, il convient d'ajouter l'important arrêté du 5 décembre 1938 instituant des mesures pour protéger la démocratie ²⁰³. Précédant les pleins pouvoirs, il constituait néanmoins l'une des pièces maîtresses du système répressif évoqué ci-haut.

Tous les éléments de cette législation n'ont pas la même importance. Aussi n'analyserons-nous que ceux qui nous paraissent significatifs. Car avant d'entrer dans certains détails, il faut comprendre que cette législation pénale avait un but général : soustraire à des critiques trop vives les principes et les institutions essentiels de notre système politique. Devant la pression militaire, politique et économique des pays de l'Axe, le Conseil fédéral jugeait trop dangereux de laisser toute liberté aux doctrines et aux menées extrémistes.

Certaines valeurs au moins devaient demeurer temporairement indiscutées. A l'extérieur, l'indépendance et la neutralité du pays, à l'intérieur, la démocratie et les libertés individuelles. Aussi la législation que nous avons mentionnée porte-t-elle atteinte à la liberté d'opinion pour protéger les institutions traditionnelles et non pour en imposer de nouvelles. Elle est conservatrice. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elle ait frappé, à gauche, le communisme, à droite, les divers mouvements inspirés du national-socialisme ou du fascisme.

CHAPITRE PREMIER

Les mesures visant la propagande nationale-socialiste

Dans sa législation d'exception, le Conseil fédéral n'a jamais frappé la doctrine nationale-socialiste ou fasciste en tant que telle — eût été d'ailleurs fort difficile en raison des multiples variantes auxquelles ces idées avaient donné lieu en Suisse. Il s'est contenté de réprimer les manifestations de ces doctrines qui lui semblaient les plus dangereuses pour la sécurité du pays.

De par son origine et son application, l'ACF du 5 décembre 1938 fut essentiellement dirigé contre les doctrines d'extrême droite inspirées du national-socialisme. Il entra en vigueur sitôt connus les résultats d'une vaste opération de police dirigée contre certains mouvements frontistes impliqués dans des affaires d'espionnage ²⁰⁴.

L'arrêté punissait le fait de favoriser une propagande étrangère tendant à modifier les institutions politiques de la Suisse (art. 1₂). Il permettait aux instances judiciaires de trancher sans avoir à se prononcer sur le choix des moyens préconisés par le national-socialisme pour atteindre ses fins ²⁰⁵. Le cas est particulièrement clair dans l'arrêt *Schaad et Janser*, du 5 février 1940 ²⁰⁶. Les inculpés, gagnés aux idées nationales-socialistes, avaient décidé d'organiser une tournée de propagande dans la ville de Soleure et parmi les paysans de l'Emmental. Ils s'étaient tournés, dans ce but, vers l'Allemagne, réclamant un orateur et le matériel nécessaire. Le fait de propagande était patent. Le Tribunal fédéral n'avait plus qu'à examiner si une telle campagne avait pour but de changer les institutions politiques. Il se prononça affirmativement. « Il ne saurait y avoir de doute, déclara-t-il, que la conception d'origine étrangère de l'Etat national-socialiste soit en contradiction avec l'idée de l'Etat helvétique. Il est certain que la diffusion de cette doctrine tend nécessairement à un changement de nos institutions politiques, car celui qui veut réaliser le national-socialisme en Suisse doit viser à supprimer le Parlement, le principe de la séparation des pouvoirs, le pluralisme des partis et les libertés individuelles ²⁰⁷. » Mais il ne semble pas qu'on ait fait

un usage abondant de cette disposition ²⁰⁸ qui ne punissait que la propagande organisée et inspirée servilement de l'étranger ²⁰⁹.

L'article 2 de l'arrêté allait plus loin. Il punissait de simples expressions d'opinions : les informations inexactes ou déformées (art. 2₁), le dénigrement systématique des fondements démocratiques (art. 2₂) et l'incitation à la haine raciale, nationale ou religieuse (art. 2₃). Ainsi permettait-il de réprimer les excès caractéristiques de la propagande frontiste, même si elle se réclamait, par ailleurs, de tradition nationale. Mais cette disposition ne joua qu'un rôle complémentaire. Le contrôle de la presse et des assemblées politiques permettait de filtrer beaucoup plus sûrement les excès de langage des extrémistes de droite. Dans l'arrêt *Schaad et Janser* déjà cité, le Tribunal fédéral fit d'ailleurs une application restrictive de l'article 2₂ en refusant d'assimiler au dénigrement des fondements démocratiques, les injures adressées au Conseil fédéral et les jugements dépréciatifs sur la neutralité suisse. L'influence de la propagande frontiste était particulièrement redoutable dans l'armée où elle ne pouvait manquer de susciter le défaitisme. Aussi, le Conseil fédéral fit-il un pas de plus en interdisant, à l'égard des membres de l'armée, la propagande qui mettait en péril l'indépendance du pays ou qui tendait à modifier d'une manière illicite l'ordre constitutionnel (ACF du 4 décembre 1939 interdisant dans l'armée la propagande contraire à l'ordre public) ²¹⁰. Par rapport à l'arrêté du 5 décembre 1938, l'interdiction était plus large, elle frappait aussi la propagande frontiste dite nationale, elle visait en outre de simples discussions privées ²¹¹, sans exiger une action systématique ²¹².

Par la suite, le Conseil fédéral interdit de manière générale toute propagande tendant à sacrifier la neutralité ou à saper la volonté d'indépendance du pays (ACF du 4 août 1942, art. 3 et 4).

En sanctionnant pénalement les diverses interdictions des mouvements d'inspiration nationale-socialiste, le Conseil fédéral prenait enfin une mesure encore plus générale. Il frappait des extrémistes en raison de leur simple appartenance à une formation politique ²¹³. Mais la difficulté d'appliquer le droit pénal dans ce domaine se révéla insurmontable. Sur le plan administratif, déjà, l'interdiction des partis d'extrême droite fut un échec. Par un jeu de dissolution volontaire, de fusion et de scission, les milieux frontistes surent constamment se regrouper sous des étiquettes différentes sans qu'on sût jamais le lien exact entre ces diverses formations. A notre connaissance, le Conseil fédéral n'a jamais tenté de rechercher une filiation permettant d'appliquer des sanctions pénales.

L'interdiction de la propagande communiste

La répression pénale de la propagande communiste fut beaucoup moins nuancée que celle des milieux frontistes. Le Conseil fédéral fit interdire successivement toute propagande communiste dans l'armée (ACF 4 décembre 1939) ²¹⁴, puis d'une manière générale toute activité communiste (ACF 6 août 1940) ²¹⁵. Peu après, le parti communiste fut dissous ²¹⁶. Il était plus facile d'agir contre le parti communiste dont l'organisation et la doctrine étaient connues, que contre une multitude d'organismes d'extrême droite, le plus souvent concurrents, et dont les aspirations n'étaient souvent qu'à demi formulées.

L'ACF du 6 août 1940 fut la base de la répression pénale. Il punissait, d'une part, la poursuite de l'activité du parti communiste ou de ses organismes de remplacement (art. 2₁), d'autre part, la propagande communiste individuelle (art. 2₂).

L'arrêt *Hofmaier*, du 1^{er} février 1943, illustre cette distinction ²¹⁷. Hofmaier et Woog, membres du parti communiste clandestin, avaient commandé à la coopérative d'imprimerie à Genève, divers tracts et brochures communistes ainsi que deux livres, *L'anti-Dühring* de Engels et un roman de Ostrowski. Le Tribunal fédéral admit que ces deux derniers ouvrages ne pouvaient être assimilés à la propagande communiste ; mais, ajouta-t-il, l'activité dans le cadre du parti communiste est interdite, même si elle sert seulement à fournir des fonds au parti, à maintenir en activité ses organes auxiliaires (librairie, colportage, agents de diffusion). En revanche, Nicole, Graisier et Bartocha, qui n'appartenaient pas au parti communiste, furent acquittés du chef de l'impression des deux ouvrages mentionnés ci-dessus, et seulement condamnés pour propagande communiste individuelle, du fait de l'impression des autres brochures de propagande.

En punissant la propagande communiste individuelle, les autorités judiciaires couraient le risque de condamner déjà la simple approbation de l'une ou l'autre des thèses de la doctrine communiste. Mais le Tribunal

l'édéral se rallia à une interprétation assez restrictive de l'arrêté. Certes, il n'était pas nécessaire, à ses yeux, que la propagande se rélérât expressément au parti communiste ; il suffisait qu'elle en reprît les thèmes principaux. Mais il fallait qu'il s'agit des buts immédiats et spécifiques du parti communiste ²¹⁸. Il était dès lors possible de défendre l'étatisation des moyens de production, de prôner l'abolition de la propriété privée ou du droit d'héritage, sans transgresser l'interdiction de propagande, car ces buts qu'on retrouve dans la philosophie de Platon, la religion chrétienne ou la doctrine socialiste, ne constituaient pas le fondement de la dissolution du parti communiste ²¹⁹. Le Tribunal fédéral entendait viser, non pas les fins supérieures du parti communiste, mais les moyens qu'il préconisait pour atteindre ses idéaux, à savoir le renversement violent de l'ordre constitutionnel ²²⁰.

* * *

Il est étonnant de constater aujourd'hui avec quelle lenteur les mesures de plein pouvoir limitant la liberté d'opinion, sur le plan pénal, ont disparu ou repris le chemin du droit commun.

Certes, un ACF du 27 février 1945 mit fin aux interdictions de partis politiques et abrogea une partie des dispositions que nous avons mentionnées ²²¹, mais, en même temps, il reprenait, à peine modifié, l'ACF du 5 décembre 1938 qu'il fallut encore proroger par arrêtés du 7 mars 1947 ²²² et du 29 octobre 1948 ²²³. C'est que le Conseil fédéral entendait agir prudemment et compenser l'abolition des restrictions administratives par le maintien, voire le renforcement du droit pénal. Ainsi, trois ans après la fin du conflit, subsistaient des délits d'opinion aussi marqués que le dénigrement des institutions démocratiques, les informations inexactes ou tendancieuses, ou la propagande de nature à troubler l'ordre constitutionnel. Cette situation n'était pas normale. Dès 1945, l'Assemblée fédérale avait ordonné au Conseil fédéral d'abroger le droit d'exception qui n'était pas réellement indispensable ²²⁴. Il était temps de rentrer dans la légalité en protégeant l'Etat, soit par une loi spéciale en suivant les voies législatives normales, soit par une réforme du Code pénal suisse jugé déjà insuffisant. Lors des débats précédant l'approbation de l'ACF du 29 octobre 1948, le conseiller national Huber, au nom de la fraction

socialiste, avait fait remarquer que cette législation ne respectait pas les droits du peuple et du Parlement ²²⁵. Le Conseil fédéral rejetait d'emblée l'idée d'une loi spéciale ; les échecs cuisants de l'avant-guerre lui restaient encore en mémoire. On s'acheminait donc vers une réforme du Code pénal suisse mis en vigueur pendant la guerre.

LES DÉLITS D'OPINION DU CODE PÉNAL SUISSE

Le 3 juillet 1938, le peuple suisse adoptait à une faible majorité le Code pénal suisse qui consacrait l'unification du droit pénal au sein de la Confédération. Le Code entra en vigueur le 1^{er} janvier 1942. Il ne laissait plus aux cantons que le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne faisaient pas l'objet de la législation fédérale, d'édicter des peines pour assurer l'exécution du droit administratif et fiscal cantonal, ainsi que de la procédure (art. 335 CPS).

Mis en chantier en 1890 déjà par Carl Stoos, le Code pénal avait fait l'objet de plusieurs avant-projets et de nombreux débats aux Chambres fédérales. Au moment de son entrée en vigueur, en pleine guerre mondiale, il passait pour le reflet d'une époque qualifiée, à tort ou à raison, de tranquille. Il reflétait, en tout cas, un esprit libéral assez anachronique dans un temps de lutte armée, doublée de conflits idéologiques. Aussi n'est-il pas étonnant que sa partie réservée aux délits contre l'Etat parût rapidement insuffisante.

Le Code contenait fort peu d'infractions frappant déjà une activité verbale. Il renfermait seulement les délits actuels de provocation publique au crime (art. 259), d'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276), d'outrage aux Etats étrangers (art. 296) et une disposition fossile, l'atteinte à la liberté de croyance et de conscience (art. 261) : sorte d'atteinte à l'honneur sur le plan religieux, reliquat d'une longue période de luttes confessionnelles et d'intolérance. Il respectait donc la liberté d'opinion en ne frappant que l'incitation à des actes illicites bien définis et certains écarts de langage dans l'intérêt de la diplomatie et de la paix religieuse.

A cette liste viennent s'ajouter aujourd'hui les délits d'opinion introduits par la révision du Code pénal suisse du 5 janvier 1950 : les informations inexacts ou tendancieuses destinées à l'étranger (art. 266 *bis*), la propagande révolutionnaire étrangère (art. 275 *bis*), la participation à un groupement illicite (art. 275 *ter*)²²⁶. Autant de dispositions directement issues du droit d'exception que nous venons d'évoquer. Le

malheur voulut, en effet, que le sort de cette législation se jouât en pleine guerre froide. Pour justifier sa reprise dans le droit commun, le Conseil fédéral n'hésita pas à tirer une parallèle entre la situation politique de la Suisse et celle de la Tchécoslovaquie où les communistes venaient de prendre le pouvoir par un coup d'Etat quasi légal ²²⁷. Dans ce climat d'insécurité, l'abolition pure et simple du droit d'exception parut impossible ; les Chambres fédérales acceptèrent sans grandes discussions et sans trop le modifier le projet du Conseil fédéral ²²⁸. Et, pour la première fois, le peuple resta sans réaction devant un projet qui limitait la liberté d'opinion.

Avec un peu de recul, il est permis de penser aujourd'hui qu'on eût pu se passer d'une telle révision. La rédaction des nouvelles dispositions, beaucoup trop vague, ne fait pas honneur à la science juridique ; les quelques décisions judiciaires qu'on en a tirées n'enlèvent pas la conviction, elles confirment au contraire une atteinte à la liberté d'opinion sans qu'en contrepartie la sécurité de l'Etat soit vraiment en péril. Une disposition, en apparence anodine, de la loi fédérale sur la procédure pénale permet heureusement de limiter efficacement la répression. L'article 105 soumet à l'approbation du Conseil fédéral la poursuite judiciaire des délits politiques. Il pose le principe d'opportunité ²²⁹. La réserve est d'importance, puisque la plupart des délits d'opinion du Code pénal suisse sont en même temps des délits politiques ²³⁰. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral a fait un usage extrêmement prudent et limité de son droit de poursuite. Dans la période de tension extrême précédant le coup d'Etat de Prague, il n'a frappé que quelques têtes, à titre d'exemple ²³¹. Encore n'est-il pas sûr que de tels procès se renouvellent en raison des protestations publiques qu'ils susciterent ²³².

CHAPITRE PREMIER

Les expressions d'opinions portant atteinte à la sûreté de l'Etat

1° Opinions subversives et trahison (art. 266)

Celui qui aura commis un acte tendant à porter atteinte à l'indépendance de la Confédération ou à mettre en danger cette indépendance ou à provoquer de la part d'une puissance étrangère, dans les affaires de la Confédération, une immixtion de nature à mettre en danger l'indépendance de la Confédération, sera puni de la réclusion ou de l'emprisonnement pour un à cinq ans ²³³.

L'actuelle disposition réprimant la trahison doit son origine à un événement historique bien précis : la campagne sécessionniste menée par certains milieux tessinois groupés autour du journal *L'Adula*. C'est devant l'impuissance de l'ancien Code pénal fédéral à sanctionner une campagne de presse qui proposait en termes à peine voilés le rattachement du Tessin à l'Italie, que le Conseil fédéral proposa d'élargir le délit de trahison ²³⁴. Le Parlement adopta la lex Columbi du 8 octobre 1936, dont le contenu sera repris sans modification par le Code pénal suisse sous l'article 266 ²³⁵.

Malgré ses origines, le délit de trahison ne semble pas créer, à première vue, de délit d'opinion. Il n'est pas usuel que par « acte » on entende une simple activité verbale. La jurisprudence adoptée par les tribunaux pendant la guerre laissait pour le moins la question en suspens. L'article 266 joua alors un rôle important à l'égard de multiples groupements d'inspiration nationale-socialiste, dont l'activité consistait à favoriser un alignement de la Confédération sur le nouvel ordre européen, par un rattachement au Reich hitlérien. Deux jugements du Tribunal fédéral nous sont partiellement connus ²³⁶. Ils définissent les éléments constitutifs de la trahison. Aux yeux de la Cour pénale fédérale, la Confédération jouit de l'indépendance aussi longtemps qu'elle existe comme Etat

autonome et qu'elle peut régler ses affaires intérieures en toute liberté ²³⁷. L'atteinte à l'indépendance n'exige donc pas nécessairement l'incorporation de la Suisse à un Etat étranger ; l'immixtion provoquée d'un gouvernement, voire d'un parti étranger, dans la situation intérieure suffit.

Pour définir la gravité de l'atteinte, le Tribunal fédéral choisit une voie moyenne. Il n'était pas nécessaire que l'acte de trahison suscitât un danger imminent ; il n'était pas suffisant que ce danger fût seulement possible ²³⁸. Il fallait que le danger soit probable, que, d'après le cours normal des choses, la situation créée tendît, avec ou sans le concours de l'auteur, à se développer jusqu'à impliquer une atteinte à l'indépendance ²³⁹. Certes, le Tribunal fédéral n'excluait pas expressément qu'une simple opinion pût constituer un acte de trahison, mais, en citant à titre d'exemple des actes préparatoires, il ne mentionnait que des actes matériels. En raison de la gravité de la peine minimale, un acte de propagande de peu d'importance n'était en tout cas punissable que s'il faisait partie d'une entreprise, c'est-à-dire d'un ensemble d'efforts concertés ²⁴⁰.

La question n'était donc pas clairement résolue jusqu'à ce que la Cour pénale rendit son jugement dans l'affaire *Nicole*, le 1^{er} décembre 1951 ²⁴¹. Le corps du délit était constitué par une série d'articles parus dans la *Voix ouvrière*, dans laquelle le rédacteur communiste Pierre Nicole, sous le titre « La situation », traitait régulièrement de la politique internationale. Nicole s'était livré dans son journal à de violentes attaques contre le Conseil fédéral, l'accusant notamment d'abandonner la neutralité, de pousser peu à peu le pays dans le camp des « impérialistes américains » en recherchant une collaboration militaire avec les Etats-Unis. Ces affirmations, dans le climat de guerre froide des années 1950-1951, avaient naturellement trouvé un large écho dans les pays communistes. Un article avait même été traduit en tchèque et en allemand. Le 1^{er} décembre 1951, la Cour pénale fédérale condamna Pierre Nicole pour trahison (art. 266) et calomnie (art. 174) à quinze mois d'emprisonnement ²⁴². Elle semble avoir jugé que la gravité des accusations formulées à l'égard du Conseil fédéral, l'écho qu'elles avaient trouvé à l'étranger dans une situation internationale déjà troublée, créaient un danger suffisamment probable pour réaliser la trahison ²⁴³. Elle admit également que Nicole avait rédigé ces articles dans le but de provoquer une intervention étrangère dans les affaires intérieures de la Suisse. C'était aller jusqu'au bout de l'interprétation d'un texte élastique qu'on eût dû appliquer en tenant mieux compte de la liberté de la presse ²⁴⁴.

2° Les informations inexactes ou tendancieuses qui portent atteinte à la sécurité extérieure (art. 266 bis)

Celui qui, à l'effet de provoquer ou de soutenir des entreprises ou menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse... aura lancé ou propagé des informations inexactes ou tendancieuses, sera puni de l'emprisonnement pour cinq ans au plus ²⁴⁵.

L'article 266 bis doit son origine à la législation d'exception prise par le Conseil fédéral en vertu de ses pleins pouvoirs et destinée à assurer la sécurité de la Confédération ²⁴⁶.

Dans son message du 20 juin 1949, le Conseil fédéral proposa de maintenir cette disposition. « Les informations inexactes doivent être punissables en temps normal, disait-il, si elles s'adressent à l'étranger. Cette forme de médisance constitue en définitive une atteinte à la sécurité du pays ²⁴⁷. » Dans l'esprit de la révision, l'article 266 bis devait être une disposition complémentaire de la trahison. Cette disposition ne souleva au Parlement que l'opposition des députés communistes, elle fut acceptée sans grands débats ²⁴⁸.

Jusqu'à maintenant, l'article 266 bis n'a fait l'objet que d'une seule décision judiciaire ²⁴⁹. Le journaliste communiste Arnold, rédacteur du *Vorwärts*, avait pris part à Budapest, en 1951, au Comité exécutif de l'Internationale des journalistes, de tendance communiste. Le congrès avait pour tâche de discuter de la contribution de la presse à la paix mondiale. Parlant en qualité de représentant des délégués suisses, Arnold avait rapporté sur la nature et les effets de la propagande belliqueuse américaine en Suisse. Son discours reprenait les thèmes habituels de la propagande communiste tendant à présenter la Suisse comme un centre d'espionnage et de propagande belliciste américaine. Il accusa en outre le Conseil fédéral de prévoir une politique de réarmement, certains milieux de l'armée de désirer l'abandon du statut de neutralité. Son discours fut diffusé par la radio et la presse hongroise.

Le 28 avril 1953, la Cour pénale fédérale condamna Arnold à huit mois d'emprisonnement pour informations inexactes et tendancieuses destinées à l'étranger. Le chef d'accusation de trahison fut abandonné faute de preuves dans l'intention. La Cour pénale n'eut pas de peine à établir la fausseté ou le caractère tendancieux des informations données par Arnold à l'appui de ses thèses. Elle admit aussi qu'en agissant ainsi, le

prévenu ne pouvait qu'avoir pour but de susciter une attitude hostile à la Suisse dans la presse étrangère, c'est-à-dire des menées contre la sécurité du pays.

Une telle application de l'article 266 bis n'appelle pas d'objection. La répression des informations mensongères n'est pas contraire aux exigences de la liberté. Il incombe cependant aux tribunaux de ne pas étendre abusivement la notion d'information. La publication d'un fait caractérise l'information ; l'appréciation d'un élément de fait relève déjà du jugement de valeur. Bien que la distinction entre le fait et l'opinion soit souvent fort délicate, il est souhaitable qu'une distinction libérale soit établie afin qu'on ne sanctionne pas à nouveau de manière détournée de simples opinions.

3° La propagande étrangère révolutionnaire (art. 275 bis)

Celui qui aura fait une propagande étrangère tendant à renverser par la violence l'ordre constitutionnel de la Confédération ou d'un canton, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende ²⁵⁰.

La répression de la propagande révolutionnaire étrangère est aussi une réminiscence du droit d'exception de la Seconde Guerre mondiale. Le coup d'Etat de Prague incita le Conseil fédéral à proposer son introduction dans le Code pénal suisse. Le texte proposé par le Conseil fédéral reprenait sans modification celui de l'ACF du 29 octobre 1948 (art. 6). Il allait donc fort loin puisqu'il punissait la propagande nationale comme celle d'origine étrangère ; qu'il suffisait qu'une telle propagande portât atteinte de manière illicite à l'ordre constitutionnel ²⁵¹. La disposition semblait assez large pour englober l'ensemble de la propagande communiste, et d'une manière plus générale, tout programme politique dont la réalisation ne respecterait pas les voies constitutionnelles.

Ce texte, déjà approuvé par le Conseil des Etats ²⁵², fit l'objet d'une vive opposition du parti socialiste au Conseil national. Le député Roth, au nom de la fraction socialiste, dénonça le non-sens d'une reprise quasi intégrale du droit d'exception, alors que la situation politique s'était profondément modifiée. Il y voyait la manifestation d'un perfectionnisme juridique sans égard aux garanties constitutionnelles de la liberté d'opinion ²⁵³. Après que le Parti socialiste suisse eut brandi la menace

d'une demande de référendum, le Conseil national renvoya le texte à une commission ²⁵⁴. Le nouveau texte, l'actuel article 275 *bis*, était un compromis. Il ne visait plus que la propagande étrangère révolutionnaire. Il ne s'imposa du reste qu'après une vive opposition du Conseil des Etats qui désirait réprimer aussi la propagande révolutionnaire d'inspiration nationale. La menace de référendum populaire eut cependant raison d'un Parlement qui avait peine à se défaire de la législation d'exception ²⁵⁵.

On peut se demander ce qui distingue la propagande d'une simple expression d'opinion. Toute opinion n'est-elle pas susceptible d'être partagée, et exprimée dans l'esprit de convaincre autrui. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a donné une définition très large de la propagande. Il s'agit objectivement de tout acte perceptible à autrui qui sert non seulement à exprimer des idées, mais à les propager, donc à agir sur autrui, à le convaincre ou à renforcer ses convictions ²⁵⁶. Il y aurait donc propagande chaque fois que la volonté d'influencer autrui est déterminante. Ce qui permet au Tribunal fédéral d'exclure de cette notion l'enseignement, le simple échange d'idées. Inutile de souligner que cette différence est ténue, qu'en réalité l'interdiction de propagande crée un délit d'opinion extrêmement grave qui frappe tous les défenseurs d'une doctrine.

Mais l'article 275 *bis* ne réprime pas n'importe quelle propagande hostile aux institutions étatiques. Il ne vise que la propagande révolutionnaire, c'est-à-dire celle qui tend à renverser par la violence l'ordre constitutionnel, sans qu'il en résulte nécessairement un danger direct et imminent.

Seconde restriction : la propagande doit être étrangère. Puisqu'il s'agit de défendre, sur le plan interne, l'Etat, il peut paraître paradoxal que seule la propagande étrangère soit punie. En réalité cette restriction apportée par le Parlement n'est pas entièrement saugrenue. Au vu de l'expérience, il paraît fondé d'admettre qu'une doctrine dont la substance et la force de pénétration émanent de l'étranger, est plus dangereuse pour la sécurité de notre Etat fédéral qu'un mouvement purement interne.

L'article 275 *bis* n'a fait l'objet, jusqu'à présent, d'aucune décision judiciaire. Sagesse gouvernementale? Sagesse aussi des milieux extrémistes pour qui l'ère révolutionnaire semble révolue?

4° La participation à un groupement illicite (art. 275^{ter})

Celui qui aura fondé un groupement qui vise ou dont l'activité consiste à accomplir des actes réprimés par les art. 265, 266, 266 bis, 271-274, 275 et 275 bis; celui qui aura adhéré à un tel groupement ou se sera associé à ses menées; celui qui aura provoqué à la fondation d'un tel groupement ou se sera conformé à ses instructions, sera puni de l'emprisonnement ²⁵⁷.

L'article 275^{ter} a pour origine une disposition sur le complot punissant la participation à un groupement dont l'activité aurait pour but la haute trahison, la trahison ou l'espionnage ²⁵⁸.

Sans trop réfléchir, le Parlement, lors de la revision du Code pénal suisse, a adjoint à ces activités prohibées de véritables délits d'opinion (art. 266 bis, 275 bis) ²⁵⁹. Il a par là changé le sens de cette disposition. Autrefois applicable seulement aux membres d'un complot ou d'un réseau d'espionnage, l'article 275^{ter} peut maintenant viser des groupements politiques entiers. Il suffit en effet que le programme d'action d'un parti se réfère à des thèses révolutionnaires étrangères, que ses dirigeants adressent à l'étranger des informations jugées inexactes ou tendancieuses, pour que non seulement les chefs responsables, mais l'ensemble des adhérents tombent sous le coup de l'article 275^{ter} ²⁶⁰.

Il est probable que ni le Parlement ni même le Conseil fédéral n'avaient envisagé une application aussi rigoureuse de l'article 275^{ter}. Il eût mieux valu cependant qu'une telle disposition ne figurât pas dans le Code pénal suisse ²⁶¹. Dans la mesure où la poursuite pénale dépend en définitive de l'approbation du Conseil fédéral, il est d'ailleurs fort improbable que ce dernier entende frapper la propagande d'un parti dont l'existence est reconnue. L'article 275^{ter} ne servirait donc qu'à réprimer, en matière politique, l'action d'un parti interdit. Mais pour ce faire, il n'était pas besoin d'une disposition aussi ambiguë.

5° La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276)

Celui qui aura publiquement provoqué à la désobéissance à un ordre militaire, à une violation des devoirs de service, au refus de servir ou à la désertion; celui qui aura incité une personne astreinte au service à commettre une de ces infractions, sera puni de l'emprisonnement ²⁶².

Nous avons déjà rappelé avec quelle difficulté une disposition de cette nature s'est imposée dans le droit pénal suisse. Rejetée en 1903 par le peuple, ajournée par le Parlement en 1906, repoussée à nouveau avec la première, puis la seconde loi Hæberlin, elle ne fut admise dans le Code pénal qu'avec beaucoup de réticences par la deuxième commission d'experts ²⁶³.

L'article 276 vise avant tout la propagande antimilitariste. Il punit tout d'abord la provocation publique. La notion de provocation n'est pas aussi claire et précise qu'on pourrait le supposer. Elle consiste aussi bien dans le fait de faire naître une résolution criminelle que de fortifier une résolution déjà existante ²⁶⁴. Il s'agit en définitive de l'invitation à un certain comportement exprimée avec un certain degré d'insistance; il semble bien que l'apologie de la désobéissance suffise ²⁶⁵. La provocation doit être publique. Elle s'adresse donc à un cercle de personnes indéterminé, en tout cas non limité, par tous les moyens d'expression connus (assemblées, cinéma, presse, radio).

L'article 276 punit, en outre, l'incitation, c'est-à-dire le fait de déterminer une personne astreinte au service, prise individuellement, à commettre une infraction militaire ²⁶⁶.

La provocation ou l'incitation doit viser à des délits précis: la désobéissance à un ordre militaire (art. 6 CPM), la violation des devoirs de service (art. 72-80 CPM), le refus de servir (art. 81 CPM) et la désertion (art. 83 CPM). En cas de provocation publique, il suffit que l'appel puisse atteindre des personnes astreintes au service; il n'est pas nécessaire qu'il s'adresse directement aux militaires.

L'article 276 est applicable en temps normal aux civils. En cas de service actif et en temps de guerre, c'est l'article 98 du Code pénal militaire qui est applicable.

Une seule décision judiciaire nous est connue: le jugement du tribunal de Bienne, du 16 novembre 1964, en la cause Annen-Villard. Pierre

Annén, désireux d'agir en vue d'obtenir un statut spécial pour les objecteurs de conscience, avait expédié un appel à plus de deux mille personnes, membres du Mouvement contre l'armement atomique. Il invitait les destinataires à refuser en commun de faire du service militaire aussi longtemps que le service civil ne serait pas introduit en Suisse. Il fut condamné, ainsi que Villard qui lui avait prêté assistance, pour incitation au refus de servir.

L'expression d'opinions portant atteinte aux relations extérieures

art. 296-297

Chaque Etat a intérêt à réprimer sur son territoire les outrages publics aux Etats étrangers de nature à troubler ses relations diplomatiques.

L'article 296 CPS protège les Etats étrangers en la personne de leur chef d'Etat, de leur Gouvernement et de leurs agents diplomatiques ²⁶⁷. La revision du 5 janvier 1950 a encore étendu cette protection aux délégués officiels à une conférence diplomatique siégeant en Suisse et aux représentants d'une institution interétatique ²⁶⁸. L'article 297 protège les institutions interétatiques elles-mêmes si elles sont établies ou siègent en Suisse.

Ces deux dispositions punissent l'outrage, c'est-à-dire l'injure, la diffamation ou la calomnie, à condition qu'il soit public ²⁶⁹. Elles ne dépassent donc pas les limites classiques de la liberté d'opinion à condition qu'on applique à l'outrage les règles en matière de diffamation, c'est-à-dire la preuve de la vérité et l'exception de bonne foi ²⁷⁰.

L'application de ces dispositions pénales est d'ailleurs problématique. On peut penser que les Etats ignorent ou préfèrent ignorer actuellement les outrages dont ils sont l'objet en territoire étranger. Souhaiteraient-ils cependant la punition des coupables que la procédure adoptée par l'article 302 CPS est de nature à les en dissuader. La poursuite est en effet subordonnée à une décision du Conseil fédéral, sur requête de l'Etat outragé. Une telle requête constitue une démarche diplomatique souvent humiliante. Ainsi, dans l'affaire de la feuille anarchiste *Il Risveglio*, l'Italie, tout en protestant contre l'impunité dont jouissait ce journal en Suisse, se refusa à présenter la requête nécessaire à l'ouverture des poursuites. Cet incident provoqua la rupture des relations diplomatiques ²⁷¹.

La poursuite est au surplus toujours aléatoire. Au risque assez théorique d'une fin de non-recevoir, s'ajoute l'éventualité très concrète d'un acquittement devant les tribunaux pénaux. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, en ce domaine, les décisions judiciaires sont rares et anciennes ²⁷².

L'expression d'opinions portant atteinte à la paix publique

1^o La provocation publique au crime (art. 259)

Aucun ordre juridique ne peut tolérer la provocation publique à des actes illicites d'une certaine gravité, sans créer un danger sérieux et imminent pour la paix publique. La liberté d'opinion trouve ici l'une de ses limites naturelles.

L'article 259 continue au fond la législation contre la propagande anarchiste dont nous avons fait mention ²⁷³. Mais sa portée est plus étendue puisqu'il punit la provocation au crime, c'est-à-dire à toutes les infractions passibles d'une peine de réclusion (art. 9 CPS).

Si, par provocation, on entend une invitation pressante à un certain comportement, on peut se demander si la simple apologie d'un crime suffit. En tout cas, une interprétation historique de l'article 259 l'exclut. La Deuxième Commission d'experts a, en effet, renoncé à y mentionner l'apologie ²⁷⁴.

La provocation doit être publique, s'adresser non à certains individus seulement, mais à la foule, par tous les moyens de diffusion qui permettent d'atteindre un cercle indéterminé de personnes. Il importe peu qu'elle soit ou non suivie d'effet. On peut se demander si la provocation à la haute trahison (art. 265) ou à la trahison (art. 266) est réprimée par l'article 259 ou les dispositions précitées qui permettent déjà d'atteindre les actes préparatoires ²⁷⁵. La Cour pénale fédérale semble disposée à n'appliquer que l'article 266 (jugement *Nicole*, RPS, 1954, p. 300 ss).

2^o Les atteintes à la liberté de croyance et des cultes (art. 261)

La Constitution fédérale de 1874, en proclamant l'inviolabilité de la liberté de conscience et de croyance, assure à chacun le libre choix de ses convictions religieuses, sans contrainte d'aucune sorte de l'Etat. Bien

que le texte constitutionnel ne le mentionne pas expressément, la garantie s'étend également à la propagande des opinions religieuses, par la parole ou l'écrit, et à son corollaire, la critique des convictions d'autrui ²⁷⁶.

L'article 49 Cst est donc le fondement de la liberté d'opinion en matière religieuse. Il en assure d'ailleurs le respect sur le plan pénal de façon péremptoire : « Nul ne peut encourir de peine, de quelque nature qu'elle soit, pour cause d'opinions religieuses. »

Ce principe ne s'imposa pas sans difficulté tant que la législation pénale resta de la compétence des cantons. La Constitution ne garantit pas un droit de critique illimité. Elle est d'ailleurs sujette à interprétation. Entre la simple protection de la paix religieuse et celle de la religion et de ses dogmes, le Tribunal fédéral choisit une voie médiane. Il protégea les convictions religieuses contre les propos injurieux, diffamatoires ou calomnieux. Il créa en quelque sorte un délit contre l'honneur religieux ²⁷⁷.

Cette jurisprudence propre à tempérer les excès de langage, sans supprimer le droit de critique, devait finalement s'imposer en droit pénal fédéral.

L'article 261 réprime le fait d'offenser ou de bafouer publiquement et de façon vile les convictions d'autrui en matière de croyance ou de profaner les objets de la vénération religieuse.

Son élaboration fit l'objet de laborieux compromis ²⁷⁸. Finalement, le projet du Conseil fédéral s'imposa au Parlement, face à une minorité catholique qui désirait le maintien des délits de religion, aux socialistes pour qui les convictions religieuses n'avaient nul besoin d'une protection pénale ²⁷⁹.

Tant le titre de cette disposition que sa place parmi les délits contre la paix publique témoignent d'une certaine ambiguïté. L'objet protégé n'est en réalité ni la liberté de croyance ²⁸⁰ ni en premier lieu la paix publique, mais bien les convictions d'autrui en matière de croyance ²⁸¹. Cette formulation volontairement large permet de protéger aussi les convictions athées ²⁸².

Au fait d'exposer au mépris ou au ridicule les convictions d'autrui en matière de croyance, s'ajoutent deux conditions supplémentaires :

1° L'atteinte doit être publique, elle doit avoir été portée à la connaissance de tiers, tant par la parole, l'écrit, l'image que le geste. La Cour suprême de Zurich, dans un arrêt du 9 avril 1943, a jugé que l'envoi du

texte d'un pamphlet religieux à la rédaction de plusieurs journaux suffisait à le rendre public même si aucune publication ultérieure ne survenait ²⁸³. L'exposition en pleine rue d'affiches d'art remplit également cette condition ²⁸⁴.

2° L'atteinte doit être faite de façon vile. Il s'agit d'éviter que des affaires mineures soient l'objet de poursuites. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il s'agissait d'apprécier la grossièreté de l'atteinte de manière objective et non d'après les intentions de son auteur ²⁸⁵. Ainsi, les mobiles de l'artiste ne sauraient justifier, à eux seuls, la représentation publique d'une femme nue, en croix, présentant de troublantes analogies avec l'agonie du Christ ²⁸⁶.

LA RÉGLEMENTATION ADMINISTRATIVE DE LA LIBERTÉ D'OPINION

Si l'on en croit ses détracteurs, le droit administratif a tous les défauts. De nature essentiellement préventif, il paralyse l'exercice de la liberté d'opinion. Il est mis en œuvre par des autorités qui sont à la fois juge et partie, en l'absence parfois de toute procédure. Il est enfin souvent édicté par voie d'ordonnances gouvernementales, à supposer que des décisions d'espèce ne s'appuient pas directement sur un pouvoir général de police.

En admettant même la justesse de ces arguments, il faut bien convenir que sa mise en œuvre représente souvent le seul moyen de sauvegarder l'ordre public ou la sûreté de l'Etat. Il ne suffit pas toujours de punir les propos déplacés, il faut parfois en empêcher l'expression et la diffusion sous peine de troubles. Le responsable n'est d'ailleurs pas toujours sous main de justice, qu'on pense à la littérature et aux films étrangers.

Cela dit, il est vrai que le droit administratif doit rester le droit d'exception de la liberté d'opinion. Le Tribunal fédéral a su limiter le recours à des mesures de cette nature au cas où un danger sérieux, direct et imminent menace l'ordre public. Cette règle vaut à notre avis aussi bien pour la Confédération que pour les cantons.

L'histoire des mesures de police administratives, sur le plan fédéral, confirme d'ailleurs leur caractère provisoire (sous-titre premier). Elles sont généralement édictées par le Gouvernement, à l'occasion d'une menace précise, et destinées, par conséquent, à disparaître sitôt que leur nécessité ne s'impose plus. La période troublée précédant la Seconde Guerre mondiale 1934-1938 (chap. II), le conflit armé (chap. III) ont provoqué une floraison d'atteintes à la liberté d'opinion sur le plan administratif. Le retour à l'équilibre et à la tranquillité les a presque toutes éliminées (chap. IV).

Mais la règle souffre des exceptions. En matière cinématographique, les sanctions pénales jugées inadéquates sont remplacées par une mesure

typiquement administrative : la censure (chap. V). Le recours au droit administratif ne se limite pas, d'ailleurs, aux mesures de police. Dans la gestion des services publics, l'Etat peut entraver la diffusion des idées, influencer abusivement l'opinion publique. Il peut, en outre, en réglant le statut de ses fonctionnaires, restreindre la liberté d'opinion (sous-titre II). Enfin le droit administratif joue un rôle prédominant dans le statut des étrangers, notamment dans les limites apportées au droit de résidence (sous-titre III).

LES MESURES DE POLICE

Remarques préliminaires sur le pouvoir de police de la Confédération

1^o Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Le maintien de l'ordre est généralement une tâche locale qui incombe aux cantons. C'est le cas notamment lorsqu'une manifestation d'opinion trouble la tranquillité ou la sécurité publique ²⁸⁷.

Si la Constitution fédérale ne reconnaît expressément la compétence des cantons qu'en matière de culte (art. 50 Cst), d'association (art. 56), ces derniers jouissent pourtant d'un pouvoir général de police qu'ils peuvent exercer dans les limites tracées par la jurisprudence fédérale, en l'absence même de toute base constitutionnelle ou légale ²⁸⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral a sans cesse réaffirmé la compétence des cantons en matière de censure cinématographique et refusé d'imposer des principes uniformes de censure ²⁸⁹, il a admis l'interdiction d'un parti politique dans un seul canton ²⁹⁰, la suspension d'un journal lors de grèves locales ²⁹¹. En raison de la diversité des institutions politiques, du milieu économique et culturel des cantons, la même expression d'opinion ne présente pas un danger sérieux, direct et imminent partout et en même temps.

Mais la compétence cantonale n'exclut pas une compétence fédérale de même nature. Les Chambres fédérales sont habilitées à prendre des mesures pour sauvegarder la sécurité intérieure, maintenir l'ordre et la tranquillité (art. 85, Cst). Le Conseil fédéral jouit de prérogatives semblables (art. 102₁₀, Cst). Il y a donc compétences concurrentes sitôt que l'ordre public est menacé sur l'ensemble du territoire de la Confédération ²⁹². Les autorités fédérales jouissent par ailleurs d'une compétence exclusive pour sauvegarder la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité du pays (art. 85, art. 102₈₋₉ Cst). Un conflit ne peut surgir que lorsqu'une mesure de police concerne à la fois la sécurité intérieure et extérieure. Un exemple suffit à nous éclairer ²⁹³. Dans le courant de l'été 1938, deux initiatives populaires avaient été lancées dans le canton de Bâle-Ville. L'une, dite socialiste, tendait à interdire un certain

nombre d'organismes étrangers, nationaux-socialistes ou fascistes, nommément désignés ; l'autre, dite bourgeoise, visait de manière plus générale à l'interdiction de tous les groupements s'inspirant de ces doctrines. Un litige en résulta entre la Confédération et le canton. Le Conseil fédéral invoquait la compétence exclusive de la Confédération en matière de sécurité extérieure ; Bâle-Ville, l'article 56 Cst qui lui donnait compétence de régler les abus du droit d'association. Le conflit fut porté devant le Tribunal fédéral conformément à l'article 113₁ Cst.

Dans un arrêt soigneusement motivé, le Tribunal fédéral devait donner raison au Conseil fédéral et attribuer à la Confédération la compétence exclusive de réglementer les associations politiques étrangères. Les initiatives avaient certes pour but de protéger la sécurité intérieure du canton de Bâle-Ville, mais, en visant directement ou indirectement des organisations composées de ressortissants étrangers, elles étaient de nature à aggraver nos relations diplomatiques avec les Etats qui s'inspiraient de ces idéologies. Le Tribunal fédéral estima qu'il n'avait pas à apprécier le degré exact d'incidence de ces initiatives sur la politique extérieure ; il suffisait que l'influence de telles mesures sur notre sécurité extérieure ne fût pas négligeable, qu'en tout cas le Conseil fédéral n'eût point agi de manière arbitraire en revendiquant une compétence exclusive.

2^a Le partage des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral

Un coup d'œil superficiel au texte de la Constitution fédérale suffit à montrer qu'en matière de sécurité extérieure et intérieure, les compétences des Chambres fédérales et du Conseil fédéral se recouvrent.

Une différence d'ordre rédactionnel frappe cependant. Les deux conseils prennent les mesures nécessaires (art. 85_a Cst), le Conseil fédéral ne fait que veiller à la sécurité intérieure, au maintien de la tranquillité et de l'ordre (art. 102_{a-10} Cst). On pourrait en déduire logiquement que les Chambres fédérales édictent les lois de police, tandis que le Conseil fédéral se contente d'en assurer l'exécution par des ordonnances ou des décisions d'espèce. Ce serait en tout cas conforme au principe de la séparation des pouvoirs ²⁹⁴. En réalité, le pouvoir de police du Conseil fédéral va beaucoup plus loin. Le Parlement répugne à prendre des mesures administratives sous forme de loi, tant que la liberté demeure la règle. Il juge, en outre, le Conseil fédéral plus apte à prendre des mesures d'urgence, même sous une forme abstraite et générale. Il résulte donc d'une pratique bien établie que le Conseil fédéral édicte des ordonnances de police indépendantes, basées directement sur l'art. 102_{a-10} Cst ²⁹⁵.

Cette pratique a été approuvée au moins une fois par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt audacieux ²⁹⁶, la Cour de cassation pénale n'hésita pas à interpréter l'article 102, Cst de façon résolument finaliste : « Si la constitution confie au Conseil fédéral, au côté de l'Assemblée fédérale, le soin de la sécurité extérieure, déclara-t-elle, on doit admettre qu'elle lui accorde les moyens de remplir sa mission. Le constituant ne pouvait ignorer que le maintien de l'indépendance exige, suivant les circonstances, une intervention rapide ; il ne peut avoir eu l'intention de faire échouer l'action du Conseil fédéral par le jeu des règles de compétences fixées dans la Constitution. C'est pourquoi, on ne saurait admettre que l'Assemblée fédérale ait seule le pouvoir d'édicter des prescriptions générales ²⁹⁷. »

Certes, le Tribunal fédéral subordonnait ce pouvoir législatif à deux conditions : l'ordonnance ne devait pas dépasser ce qui était nécessaire à la sécurité ; elle devait être provisoire. Mais ces réserves n'étaient pas bien rigoureuses. D'une manière générale, le Tribunal fédéral se gardait d'apprécier l'opportunité de la politique gouvernementale ²⁹⁸, il ne limitait, par ailleurs, pas dans le temps la validité de telles ordonnances ²⁹⁹.

On peut admettre que le pouvoir d'ordonnance basé directement sur l'article 102⁸⁻¹⁰ Cst ne bouscule pas encore le principe de la séparation des pouvoirs. Il n'en va plus de même lorsque l'Assemblée fédérale délègue tout ou partie de son pouvoir législatif. Cette délégation jugée nécessaire en cas de crise ou de guerre heurte alors les règles de partage des compétences. Elle n'est d'ailleurs pas prévue par la Constitution. Nous verrons que le Conseil fédéral a fait largement usage de ses pleins pouvoirs dans la Seconde Guerre mondiale pour limiter la liberté d'opinion par toute une série d'ordonnances.

3° Le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances de police du Conseil fédéral

En plus de la législation cantonale, des lois et arrêtés des Chambres fédérales, nous découvrons donc une nouvelle source des mesures de police. On peut se demander dans quelle mesure les ordonnances indépendantes du Conseil fédéral, prises en vertu de l'article 102⁸⁻¹⁰ ou sur délégation des Chambres fédérales sont soumises au contrôle de constitutionnalité ³⁰⁰.

En bonne logique, on pourrait s'attendre à ce qu'une ordonnance du Conseil fédéral qui porte atteinte à la liberté d'opinion soit soumise au même contrôle que les mesures cantonales. Une telle ordonnance ne serait donc admise qu'en cas de danger sérieux, direct et imminent pour la sécurité de la Confédération, si elle respecte les principes d'égalité, de proportionnalité et vise les véritables perturbateurs.

C'est oublier tout d'abord un obstacle de procédure. Sans être soustraite au contrôle du Tribunal fédéral ³⁰¹, la législation du Conseil fédéral ne peut faire l'objet d'un recours de droit public ³⁰². Ne reste donc qu'un contrôle par voie d'exception dont l'étendue est fort restreinte. Il ne suffit pas, en effet, qu'un organe chargé d'appliquer une ordonnance fédérale puisse en vérifier la validité. Encore faut-il qu'il jouisse d'une réelle indépendance vis-à-vis de l'autorité exécutive. Ce n'est pas le cas des organes de l'administration fédérale. Quant aux tribunaux, en l'absence d'une juridiction administrative étendue, ils ne sont bien souvent saisis qu'en cas d'infraction pénale. On aboutit parfois à ce résultat étrange qu'un citoyen doive s'attirer des sanctions pénales pour pouvoir requérir l'examen des autorités judiciaires. Encore ne faut-il pas trop compter sur les tribunaux de première instance pour trancher des questions d'ordre constitutionnel ³⁰³.

Mais le contrôle des ordonnances indépendantes du Conseil fédéral est réduit pour d'autres raisons encore. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a lui-même singulièrement restreint la portée de son examen. Comme il s'agit, en définitive, d'actes de gouvernement, il lui a paru normal qu'il s'abstienne d'examiner l'opportunité de telles ordonnances. Il s'est en tout cas refusé à un tel contrôle chaque fois qu'une ordonnance reposait sur une délégation spéciale ³⁰⁴ ou directement sur l'article 102₈₋₁₀ Cst ³⁰⁵. A plus forte raison, lorsqu'il s'agissait d'une délégation générale du pouvoir législatif au début des deux guerres mondiales (AF du 3 août 1914 et du 30 août 1939) ³⁰⁶.

Mais il y a plus grave. Le plus souvent, le Tribunal fédéral s'est refusé à examiner aussi la constitutionnalité de telles ordonnances. Il s'est contenté de contrôler si le Conseil fédéral avait respecté le cadre de la délégation de pouvoir ³⁰⁷ ou les pouvoirs qu'il détenait directement de la Constitution, (art. 102₈₋₁₀) ³⁰⁸, sans examiner si les ordonnances rendues étaient encore compatibles avec d'autres règles constitutionnelles.

En l'occurrence, un traitement différentiel eût été nécessaire ³⁰⁹. L'attitude du Tribunal fédéral n'est compréhensible qu'en cas de guerre, lorsque, devant l'imminence d'un péril grave pour la sûreté de l'Etat, le Conseil fédéral se voit confier les pleins pouvoirs. Dans ce cas, c'est au Parlement à restreindre le cadre de la délégation aux actes dont la constitutionnalité est indiscutable ; dans le cas contraire, une intervention du Tribunal fédéral reviendrait à modifier les rapports entre le Parlement et le Gouvernement ³¹⁰.

Lorsqu'il s'agit par contre d'une ordonnance indépendante basée directement sur l'article 102₈₋₁₀ le contrôle constitutionnel doit être la règle. Cette disposition n'attribue en effet de compétences au Conseil fédéral que dans les limites de la Constitution ³¹¹.

Les mesures de police visant la liberté d'opinion 1934-1938

Alors que des mesures administratives, générales et abstraites, limitant la liberté d'opinion avaient jusqu'alors été réservées au temps de service actif (1914-1918), la période précédant la Seconde Guerre mondiale voit apparaître de telles mesures, du simple fait déjà de la tension politique persistant entre la Suisse et certains Etats voisins.

Deux ordonnances du Conseil fédéral, dont la base repose directement sur la Constitution (art. 102₈₋₁₀), restreignent, l'une, la libre expression des journaux (ACF 26 mars 1934), l'autre, la diffusion de la propagande subversive (ACF 3 novembre 1936). Si le Parlement abandonne un vaste projet de loi destiné à limiter la liberté d'opinion, si le peuple rejette une révision de l'article 56 Cst visant à interdire la franc-maçonnerie, plusieurs cantons interdisent le parti communiste.

Cette irruption de sanctions administratives dans un domaine jusqu'alors vierge marque un temps d'incertitude. On craint la contagion des idées extrémistes qui triomphent un peu partout au-dehors. Mais, entre l'interdiction pure et simple des doctrines totalitaires et le libéralisme quasi intégral du début du siècle, le choix est pragmatique, aucune tendance ne s'impose de manière générale.

1° La presse et les relations internationales (ACF du 26 mars 1934)

La montée au pouvoir d'Hitler et de son parti en Allemagne provoqua dans la presse suisse de violents remous. L'hostilité que la doctrine et la politique du Reich suscitaient dans notre pays engagea certains journaux à juger en termes fort vifs l'attitude des Etats et gouvernements étrangers ralliés au national-socialisme ou au fascisme. Il en résulta une tension politique, marquée notamment par l'interdiction en Allemagne de la plupart des journaux suisses³¹².

Le Conseil fédéral se crut alors autorisé à édicter un arrêté interdisant aux journaux et aux périodiques les critiques de nature à troubler les bonnes relations de la Suisse avec d'autres Etats (ACF du 26 mars 1934)³¹³. C'était une mesure purement administrative qui menaçait non pas les journalistes réfractaires; mais directement les journaux, tout d'abord d'un avertissement, ensuite de la suspension (art. premier). Il était en outre prévu que les cantons séquestretraient tous les autres imprimés de même nature et les remettraient au Ministère public fédéral (art. 2). Le Conseil fédéral était seul compétent pour prendre des sanctions et confisquer les imprimés litigieux. Aucune voie de recours n'était prévue.

L'arrêté souleva naturellement une vive émotion dans la presse. Dans sa réponse à une interpellation Nobs, le Conseil fédéral prétendit être resté dans les limites classiques de l'arrêt *Kämpfer* et n'avoir restreint la liberté d'opinion qu'en raison d'un danger sérieux, direct et imminent pour la sécurité du pays³¹⁴. Mais on pouvait mettre en doute cette affirmation. L'arrêté ne respectait pas le principe de proportionnalité. Si le but visé était la sauvegarde de la sécurité extérieure, l'arrêté devait définir avec précision le délit et ne pas protéger déjà les bonnes relations de la Suisse avec d'autres Etats. On ne pouvait pas ne pas voir dans cette mesure une tentative de neutraliser l'opinion publique alors que le Conseil fédéral s'était toujours défendu, jusqu'alors, d'étendre le statut de neutralité aux citoyens.

Le Conseil fédéral devait finalement partager ces doutes. Il se décida à nommer une commission consultative de la presse dont l'attitude très libérale réduisit considérablement la portée de l'arrêté³¹⁵. Par décision du Conseil fédéral, du 15 mai 1934, la commission se vit attribuer un rôle décisif; il fut convenu, en effet, que l'avertissement public du Conseil fédéral serait généralement précédé d'un avertissement de la commission. En conséquence, le pouvoir de sanction était largement contrôlé par un organe professionnel qui n'avait aucun intérêt à restreindre la liberté de la presse. Il n'est dès lors pas étonnant qu'aucune sanction n'ait été prononcée jusqu'à la veille de la guerre. Ce qui ne signifie pas que tous les journaux s'étaient livrés à l'autocensure. Nous citerons, à titre d'exemple, le *Kämpfer*, organe du parti communiste, dont le cas fut soumis à la commission. Ce journal n'avait pas hésité à écrire, après les événements d'Allemagne, du 30 juin 1934: « Nous accusons d'assassinat le chancelier Hitler, nous accusons d'assassinat le premier ministre prussien Hermann Göring, nous accusons d'assassinat la classe dirigeante

d'Allemagne. » Ces propos n'avaient qu'un défaut, celui de correspondre à la réalité. Aussi la commission se refusa à intervenir³¹⁶. Des sanctions ne furent prononcées qu'après la mise en vigueur de l'ACF du 5 décembre 1938 qui fournissait une nouvelle base légale aux atteintes contre la presse. Encore ne frappèrent-elles que des propos nettement injurieux³¹⁷.

L'ACF du 26 mars 1934 fut rendu caduque, pendant la guerre, par le contrôle général de la presse qui allait beaucoup plus loin. Il fut officiellement abrogé par ACF du 7 août 1945³¹⁸.

2^o La propagande subversive

A. *De provenance étrangère*

La presse étrangère échappe aux responsabilités pénales de la presse suisse. Un contrôle administratif paraît dès lors admissible dans la mesure où il est général et vise à écarter seulement les écrits dangereux pour notre sécurité.

Mais l'ACF du 3 novembre 1936³¹⁹ contre les menées communistes ne remplissait pas ces conditions. Cette ordonnance administrative qui ne s'adressait qu'aux agents de l'administration (douane, PTT) ordonnait la confiscation de tous les journaux et écrits importés en Suisse qui présentaient un caractère communiste, anarchiste, antimilitariste ou anti-religieux (art. premier). On peut prétendre que cette disposition violait au moins deux principes fondamentaux du droit administratif. Le principe d'égalité, tout d'abord, en ne confisquant que la littérature communiste, ouverte ou camouflée, sans qu'on pût prétendre que les écrits nationaux-socialistes ou fascistes ne présentaient pas un danger tout aussi réel pour l'ordre et la sécurité de la Confédération. Le principe de proportionnalité ensuite en s'en prenant déjà à tous les écrits communistes et non simplement à ceux qui mettaient directement en péril la sécurité du pays. Il était enfin anormal de laisser au Ministère public le pouvoir de décision dans une affaire aussi éminemment politique.

Toutes ces anomalies ne semblent pas avoir échappé au Conseil fédéral. Par un arrêté du 27 mai 1938³²⁰, il modifia son ordonnance de façon à la rendre plus précise. Désormais, le Ministère public ne pouvait saisir la propagande communiste que si elle mettait en péril la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, en particulier l'indépendance et la neutralité du pays, les institutions démocratiques ou les

intérêts de la défense nationale (art. premier). La confiscation incombait seulement au Conseil fédéral. Une telle disposition a été prorogée par l'ACF du 29 décembre 1948 ³²¹.

B. *De provenance suisse*

L'ACF du 3 novembre 1936 n'ordonnait pas seulement la confiscation de journaux et écrits communistes importés en Suisse, il permettait aussi une telle mesure à l'égard de tous les imprimés de provenance suisse qui compromettaient la sûreté, la tranquillité et l'ordre public (art. 1₂).

Cette disposition sera reprise par l'ACF du 27 mai 1938 (art. 2). Désormais la propagande subversive d'origine suisse et étrangère était traitée sur un pied d'égalité.

3^o Le statut des associations politiques

A. *Les partis extrémistes*

Si la Constitution fédérale ne protège pas les associations dont les buts ou les moyens sont illicites ou dangereux pour l'Etat (art. 56 Cst), cette restriction n'a été interprétée sur le plan politique qu'avec beaucoup de retenue.

Il semble bien que jusqu'à cette période troublée précédant la Seconde Guerre mondiale, il ne soit venu à l'idée de personne de réclamer l'interdiction d'un parti politique ³²². On était d'avis qu'en principe, chaque parti pouvait proposer le régime politique de son choix en respectant les voies constitutionnelles et légales ³²³. On avait même été plus loin, on reconnaissait à un parti révolutionnaire la garantie constitutionnelle pourvu qu'il n'incitât pas directement à des actes de violence ou que les circonstances ne rendissent son action immédiatement dangereuse pour la sûreté de l'Etat ³²⁴. On jugeait, en définitive, que l'exclusion d'un parti de la scène politique était une atteinte si grave au fonctionnement de la démocratie qu'elle relevait en définitive du droit d'exception ³²⁵.

Mais dès 1936, la situation des partis extrémistes devint moins assurée. Dans son message à l'appui d'une loi sur la protection de l'ordre et de la sécurité publique, du 7 novembre 1936, le Conseil fédéral qualifiait le parti communiste de dangereux pour l'Etat, déjà en raison de sa doctrine, de ses liens avec l'Internationale communiste, et sans qu'on pût conclure à un danger sérieux et imminent. Il devenait évident qu'il

entendait interpréter la réserve de l'article 56 Cst d'une manière moins restrictive, en se contentant d'un danger potentiel pour exclure un parti de la garantie constitutionnelle ³²⁶. Il est vrai qu'il semblait distinguer entre le droit à la garantie (question juridique) et l'interdiction (question politique). Le retrait de l'une n'entraînant pas automatiquement l'autre ³²⁷. Le Conseil fédéral restait en effet persuadé que l'interdiction d'un parti politique était un acte gouvernemental que seules des circonstances extraordinaires justifiaient ³²⁸. Aussi, dans un message qui excluait pratiquement le parti communiste de la liberté d'association, se refusait-il énergiquement à suivre la motion Musy qui réclamait l'interdiction sans délai du parti. Il ne s'autorisait à interdire des formations politiques qu'en cas de danger imminent ³²⁹.

Le parti communiste jouissait, pour des raisons politiques, d'un sursis. Mais cette position ambiguë n'allait pas durer. Alors que, sur le plan fédéral, l'interdiction des partis extrémistes ne trouvait pas encore d'appui sérieux, un courant populaire provoqua, en Suisse romande, l'interdiction du parti communiste.

Le mouvement commença dans le canton de Neuchâtel. Après qu'une échauffourée déclenchée par des extrémistes de gauche eut provoqué la mort d'une personnalité politique, une initiative législative réclama l'interdiction de toutes les associations communistes. Le Parlement cantonal vota une loi, dans ce sens, qui fut approuvée par le peuple, les 24-25 août 1937, après référendum, par 17 524 voix contre 8597 ³³⁰.

Le 13 juin 1937, le peuple genevois acceptait une modification de sa Constitution entraînant l'interdiction des associations affiliées à l'Internationale communiste, jugées dangereuses pour l'Etat et l'ordre public (art. 14 bis) et privant leur membres des droits civiques (art. 23₄) ³³¹.

Enfin Vaud adopta une disposition semblable dans sa Constitution (art. 8 bis), par votation populaire du 30 janvier 1938 ³³².

En Suisse allemande, seuls Uri et Schwytz prirent des mesures analogues, quand bien même le parti communiste n'était pas constitué sur leur territoire ³³³.

Dans quelle mesure ces lois étaient-elles compatibles avec la Constitution fédérale ? A aucun moment, les cantons n'avaient invoqué ou du moins rendu vraisemblable un danger sérieux et imminent pour leur sécurité intérieure. La réponse du Tribunal fédéral nous est connue. Saisi d'un recours contre la loi neuchâteloise du 23 février 1937, la Cour de droit public jugea que, puisque le Conseil fédéral estimait le parti com-

muniste dangereux pour la sécurité extérieure et intérieure de la Confédération, ce qu'elle s'interdisait de revoir autrement que sous l'angle de l'arbitraire, il n'y avait pas lieu d'empêcher les cantons de l'interdire sur leur territoire. Le moment de l'interdiction n'était qu'une question d'opportunité que la Cour n'avait pas à examiner (Question politique)³³⁴. Ainsi donc, le Tribunal fédéral jugeait admissible d'exclure de la garantie constitutionnelle un parti, en fonction déjà d'un danger potentiel.

Le Conseil fédéral et les Chambres fédérales approuvèrent expressément les décisions cantonales en accordant la garantie aux nouvelles dispositions des Constitutions genevoise et vaudoise³³⁵. Pourtant, en raison de la tension politique, des mesures cantonales isolées ne constituaient qu'une solution provisoire. Il était pour le moins singulier qu'on justifiât l'interdiction d'un parti cantonal pour des raisons de sécurité extérieure. A l'approche d'un conflit mondial, la position des autorités fédérales, en particulier celle du Conseil fédéral, devenait incommode. L'idée d'interdictions sans base légale hantait le Conseil fédéral³³⁶. Dans son message du 13 septembre 1938 concernant la garantie de la Constitution vaudoise (art. 8 bis), il déclarait : « Il faut examiner toujours plus au fur et à mesure que de nouveaux cantons édictent l'interdiction en cause, s'il ne s'agit pas d'un problème intéressant le pays entier. Les autorités fédérales doivent au moins se réserver le droit de décider elles-mêmes des mesures à prendre au cas où la situation évoluerait de manière à constituer un danger grave et imminent pour l'ensemble du pays³³⁷. »

Devant le peu d'empressement du Parlement, le Conseil fédéral se décida à agir seul en édictant l'ACF du 5 décembre 1938³³⁸. Cette ordonnance lui donnait pouvoir de dissoudre les groupements qui compromettaient la sûreté extérieure ou intérieure du pays, de limiter ou d'interdire leur activité politique et de confisquer leurs biens (art. 5).

Mesure provisoire, dans l'attente que le Parlement voulût bien se saisir du problème, l'ordonnance resta en vigueur durant toute la Seconde Guerre mondiale. Elle servit de base légale aux interdictions qui, sur le plan fédéral, se succédèrent durant le conflit.

B. *Un cas spécial : la franc-maçonnerie*

Il est patent qu'une brèche faite dans une liberté a tendance à s'élargir. Dans les Etats gagnés au national-socialisme ou au fascisme, l'interdiction du parti communiste avait accompagné celle de la franc-maçon-

nerie, pour conduire tout naturellement à une répression antisémite ; ne soupçonnait-on pas les Juifs de noyauter ces deux mouvements ?

Aussi n'était-il pas étonnant que le 10 décembre 1934, une initiative constitutionnelle, munie de 56 238 signatures valables, exigeât une révision de l'article 56 Cst par l'interdiction expresse de la franc-maçonnerie et des mouvements parallèles : les Old Fellows et la société philanthropique Union.

Le Conseil fédéral renseigna le Parlement dans un rapport prudent, mais ferme, du 4 septembre 1936³³⁹. Il y exposait avec clarté le problème soulevé par l'initiative en déclarant notamment :

« Deux éventualités : ou bien le complément apporté à la Constitution restreint davantage le droit d'association, de sorte que ces sociétés seront interdites alors même qu'elles ne présentent rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat, ou bien ces limites dans lesquelles les associations peuvent se constituer librement ne seront pas rendues plus étroites, et les sociétés expressément désignées devront être interdites parce qu'elles présentent des caractères qui les rendent illicites ou dangereuses pour l'Etat³⁴⁰. »

Le Conseil fédéral était opposé à une limitation du droit d'association. Il jugeait que « l'association dangereuse » était une notion suffisamment élastique pour englober tous les mouvements subversifs capables de mettre l'Etat en péril³⁴¹. Restait à examiner les griefs contre la franc-maçonnerie. Le Conseil fédéral les énuméra les uns après les autres. N'accusait-on pas les francs-maçons d'être opposés à la démocratie, à l'Etat, de dépendre de pouvoirs étrangers et de diriger la politique suisse selon des instructions reçues du dehors, d'être hostiles à la religion, d'être noyautés par les Juifs³⁴². Autant de calomnies que le Conseil fédéral n'eut pas de peine à écarter. Bluntsehli, Jonas Furer, Ruchonnet, le général Herzog et Dunant avaient été francs-maçons, tout en étant de vrais patriotes et de bons démocrates. Au moment de l'initiative, les influences franc-maçonniques sur les autorités fédérales étaient négligeables ; aucun membre parmi le Conseil fédéral, au sein du Tribunal fédéral. Guère plus de 2 % des députés. Enfin très peu d'Israélites, et non point les plus représentatifs.

Dans ces conditions, le Conseil fédéral ne pouvait que conclure au rejet de l'initiative. Il fut suivi par le peuple qui, le 28 novembre 1937, repoussa la modification constitutionnelle par 515 327 voix contre 234 980. Seul Fribourg, sous l'influence du catholicisme, avait approuvé l'interdiction de la franc-maçonnerie³⁴³.

4^o Le régime des assemblées politiques

Jusqu'en 1936, les citoyens suisses jouirent de la liberté de réunion dans les limites tracées par la jurisprudence fédérale ; c'est-à-dire qu'une réunion ne pouvait être interdite que dans la mesure où l'ordre public était sérieusement et directement mis en danger, soit que les propos tenus incitassent à des actes illicites, soit que les circonstances les rendissent immédiatement dangereux.

L'ACF du 3 novembre 1936 contre les menées communistes ne semblait pas aller plus loin que la jurisprudence fédérale. Il faisait obligation aux autorités de police d'interdire les assemblées et manifestations communistes lorsqu'il y avait lieu d'admettre qu'elles troubleraient l'ordre public ou mettraient en danger la sécurité du pays (art. 4) ³⁴⁴. Mais le message du Conseil fédéral, du 7 décembre 1936, qui déclarait le parti communiste dangereux pour l'Etat, en modifia la signification. Désormais, ce parti était pratiquement hors la loi puisqu'il ne pouvait plus se prévaloir de la garantie constitutionnelle. Les cantons, qui pouvaient l'interdire, avaient à plus forte raison le droit d'en empêcher les manifestations publiques sans avoir à invoquer le danger de troubles locaux ³⁴⁵.

L'ACF du 5 décembre 1938 devait rendre plus générales les restrictions apportées à la liberté de réunion. Désormais une réunion pouvait être interdite, non seulement si elle donnait lieu à une propagande étrangère, de nature à renverser les institutions politiques, mais déjà en cas d'information inexacte ou déformée, de dénigrement des institutions démocratiques, d'incitation à la haine raciale ou religieuse (art. 7 combiné avec l'art. 2). La liberté de réunion subissait tout naturellement les restrictions apportées à la liberté d'opinion. Cette législation préfigurait les pleins pouvoirs et le contrôle général des assemblées politiques.

L'extension des pouvoirs de police du Conseil fédéral 1938-1945

Nous avons déjà relaté à quel point la Seconde Guerre mondiale modifia le partage des compétences entre le Parlement et le Gouvernement. Par arrêté du 30 août 1939, l'Assemblée fédérale délégua l'essentiel de son pouvoir législatif au Conseil fédéral. Désormais le Gouvernement était responsable du maintien de la sûreté de l'Etat, de son indépendance. Sa tâche était encore singulièrement compliquée par la politique de neutralité que les autorités entendaient déduire de notre statut d'Etat neutre. Ce transfert de compétence se concrétisa par une législation pléthorique où le droit administratif joua un rôle prédominant.

La liberté de la presse fut pratiquement suspendue, les libertés d'association et de réunion réservées aux mouvements politiques qui acceptaient les institutions politiques essentielles du pays.

On peut ordonner cet amas de loi en deux groupes. Les unes tendent à un *contrôle général de l'information* afin d'éviter aussi bien les écarts de langage à l'égard des belligérants que l'afflux d'une propagande étrangère hostile à nos institutions, les autres à l'*interdiction de partis politiques* dont les attaches avec l'étranger menacent la sûreté de l'Etat.

Cette législation est bien souvent en rupture avec la tradition libérale de la Confédération. Mais on peut admettre que l'imminence d'un danger d'invasion habilitait le Conseil fédéral à restreindre gravement la liberté d'opinion. Ce droit d'exception disparut d'ailleurs avec la cause qui l'avait suscité.

1° Le contrôle général de l'information

L'ACF du 8 septembre 1939 établissait une surveillance générale sur la publication et la transmission des informations et des opinions (art. premier)³⁴⁶. Il suspendait la liberté de la presse et d'une manière plus générale la liberté d'opinion. Avec cette ordonnance réapparaissaient

des mesures administratives généralement considérées comme des abus de pouvoir : autorisation des nouveaux journaux, concession aux agences de presse, suspension et interdiction des journaux réfractaires, censure appliquée à la presse rebelle, au cinéma, à la radiodiffusion.

Le champ réservé à la libre expression se rétrécissait. Des mesures administratives frappaient non seulement des propos délictueux, mais toute information ou opinion de nature à nuire à notre neutralité, à notre indépendance, à la sécurité intérieure et à nos relations internationales. Pis encore. Les délits ainsi créés n'étaient pas l'objet de normes précises et stables, ils découlaient de la non-observance de directives, d'injonctions sujettes à constantes révisions, au fur et à mesure des développements de la situation internationale. Bref, un système où régnait en maître le principe d'opportunité.

Une atteinte aussi grave à la liberté d'opinion et d'information ne pouvait se justifier que par son but : sauver le pays d'un danger de guerre imminent ³⁴⁷.

A. Les buts

a) Filtrer la propagande étrangère

Le déroulement des événements politiques, puis militaires, en Europe, avait fait de notre pays un îlot démocratique au sein d'un continent où les régimes totalitaires prédominaient. Déjà l'avènement des régimes fasciste et national-socialiste en Italie et en Allemagne, puis l'annexion de l'Autriche avaient entraîné un certain isolement. L'état de guerre, la capitulation de la France achevèrent de rendre cette situation dramatique en nous coupant encore, du moins temporairement, du monde anglo-saxon.

L'un des buts du contrôle de l'information visait à empêcher que notre pays fût submergé par une propagande hostile à notre indépendance et à nos institutions. Le danger de voir notre opinion publique désorientée par l'attaque constante de nos principes politiques, par les fausses informations, la diffamation de nos autorités et de notre armée était évident ³⁴⁸. Aussi, un certain nombre de mesures étaient-elles destinées à filtrer la propagande et les informations étrangères.

L'ACF du 8 septembre 1939 sur le régime de la presse soumettait à concession les agences de presse et interdisait la création de nouveaux journaux ³⁴⁹. Son but était clair : empêcher que la Suisse ne fût sub-

mergée de journaux à la solde de l'étranger, écarter les agences de presse douteuses. Mais cette mesure manqua son but en bloquant le développement de la presse suisse, tandis que l'importation de journaux étrangers ne faisait que croître³⁵⁰. Elle fut modifiée par l'ACF du 30 décembre 1941 qui autorisait la création de nouvelles agences et journaux en cas de besoin, et si le requérant pouvait se prévaloir d'une indépendance financière et administrative vis-à-vis de l'étranger³⁵¹.

Dans le cadre du contrôle de l'information, la division Presse et Radio de l'Etat-major général de l'armée fut chargée d'examiner tous les envois de la presse étrangère³⁵². Une section film se chargea de la censure générale des films importés³⁵³. Si la propagande radiophonique ne pouvait être contrôlée, les programmes étrangers de la Télédiffusion furent censurés³⁵⁴.

Le contrôle général semble avoir été cependant très modéré. Il ne visait pas à exclure toute propagande étrangère, mais à éliminer seulement certains excès. Ainsi, les journaux étrangers n'étaient retenus que s'ils contenaient des faux bruits, des insultes à l'égard des puissances belligérantes ou s'ils attaquaient notre armée³⁵⁵. Les statistiques dont nous disposons confirment l'extrême mansuétude des instances de contrôle. Ainsi, sur 200 000 brochures ou livres examinés, 578 seulement furent interdits, 380 interdits d'exposition. Sur 17 885 films contrôlés, 233 furent interdits (1,3 %), 353 l'objet de coupures (2,3 %) ³⁵⁶.

b) Imposer à notre presse et aux autres moyens d'expression une attitude neutre

Mais le contrôle de l'information avait pour but essentiel d'imposer une grande retenue à la presse, au film et à la radiodiffusion suisse dans leur appréciation des événements internationaux. Le problème n'était pas simple. Dans son écrasante majorité, l'opinion publique était hostile au national-socialisme. Nos grands journaux qui, en Allemagne, avaient fait l'objet d'interdiction dès l'avènement du régime hitlérien, n'étaient pas disposés à cacher leurs sympathies³⁵⁷.

Le Conseil fédéral justifiait son intervention par notre statut de neutralité³⁵⁸. Non pas que la neutralité, rapport juridique entre Etats, limité aux pouvoirs publics, touchât en principe les individus. Mais le Conseil fédéral jugeait qu'une divergence profonde entre l'attitude officielle du Gouvernement et celle de l'opinion publique ne serait pas

acceptée longtemps par les puissances de l'axe ³⁵⁹. Cette politique de neutralité, imposée à la presse et aux autres moyens d'expression, fut largement critiquée. Elle donna lieu à de longues polémiques sur le droit de la neutralité ³⁶⁰. De tels débats paraissent aujourd'hui futiles. Le contrôle de la presse fut un acte politique, destiné à éviter le pire : l'invasion du pays, et non un développement plus ou moins inattendu des théories sur la neutralité.

A tort ou à raison, les autorités fédérales estimaient en effet qu'une hostilité sans retenue de notre presse à l'égard des puissances de l'axe provoquerait une intervention militaire et une tentative d'invasion, en tout cas des sanctions économiques capables d'asphyxier l'économie du pays ³⁶¹. De manière diabolique, l'Allemagne faisait en effet accroire qu'elle attachait une importance extrême aux affirmations de la presse suisse. Il semble bien qu'elle ait voulu contraindre notre pays à signer un accord de presse dont la violation aurait entraîné des représailles officielles ³⁶². Dans ce but, elle n'hésita pas à provoquer elle-même l'indignation des journaux suisses. Le professeur Karl Weber, consulté par la section Presse et Radio, a bien mis en lumière la tactique des milieux allemands dans cette guerre psychologique. La campagne de presse débutait par une attaque générale de nos institutions et du Conseil fédéral. Après que nos journaux eurent réagi à ces propos, la réplique allemande se concentrait sur notre presse qu'elle tenait pour responsable de la tension politique et d'un éventuel conflit. Dans une quatrième phase, les milieux allemands se contentaient d'enregistrer les effets de cette campagne de discrédit dans l'opinion publique ³⁶³.

Force est de constater que cette stratégie, amorcée bien avant le début du conflit ³⁶⁴, porta ses fruits, notamment dans les milieux de l'armée ³⁶⁵. Elle est, sinon à l'origine des mesures de contrôle de la presse, du moins la cause de leur application draconienne.

B. L'organisation

L'ACF du 8 septembre 1939 attribuait, non pas au Conseil fédéral, mais au commandement de l'armée, la surveillance de l'ensemble des moyens d'expression (art. premier). Il ne réservait au Conseil fédéral que certains droits (décréter une censure préalable générale, donner des instructions générales, nommer une commission de recours). Dans ces limites, l'armée restait libre de choisir les mesures administratives

adaptées aux circonstances. Elle se voyait conférer un pouvoir réglementaire.

Le contrôle de la presse par l'armée souleva de vifs remous. Livré à des non-spécialistes, il se révéla au début maladroit et incohérent. Les parlementaires socialistes reprochèrent surtout au Conseil fédéral de n'avoir point sauvegardé la prééminence des pouvoirs civils ³⁶⁶. Devant la vigueur d'une telle réaction, le Conseil fédéral fit marche arrière. Il s'engagea à mieux faire respecter son autorité ³⁶⁷.

Il tint parole en édictant l'ACF du 31 mai 1940 qui restreignait les pouvoirs de l'armée dans la surveillance de la presse suisse ³⁶⁸. La nouvelle ordonnance fixait les différentes sanctions administratives applicables. Elle attribuait les sanctions sévères à une commission de la presse à prédominance civile, définissait les pouvoirs de la commission de recours nommée par le Conseil fédéral.

Mais le commandement de l'armée n'accepta qu'avec réticence cette nouvelle organisation qui le laissait responsable d'un contrôle où toutes les décisions importantes lui échappaient ³⁶⁹. Devant les attaques répétées du Gouvernement et de la presse allemande, le général Guisan était au surplus d'avis qu'une censure préalable générale s'imposait ³⁷⁰. Le Conseil fédéral s'y opposa. Après une série de démarches du commandement en chef, il accepta de décharger l'armée de cette tâche.

L'ACF du 30 décembre 1941 transférait au Conseil fédéral la haute surveillance sur l'ensemble des moyens d'expression, mais il ne changeait rien à l'organisation du contrôle ³⁷¹. La division Presse et Radio de l'Etat-major général était simplement subordonnée au Conseil fédéral. Ce régime devait subsister jusqu'à la fin de la guerre ³⁷².

C. *L'exercice*

Le contrôle de l'information décrété par le Conseil fédéral dépassait largement la surveillance traditionnelle que toute guerre entraîne sur les nouvelles militaires et économiques. Il tendait, nous l'avons dit, à imposer à l'ensemble des moyens d'expression une certaine neutralité dans l'appréciation des événements internationaux et de notre politique extérieure.

Le contrôle étonnait par son étendue et sa nature.

Par son étendue : il entraînait la censure préalable générale du film ³⁷³ et des émissions radiophoniques ³⁷⁴, l'examen de tous les journaux ³⁷⁵,

brochures et livres édités en Suisse ³⁷⁶, dont les éditions étaient menacées de suspension ou de censure préalable en cas d'infraction.

Par sa nature: ces principes étaient renfermés dans le prétendu arrêté fondamental du 8 septembre 1939, émanant de la division Presse et Radio ³⁷⁷. L'arrêté interdisait une série d'informations militaires et économiques en rapport avec la défense nationale; il demeurait, sur le plan politique, beaucoup plus vague: toutes les informations qui pouvaient compromettre notre sécurité extérieure ou intérieure, le maintien de la neutralité, étaient interdites (art. premier).

Appliquée de façon draconienne, cette clause générale empêchait la presse d'accomplir son rôle d'information. Aussi les principes du contrôle de la presse, publiés le 6 juin 1940, étaient censés carifier la situation ³⁷⁸. Ils réaffirmaient le droit du citoyen suisse à des informations par la presse (art. premier). Ils plaçaient surtout les polémiques de politique intérieure à l'abri du contrôle, dans la mesure, du moins, où elles ne concernaient pas l'armée. En politique extérieure, en revanche, ils ne rétablissaient pas la liberté d'expression et d'information. Un journal ne pouvait citer que des sources sûres, il devait s'abstenir dans ses jugements de toute offense; la critique n'était permise que si elle était mesurée et objective et ne se faisait pas l'interprète d'une propagande étrangère.

Au gré des événements internationaux, l'appréciation des autorités de contrôle variait, de nouvelles prescriptions étaient sans cesse élaborées, au point de former un recueil. Dans certains cas, la presse se voyait purement et simplement signifier la façon dont elle devait commenter ou traiter certains événements ³⁷⁹. Dans cet imbroglio, les rédacteurs se débrouillaient comme ils pouvaient. Bien que la mauvaise volonté ne fût le fait que d'une minorité, un grand nombre de journaux furent frappés de sanctions. Citons deux exemples. La *NZZ* reçut un avertissement pour un article remarquablement documenté sur la situation en Italie intitulé « Rome et Trévise ». Motif: elle ne mentionnait pas de sources officielles jugées seules sûres. En réalité, vu la situation confuse qui régnait alors en Italie, vers la fin de la guerre, les sources officielles étaient muettes ou mensongères ³⁸⁰. La *Thurgauer Zeitung* reçut également un avertissement pour avoir protesté clairement contre l'invasion de la Grèce et de la Yougoslavie.

On l'accusa d'avoir identifié notre neutralité à celle de la Yougoslavie ³⁸¹.

Un ACF du 31 mai 1940 avait fixé la nature des sanctions ³⁸². Il s'agissait exclusivement de sanctions administratives qui frappaient un organe de presse et non les journalistes responsables ³⁸³. Elles se subdivisaient en sanctions légères (avertissement personnel et séquestre) laissées à la division Presse et Radio et en sanctions sévères (avertissement public, censure préventive, suspension ou interdiction) qui relevaient de la Commission de la presse. Le choix de la sanction dépendait naturellement de la gravité de l'infraction, mais sans doute aussi de questions de pure opportunité.

Il est intéressant de connaître l'ampleur de la répression, ses victimes, ses motifs les plus souvent invoqués. Nous ne disposons pas d'une statistique complète des sanctions infligées. L'Etat-major de l'armée n'a publié des renseignements concernant les journaux que jusqu'à fin janvier 1942, date à laquelle le Conseil fédéral reprit la tête du contrôle de l'information. Durant cette période, on relève deux interdictions, quinze suspensions, dix cas de mise à la censure préalable, trente et un avertissements publics ³⁸⁴. Nous ne connaissons rien sinon le nombre des recours dont la commission nommée par le Conseil fédéral a été saisie durant la guerre. On dénote quarante-deux cas de sanctions sévères (9 avertissements, 9 censures préalables, 21 suspensions, 3 séquestres). Mais ces chiffres sont bien inférieurs à la réalité, car la procédure de recours ensemble pas avoir été très suivie ³⁸⁵.

Parmi les journaux frappés de suspension, d'interdiction ou de censure préalable, on relève la plupart des journaux d'extrême droite : *Neue Basler Zeitung*, *Le Pilon*, *Die Front*, *Der Grenzboten*, *Neue Wege* ; de nombreux journaux socialistes : *La Sentinelle*, *Le Peuple*, le *Berner Tagwacht*, la *Thurgauer Arbeiter Zeitung*, la *Volksstimme* de Saint-Gall, le *Schwytzer Demokrat*, mais aussi des journaux modérés comme la *Libera Stampa* et la *NZZ* ³⁸⁶. Un tel échantillonnage, aussi incomplet soit-il, suffit à montrer le sens du contrôle. Il frappait les journaux extrémistes, mais aussi tous ceux qui n'arrivaient pas à refréner leur hostilité ouverte au Reich hitlérien. C'était le cas des journaux socialistes, plus rarement des journaux modérés.

Les motifs de sanctions confirment l'importance attribuée au contrôle dans la défense de notre neutralité et le maintien de nos relations extérieures. Sur quarante-deux recours contre des sanctions graves, trente-trois ont pour raison la défense de la neutralité, de l'indépendance, de la sécurité extérieure, les relations diplomatiques. Pas un ne concerne la sécurité intérieure ³⁸⁷.

Le contrôle de l'information devait naturellement disparaître avec la fin du conflit armé. La plupart des mesures furent abrogées dans le courant de l'été 1945 ³⁸⁸.

2° Les interdictions de partis politiques

A. *L'interdiction des mouvements d'inspiration nationale-socialiste*

Il serait vain de voir dans l'apparition des mouvements d'extrême droite un phénomène interne, secrété par l'insuffisance des structures politiques ou économiques, et dont le programme proposerait une réforme cohérente des institutions.

Si ces mouvements regroupaient des milieux assez divers : petits commerçants, artisans, employés, petits paysans, touchés par la crise économique ainsi qu'un certain nombre d'intellectuels et d'étudiants en mal d'emploi, l'idéologie dont ils se réclamaient empruntait largement à des doctrines étrangères sans rapport avec notre histoire, sans traditions ³⁸⁹. Ils rejetaient avec la même haine le marxisme, le libéralisme et ses institutions politiques, dénonçaient les Juifs et les francs-maçons, prênaient un Etat autoritaire sur le principe du chef, un certain corporatisme économique. Autant de points communs avec le national-socialisme ou le fascisme.

L'apparition en Suisse allemande des milieux frontistes avait d'ailleurs coïncidé avec la prise du pouvoir d'Hitler en Allemagne ³⁹⁰. En Suisse romande et au Tessin, des mouvements parallèles étaient plutôt inspirés du fascisme français ou italien ³⁹¹. A ses débuts, le Front national remporta des succès locaux. L'un de ses chefs, le D^r Henne, remporta à Sehaflhouse environ 25 % des suffrages lors d'une élection complémentaire au Conseil d'Etat ³⁹². Sur le plan national, les Fronts animèrent la vie constitutionnelle en lançant plusieurs initiatives. L'une tendait à la revision totale de la Constitution ³⁹³, une autre à l'interdiction de la franc-maçonnerie ³⁹⁴. Le peuple suisse les rejeta. Mais force est de constater que l'extrême droite s'était taillé un certain succès en recueillant un nombre de voix considérable.

Les Fronts connurent en revanche un échec cuisant aux élections au Conseil national de 1935. Ils n'obtinrent qu'un siège à Zurich (Tobler). L'Union nationale, de tendance fasciste, en obtint un pour sa part à Genève ³⁹⁵. Cette date marque le déclin de l'extrême droite sur le plan

électoral. Rendue prudente par l'évolution de la dictature hitlérienne, la droite traditionnelle avait retiré son appui à un mouvement de plus en plus marqué par le national-socialisme. Le mouvement était par ailleurs affaibli par de nombreuses scissions. Les extrémistes du Front national quittèrent cette formation pour fonder divers groupements plus nettement tournés vers l'Allemagne ³⁹⁶. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, ces formations politiques ne créèrent donc pas un véritable danger pour l'Etat. Elles prônaient certes une modification radicale de notre système politique, mais prétendaient s'en tenir aux voies constitutionnelles. Leur force réelle les empêchait d'ailleurs de passer à l'action.

L'état de guerre en Europe changea la situation. Les buts du frontisme : un Etat autoritaire allié à l'Allemagne, devenaient réalisables par la pression militaire et économique que l'Allemagne pouvait exercer sur notre pays. La plupart des dirigeants n'hésitèrent pas à mettre leur organisation au service du Reich et du parti nazi. Leurs formations revêtaient dès lors un double aspect ; elles menaient extérieurement l'activité normale d'un parti politique, mais intérieurement se livraient à l'action clandestine (espionnage militaire, politique et économique, formation de milices, plan en cas d'invasion) ³⁹⁷.

Déjà l'enquête du 10 novembre 1938 avait révélé que les chefs du Volksbund et du Bund der Treuen Eidgenossen se livraient à l'espionnage politique au profit du Reich ³⁹⁸. La surveillance des autres formations donna lieu aux mêmes constatations. Il n'est dès lors pas étonnant que, malgré le risque de représailles, le Conseil fédéral fût contraint à de nombreuses interdictions. Relevons brièvement celles de la Schweizerische Gesellschaft der Freunde einer autoritären Demokratie, organisme de remplacement du Volksbund dont le chef Leonhardt vivait en Allemagne ³⁹⁹, du Mouvement national suisse qui regroupait, à l'instigation de l'Allemagne, plusieurs formations menacées d'interdiction ⁴⁰⁰, de la Nationale Opposition, mouvement saint-gallois qui avait obtenu un siège au Grand Conseil ⁴⁰¹, de l'Eidgenössische Arbeiter- und Bauernpartei ⁴⁰² qui comprenait les employés allemands de la Reichbahn, enfin de la Nationale Gemeinschaft Schaffhausen et du Rassemblement fédéral qui prolongeaient le Front National ⁴⁰³. Cette dernière formation était le plus modéré des groupes extrémistes. Pour des raisons d'opportunité, le Conseil fédéral eût préféré la surveiller plutôt que de l'interdire. Mais à la suite d'un procès menant à des exécutions capitales pour espionnage militaire, on découvrit que le parti était infesté de traîtres. Il fut interdit,

le 6 juillet 1943, en même temps qu'un groupement parallèle de Schaffhouse. Les organes de presse du parti, *Die Front* et *Der Grenzbote* furent en même temps interdits après avoir eu maintes fois maille à partir avec le contrôle de l'information ⁴⁰⁴.

B. *L'interdiction des mouvements communistes*

A la veille de la Seconde Guerre mondiale, la situation du Parti communiste suisse présentait certaines analogies avec celle des mouvements d'extrême droite : hostilité de principe à nos institutions au profit d'un Etat totalitaire, organisation en cellules destinées à l'action clandestine, dépendance à l'égard d'un parti au pouvoir à l'extérieur.

Mais, pas plus que les formations d'extrême droite, il ne présentait encore un danger sérieux pour l'Etat. Les décisions du 7^e Congrès du Komintern (été 1935) tendaient au contraire à éviter que le parti fût mis hors la loi. Les efforts vers un front populaire succédaient aux appels à la violence ⁴⁰⁵. Sur le plan électoral, les résultats étaient fort modestes. Le parti ne disposait d'aucun siège au Conseil national, sa force n'était réelle qu'à Zurich et à Bâle ⁴⁰⁶. Et pourtant l'hostilité à son égard était vive. Certains cantons l'avaient déjà interdit, sa propagande était prohibée de manière générale.

L'état de guerre n'entraîna pas un accroissement notable du danger de subversion communiste. Au contraire de l'Allemagne, l'URSS restait sans influence sur notre politique. Livrés à eux-mêmes, les communistes n'entreprirent rien de sérieux qui pût menacer nos institutions ; les procès qui leur furent intentés en apportèrent la preuve ⁴⁰⁷. Il est vrai que ni cette attitude ni le cours de la guerre n'étaient vraiment prévisibles. Aussi n'est-il pas étonnant que par arrêté du 6 août 1940, le Conseil fédéral eût interdit au parti communiste toute activité, sans le dissoudre encore cependant et en laissant siéger ses élus aux Parlements cantonaux ⁴⁰⁸. Mais cette situation n'était que provisoire. Un ACF du 26 novembre 1940 dissout le parti et frappa d'interdiction ses organismes annexes ou de remplacement ⁴⁰⁹.

La Fédération socialiste suisse subit le même sort, le 27 mai 1941 ⁴¹⁰. Implantée dans le canton de Vaud et surtout à Genève, elle avait pris sous la direction de Njeole un caractère de plus en plus communiste. La Défense populaire, mouvement de remplacement genevois fut interdit à son tour par ACF du 17 avril 1942 ⁴¹¹.

Mais ces dernières interdictions soulevèrent un certain malaise. La Fédération socialiste suisse jouissait à Genève d'une force électorale considérable que son interdiction n'entama point. Aux élections cantonales des 7 et 8 novembre 1942, 25 % des électeurs suivirent les consignes du parti en votant nul ⁴¹². Le sentiment que le jeu de la démocratie était faussé sans profit réel pour l'indépendance et la sécurité du pays se fit jour. Au Parlement, le Parti socialiste suisse demanda par deux fois, mais sans succès, la levée des interdictions de partis ⁴¹³.

Dès 1943, le parti communiste reprit d'ailleurs son activité politique de plus en plus ouvertement en jouissant d'une quasi-impunité. Les 14 et 15 avril 1944, il regroupait ses forces sous le nom de parti du travail. En octobre, son organe *La voix ouvrière* était autorisé ⁴¹⁴. Dans leur lutte contre le national-socialisme, les communistes s'étaient trouvés, bien malgré eux, au côté des démocrates. Cette évolution due au rôle de l'URSS dans le conflit mondial ne pouvait pas ne pas influencer l'attitude du Conseil fédéral.

C. Les conséquences juridiques des interdictions de partis

a) Sur l'organisation du parti

¹⁰ Les interdictions de partis politiques entraînent leur dissolution sur le plan civil. On s'est demandé si les autorités politiques jouissaient vraiment d'un tel pouvoir ou si cette mesure n'était pas de la compétence exclusive des autorités judiciaires. L'article 78 CCS n'attribue-t-il pas au juge la dissolution des associations illicites ou immorales ? La question n'était pas sans importance. Confier cette tâche aux tribunaux revenait à accorder aux associations politiques des garanties de procédure et de fond en raison de l'indépendance des tribunaux.

La réponse du Tribunal fédéral fut ambiguë. Dans l'arrêt *Humbert-Droz* de 1932, il réservait encore au juge civil la compétence de dissoudre un parti politique ⁴¹⁵, mais dans l'arrêt *Barraud*, il accordait au pouvoir exécutif une compétence concurrente dans le cadre de son pouvoir réglementaire ⁴¹⁶. Il est vrai que des motifs sérieux militaient en faveur de cette solution. Comment assurer une procédure rapide et uniforme si la Confédération devait agir devant tous les tribunaux cantonaux où le parti était organisé. Il était en tout cas difficile de concilier la longueur d'une telle procédure et la sûreté de l'Etat ⁴¹⁷. Au surplus, l'article

78 CCS ne prévoit pas le cas des associations dangereuses pour l'Etat. Il n'est donc pas étonnant que le Conseil fédéral ait prononcé lui-même la dissolution du parti communiste. Un arrêté d'exécution du 17 décembre 1940 réglait la liquidation forcée de son patrimoine ⁴¹⁸. L'ensemble des écrits était confisqué par le Ministère public (art. 2), le solde actif revenait aux cantons dans lesquels le parti avait son siège (art. 3). Cette réglementation servit de modèle à la dissolution des mouvements d'extrême droite ⁴¹⁹.

2° Un parti recourt souvent à l'action politique, économique ou culturelle d'autres groupements aux tendances moins affichées. Il accroît ainsi sa sphère d'influence dans la société. L'interdiction d'un parti, sous peine de rester inefficace, doit souvent frapper aussi ces groupements annexes. L'arrêté d'exécution du 17 décembre 1940 réservait au Département fédéral de justice et police le droit de désigner les organismes de caractère communiste (art. premier). Deux ordonnances en dressèrent la liste ⁴²⁰. Il s'agissait d'associations aux buts fort divers (mouvements de jeunesse, œuvres sociales, librairies, sociétés de musique, etc.). La dissolution du Rassemblement fédéral nécessita les mêmes mesures ⁴²¹.

3° Un parti interdit a tendance à se reformer et à reprendre son activité sous une autre étiquette. Aussi l'ensemble des arrêtés d'interdictions s'étendaient-ils aux mouvements de remplacement. Mais le Conseil fédéral renonça à abuser de cette notion fort commode pour élargir une répression limitée au départ. Le parti communiste préféra d'ailleurs rester dans l'activité clandestine. Lorsqu'en 1943, le Parti du travail fit son apparition, le Conseil fédéral ne tenta pas de l'interdire malgré son caractère nettement communiste. Les mouvements d'extrême droite, en revanche, usèrent et abusèrent de ce stratagème. Ils manièrent avec tant d'art la dissolution volontaire, la scission et la fusion que le Conseil fédéral renonça bien vite à rechercher d'éventuels liens de filiation.

b) Sur les membres

L'interdiction d'un parti politique supprime dans le meilleur des cas son organisation. Restent les membres. Que deviennent-ils et quel est leur statut?

Le problème n'est pas facile à résoudre, car une mesure d'interdiction frappe de façon variable un cercle indéterminé de citoyens. D'une manière générale, une interdiction ne se limite nullement à suspendre la liberté d'association, elle frappe des citoyens dans leurs droits politiques

et dans d'autres libertés publiques ⁴²². Examinons successivement ces deux aspects.

1° *Les droits politiques.* L'interdiction d'un parti ne supprime pas le droit de vote de ses membres, mais elle en restreint l'exercice. Un électeur ne peut plus voter pour le parti de son choix. Il est vrai qu'une telle situation se retrouve chaque fois qu'un parti renonce à présenter des candidats à une élection. Mais ici, cette restriction est le fait de l'Etat qui intervient dans le jeu de la démocratie.

L'arrêté de dissolution du parti communiste prévoyait que ses membres ne pouvaient appartenir à une autorité fédérale, cantonale ou communale. Cette disposition qui fut aussi appliquée aux extrémistes de droite, leur retirait donc le droit d'éligibilité. Il va sans dire qu'une telle clause n'était nullement en accord avec la législation fédérale ou cantonale. L'article 75 Cst accorde le droit d'éligibilité à tout citoyen laïque, ayant droit de vote. Bien davantage qu'une nouvelle incompatibilité, le Conseil fédéral créait une condition subjective à l'éligibilité ; la qualité de communiste était assimilable à l'interdiction ou à une condamnation pénale. Si la clause d'inéligibilité était inconstitutionnelle, elle n'était pas davantage en accord avec la loi fédérale du 14 février 1919 sur les élections au Conseil national qui ignore l'existence des partis et requiert simplement qu'une liste de candidats soit munie de quinze signatures (art. 5). On pouvait dire la même chose des dispositions cantonales. Droit d'exception, la clause d'inéligibilité ne trouvait son fondement que dans l'arrêté sur les pleins pouvoirs de 1939.

La déchéance des députés élus représentait une atteinte encore plus grave aux principes constitutionnels de notre démocratie libérale. La Constitution fédérale ne qualifie-t-elle pas les députés au Conseil national de représentants du peuple suisse (art. 72 Cst) qui votent sans instructions (art. 91 Cst). Priver des députés de leur mandat en raison de leur appartenance à un parti, c'était tout au contraire reconnaître qu'ils ne représentaient que ce parti et qu'ils suivaient ses instructions ⁴²³.

L'application des mesures de déchéance n'entraîna pas de difficultés sérieuses. L'extrémisme politique était peu représenté dans les Parlements. Le Conseil fédéral avait pourtant pris un risque en laissant aux assemblées législatives le soin d'exclure de leur sein les indésirables ⁴²⁴. Il est vrai qu'il s'était réservé un droit de revision. Au Conseil national, il fallut attendre l'interdiction de la Fédération socialiste suisse pour

que, dans sa séance du 12 juin 1941, le Conseil national prononçât la déchéance de quatre députés affiliés à ce parti. Sur le plan cantonal, l'interdiction du parti communiste entraîna la déchéance d'un certain nombre de députés à Bâle ⁴²⁵ et à Zurich, celle de la Fédération socialiste suisse de vingt-sept députés genevois ⁴²⁶.

Mais ces mesures laissaient de nombreuses questions en suspens. Suffisait-il qu'un député fût porté sur une liste extrémiste pour qu'on pût admettre qu'il en partageait toutes les idées subversives ⁴²⁷. Le problème était plus complexe encore lorsqu'il s'agissait d'épurer les listes électorales des candidats extrémistes. Que fallait-il entendre notamment par communiste ? Le fait d'avoir été membre actif du parti, d'être connu pour son activité ou son orientation politique. Un danger surgissait en tout cas : celui de juger uniquement en fonction d'une activité passée, et de méconnaître ainsi certaines conversions politiques. Saisi de plusieurs recours, le Tribunal fédéral devait invoquer une compétence exclusive du Conseil fédéral. Un changement d'opinion semble n'avoir été admis qu'avec beaucoup de prudence. Le fait d'avoir adhéré à une liste sans parti ⁴²⁸ ou d'un autre parti ⁴²⁹ n'a en tout cas pas été jugé suffisant.

2° Les libertés publiques. Il est difficile de concevoir une interdiction de parti politique qui ne porte pas atteinte à d'autres libertés publiques en dehors du droit d'association. On reconnaît en général que le lien entre la liberté d'opinion et la liberté d'association est très étroit, que cette dernière n'est bien souvent qu'un aspect de l'autre. Et pourtant, si l'on examine le danger que l'exercice de ces libertés fait courir à l'ordre public ou à la sûreté du pays, la solidarité de ces deux libertés ne paraît pas aussi évidente. On admet, en effet, que le phénomène associatif rend la réalisation d'une doctrine politique plus proche ⁴³⁰, qu'une idée répandue par la parole ou la presse est peu dangereuse aussi longtemps qu'elle ne s'appuie pas sur l'action tant soit peu cohérente d'un mouvement politique. L'interdiction d'un parti ne devrait donc viser qu'à supprimer son organisation, ses manifestations collectives (presse de parti, assemblées) sans toucher à la propagande purement individuelle.

Mais, pour des raisons essentiellement pratiques, une telle distinction semble inapplicable. Après avoir supprimé un parti, que reste-t-il pour discerner son activité ultérieure, si ce n'est l'idéologie qui anime ses membres et les pousse à rechercher de nouveaux moyens d'expression.

La législation d'exception du Conseil fédéral n'a pas échappé à ce dilemme. L'ACF du 6 août 1940 interdisait toute activité communiste et toute propagande individuelle avant même de dissoudre le parti. L'interdiction des partis d'extrême droite a précédé ou suivi une législation pénale qui punissait sur un plan individuel la plupart des aspects de leur idéologie. On ne peut accuser le Conseil fédéral d'avoir manqué de logique. Il convient simplement d'admettre que les interdictions de partis politiques entraînent nécessairement une atteinte à la liberté d'opinion sur un plan individuel. De manière certes moins étendue, les interdictions de partis portent aussi atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de propriété. Il suffit de rappeler que la législation du Conseil fédéral a entraîné la dissolution de sociétés immobilières, de librairies, d'imprimeries et d'œuvres sociales⁴³¹ dont les biens ont fait l'objet de confiscation⁴³².

D. *La fin des interdictions de partis politiques*

Un ACF du 27 février 1945⁴³³ prononça la levée des interdictions de partis (art. 6). Cette mesure de libéralisation était valable aussi bien à l'égard du parti communiste, des groupes d'extrême gauche que des différents mouvements d'inspiration nationale-socialiste. Il est vrai que l'arrêté prorogeait en même temps les sanctions pénales destinées à réprimer les excès de la propagande extrémiste (art. 1-5).

Pour bien marquer le caractère exceptionnel des mesures d'interdiction, les poursuites engagées furent suspendues dans la mesure où l'infraction se limitait à une action partisane clandestine ou à des actes de propagande individuelle (art. 7₁). L'exécution des peines prononcées fut également suspendue (art. 7₃). Par contre les écrits et biens confisqués ne furent pas restitués (art. 7₄) et la fin de la déchéance des députés extrémistes n'entraîna pas de réélection immédiate (art. 8).

CHAPITRE III

Les survivances du droit d'exception (ACF 29 décembre 1948)

La liberté est la règle. En période de tranquillité, il est normal que les manifestations d'opinions soient débarrassées de toute entrave administrative, que le droit pénal ne frappe que celles qui constituent des délits.

Il n'est donc pas surprenant que les mesures fédérales d'exception aient disparu en ne laissant pour tout vestige que l'ACF du 29 décembre 1948 sur la propagande subversive. Les cantons sont à nouveau pleinement compétents pour assurer l'ordre public. La presse, les réunions, les associations ne sont plus sujettes à des sanctions, sur le plan local, qu'en cas de danger sérieux, direct et imminent.

On peut s'étonner, en revanche, que notre système juridique ne prévoie pas de législation fédérale valable pour le temps de troubles politiques ou de guerre. Nous n'avons pas, à l'image de la France, des lois sur l'état de siège ou de guerre. Cette particularité est frappante pour les mesures administratives appelées à restreindre la liberté d'opinion. De la législation d'exception si étendue de la Seconde Guerre mondiale, il ne reste que l'arrêté cité plus haut. Si un nouveau conflit venait à surgir, tout serait à recommencer en hâte, et ceci non par le Parlement, mais sans doute à nouveau par le Gouvernement fédéral. Sagesse ou inconscience ? Il est vrai qu'une législation détaillée serait parfaitement vaine devant l'imprévisibilité des événements. Mais avec les expériences accumulées durant les deux guerres mondiales, nous serions parfaitement à même d'édicter une loi cadre qui fixerait dans quelle mesure la liberté d'opinion doit être respectée.

Examinons toutefois ce qui subsiste de la législation d'exception. L'ACF du 29 décembre 1948 charge le Ministère public de la Confédération de saisir les objets qui peuvent servir à la propagande subversive. La confiscation ressortit au Conseil fédéral.

La notion de propagande subversive est très large. Il s'agit de toute manifestation d'opinion propre à mettre en danger la sûreté intérieure

ou extérieure de la Confédération, en particulier l'indépendance, la neutralité, les relations avec l'étranger, les institutions politiques et notamment démocratiques de la Suisse ou les intérêts de la défense nationale, de même que les écrits ou objets antireligieux. Bien que par objet, il faille entendre avant tout les produits de la presse, il peut s'agir aussi de films ⁴³⁴, de disques, d'insignes, pourvu qu'ils incorporent une idée subversive.

L'ordonnance requiert la collaboration des services douaniers et postaux. Elle est de nature à modifier le fonctionnement légal de ces services publics, réglé notamment par la loi sur les douanes du 1^{er} octobre 1925 et par la loi sur le service des postes du 2 octobre 1924. Les autorités douanières ne peuvent séquestrer, en effet, que les publications immorales (art. 36₄ LsD, art. 55 règlement d'exécution). Quant aux envois postaux, la Constitution en garantit le secret, du moins s'ils sont fermés (art. 36 Cst). L'administration ne peut les détourner qu'en cas d'instruction pénale ou pour prévenir un crime ou un délit (art. 6₃ LsP). Il est vrai que les postes jouissent d'un certain pouvoir de censure sur les envois qui contiennent des propos injurieux, qu'elles peuvent livrer au Ministère public ceux qui incitent au crime (art. 25 LsP). Mais la notion de propagande subversive dépasse largement les dérogations admises par la loi.

L'application de cette ordonnance semble avoir été jusqu'à présent assez modérée. Dans sa formulation générale, elle peut cependant porter des atteintes inadmissibles à la liberté d'opinion. Le Conseil fédéral a confisqué surtout la propagande extrémiste, nationale-socialiste, fasciste ou communiste. Parfois cette littérature n'est même pas destinée à notre pays ⁴³⁵. Presque toujours le maintien de relations diplomatiques correctes semble le mobile déterminant du Conseil fédéral. Qu'il s'agisse d'interdire des cartes ou des tracts attaquant l'URSS ⁴³⁶, une brochure justifiant une attaque perpétrée contre la légation de Roumanie ⁴³⁷, des livres faisant l'apologie du national-socialisme et d'Hitler ⁴³⁸, des imprimés sur les troubles du Moyen-Orient ⁴³⁹. Rarement, la confiscation a pour objet de préserver la sécurité intérieure. Citons cependant la menace de séquestre d'un manuel italien réédité en Suisse, en raison de passages irrédentistes ⁴⁴⁰, l'interdiction d'une brochure des Témoins de Jéhovah, *L'Eglise catholique au XX^e siècle*, propre à troubler la paix religieuse ⁴⁴¹.

La saisie du matériel de propagande électorale, importé en Suisse en vue des élections parlementaires par des partis italiens semble beaucoup plus contestable. On ne voit pas, à première vue, en quoi cette

propagande est de nature à troubler l'ordre public⁴⁴². L'ACF du 29 décembre 1948 apparaît en définitive comme une arme redoutable. Son application à la littérature du pays ne nous paraît compatible avec la liberté de la presse qu'au cas où un danger sérieux, direct et imminent menace l'ordre public.

Le contrôle cinématographique

« Il n'y a de liberté publique en droit positif que celle dont l'exercice est garanti et organisé par la Constitution ou du moins par la loi. » Cette maxime française est d'une validité générale, en admettant qu'une liberté peut être implicitement reconnue⁴⁴³. Est-il dès lors sensé de parler de la liberté du cinéma comme on parle de la liberté de la presse, c'est-à-dire d'une libre expression par le moyen du film ?

La réponse à cette question est ambiguë. Le Tribunal fédéral reconnaît au cinéma la liberté du commerce et de l'industrie, plus récemment la liberté d'opinion conçue aussi comme une liberté de l'art. Mais, pour les raisons que nous avons exposées, sa jurisprudence très réservée et limitée aux actes arbitraires a peu d'influence sur la législation.

Il reste donc à examiner dans quelle mesure la législation fédérale et cantonale organise cette liberté. Disons d'emblée qu'un tel examen n'est pas rassurant. Le cinéma n'échappe ni à la censure ni même à des mesures interventionnistes sur le plan culturel.

La *censure* est organisée sur le plan cantonal par des lois dont le libéralisme dépend surtout du bon vouloir de l'administration. La loi fédérale du 28 septembre 1962 permet aussi une censure fédérale politique par un contrôle sommaire, mais général, des films importés.

L'*interventionnisme culturel* a pour base l'article 27^{ter} Cst. Si cette nouvelle disposition constitutionnelle, acceptée par le peuple le 6 juillet 1958, a aussi pour but d'encourager le cinéma suisse, elle fonde surtout un régime interventionniste qui soumet l'importation des films au contingentement et l'ouverture des salles de projection à autorisation. Nous verrons que, par ce biais, la Confédération et les cantons peuvent intervenir sur le plan culturel.

Et pourtant une telle réglementation ne va pas de soi. Avant d'être une industrie, le cinéma est un art, un moyen d'expression qui sert autant au divertissement qu'à l'enseignement, à la science qu'à l'information. Relevant de l'initiative privée, il devrait rester en dehors de

toute intervention étatique. La liberté du cinéma, ou plutôt son contenu, dépend donc de l'application de cette législation. A lui enlever trop de substance, on finira par la faire disparaître.

1° Les raisons de la censure cinématographique

A. Les raisons historiques

En tant qu'art, le cinéma fit des débuts peu convaincants. Après que les frères Lumière eurent fait découvrir aux Parisiens le cinématographe, le 28 décembre 1895, leurs imitateurs, dans les années suivantes, se contentèrent de projeter des scènes de la vie courante ou de courtes farces du type de *L'arroseur arrosé* ou des *Méfais d'une tête de veau* (1896-1900). Puis, s'inspirant de certains journaux à sensation, le cinéma n'avait pas hésité à exploiter un goût pour la violence et le macabre en prétendant reconstituer des affaires criminelles. Enfin, l'attrait du feuilleton allait donner naissance au « roman feuilleton cinéma ». Certains journaux n'hésitèrent pas à ouvrir au sous-sol une salle destinée à projeter les films à épisodes qui illustraient le texte du journal ⁴⁴⁴.

Et pourtant le cinéma ne se complaisait pas uniquement dans le mauvais goût. Dès 1919, le théâtre filmé submergeait les scènes. On n'hésitait pas à tourner *Macbeth*, *Hamlet*, *Britannicus*, avec le concours de grands acteurs dramatiques. Les journaux les plus réfractaires réservèrent une place à la critique cinématographique. Très tôt, le cinéma joua aussi un rôle d'information de premier plan. Les bandes d'actualité eurent un succès si foudroyant qu'on n'hésita pas, par exemple, à reconstituer le couronnement du roi d'Angleterre Edouard VII (1902) ⁴⁴⁵. De partout, le spectateur pouvait assister au voyage en France du tsar Nicolas II, à l'éruption du Vésuve, à la Fête des vignerons de Vevey. Plus tard aux péripéties de la Première Guerre mondiale.

Mais de manière générale, le cinéma gardait mauvaise presse. Pour une majorité du public, il était une attraction foraine avant d'être un spectacle d'art ou une presse filmée. En France, une circulaire télégraphique du 11 janvier 1909 jetait les bases de ce qui sera la censure. Elle donnait l'ordre aux préfets de France et d'Algérie d'interdire toute représentation cinématographique de l'exécution de Béthune, en assimilant le cinéma aux spectacles dits de curiosité, soumis à autorisation des maires ⁴⁴⁶. Le cinéma se voyait donc rangé au côté des spectacles de marionnettes, du café-concert, de la magie et des expositions d'animaux ⁴⁴⁷.

Une évolution parallèle eut lieu en Suisse. Ainsi la ville de Zurich soumit d'emblée l'exploitation cinématographique à la loi sur les marchés et le colportage ⁴⁴⁸. Devant le succès du cinéma permanent, les réglementations communales se révélèrent d'ailleurs rapidement insuffisantes. Lors d'une conférence des directeurs de police, à Hérिसau, le 27 octobre 1913, on proposa l'instauration d'une censure cantonale et l'interdiction des représentations immorales, offensantes ou dépravantes ⁴⁴⁹. Dans les années suivantes, les cantons édictèrent les uns après les autres des lois de censure. La guerre ne fit que renforcer l'hostilité à l'égard du cinéma, jugé frivole et de mauvais goût. Est révélatrice à ce sujet la décision des autorités neuchâteloises de fermer, durant la durée des hostilités, les salles de projection, sous prétexte que le cinéma constituait pour les classes pauvres de la population une tentation de dépenses exagérées ⁴⁵⁰.

Mais l'instauration d'une censure préalable allait poser des problèmes d'ordre constitutionnel. En 1916, la Société suisse des juristes examine les rapports Guex et Henggeler ⁴⁵¹. Ces deux rapports mettent bien en lumière les causes de la censure cinématographique. L'un et l'autre partagent la réprobation générale envers le cinéma pour des raisons tant morales qu'esthétiques. Guex relève, « afin d'éviter des notices explicatives, on imagine des scénarios d'où toute psychologie est absente et qui comportent une succession d'actions rapides et brutales. Les enseignements moraux offerts, ajoute-t-il, sont d'un ordre généralement assez bas, le côté instructif négligeable. Le cinéma est somme toute un divertissement peu relevé ⁴⁵². » Mais les deux rapporteurs soulignent aussi justement que la désapprobation dont le cinéma est l'objet a d'autres causes que son mauvais goût. Son succès foudroyant lui a créé de nombreux ennemis. « L'hostilité contre le cinéma groupe aujourd'hui des alliés hétéroclites. Aubergistes et maîtres d'école, directeurs de théâtres et ecclésiastiques sont d'accord pour demander à l'État de lutter contre une nouvelle puissance trop envahissante », remarque Guex ⁴⁵³. D'une manière plus générale, le cinéma trouble le monde bourgeois au fur et à mesure qu'il y trouve des adeptes. Il reste, aux yeux de ses détracteurs, le théâtre des petites gens sans culture. « Les classes les moins cultivées de la société, celles qui naguère se repaissaient de romans feuilletons et se délectaient au mélodrame ont eu leurs aspirations réalisées de la façon la plus adéquate par le cinématographe », ajoute sévèrement Guex ⁴⁵⁴. Même sentiment chez M^{me} Henggeler qui en tire un argument contre la censure. « N'attribuerait-on pas à une justice de classe le contrôle des

divertissements du travailleur alors qu'au théâtre, on présente aux nantis des œuvres peu morales et dont l'esthétique voisine celle de certains ciné-drames ⁴⁵⁵. »

L'un et l'autre rapport s'opposent pourtant à l'instauration d'une censure préalable. Lors de la discussion, Guex déclare : « J'ai pour le cinéma une aversion profonde, pour la liberté un goût très vif ⁴⁵⁶. » Il voit, en définitive, dans la censure préalable une censure morale, relève que déjà les censeurs se conduisent tels des directeurs de théâtres à l'égard des manuscrits qui leur sont soumis ⁴⁵⁷. Pourtant aucun des rapports ne songe à revendiquer pour le cinéma le régime de la presse.

Le Tribunal fédéral mit fin aux controverses en déclarant constitutionnelle la censure préalable dans l'arrêt *Burkhardt* de 1918. Le cinéma était victime de sa mauvaise production et de l'hostilité générale qu'il avait suscitée.

Depuis l'apparition du film sonore (1927), le cinéma a fait d'extraordinaires progrès, tant au point de vue esthétique que technique ⁴⁵⁸. Personne ne contestera aujourd'hui qu'il soit un art et un moyen d'information de tout premier plan. Cette évolution n'a pas échappé aux autorités fédérales. En 1925, le Conseil fédéral déclarait déjà, non sans audace : « Malgré l'indifférence ou même l'animosité que rencontre encore le cinématographe, il s'imposera comme l'une des plus brillantes acquisitions techniques de ce temps ⁴⁵⁹. » Ce qui n'était encore qu'une prédiction, était devenu depuis longtemps réalité, en 1961, lors de la présentation de la loi fédérale sur le cinéma. Dans son message, le Conseil fédéral plaçait le cinéma sur pied d'égalité avec la presse et la radio comme moyen de propagande des idées et des nouvelles ⁴⁶⁰.

Mais si le cinéma apparaît aujourd'hui comme un moyen d'information et un art avant d'être une industrie, il n'a pas encore acquis ses lettres de noblesse en droit public. La censure, quoique assez libérale dans son fonctionnement et dans ses décisions, demeure générale. Plusieurs cantons l'ont prorogée dans des lois toutes récentes ⁴⁶¹. Un seul canton, Neuchâtel, s'est décidé à abroger la censure pour les adultes ⁴⁶². Il nous semble intéressant d'examiner les fondements que l'on prête actuellement à une telle survivance.

B. Les raisons actuelles

Les raisons invoquées pour justifier la censure sont multiples. Mais toutes n'ont pas une valeur juridique. Nous ne retiendrons que celles qui font de la censure une mesure de police nécessaire et non discriminatoire.

Pour les partisans du régime actuel, il s'agit en effet de démontrer que l'industrie cinématographique crée pour l'ordre public un danger sérieux, inhérent à son exploitation.

a) Les raisons psychologiques

« Le cinéma exerce sur les spectateurs une action psychologique d'une telle intensité qu'il peut en user et abuser dans n'importe quel but », déclare le Conseil fédéral dans son message sur l'article 27 *ter* du 24 février 1956 ⁴⁶³. C'est admettre que la représentation cinématographique incite à transposer dans la réalité l'action vécue sur l'écran et crée par là un risque sérieux pour l'ordre public, notamment par un regain de criminalité ou un relâchement des mœurs. Pouvoir dont la presse ne disposerait pas. C'est, en tout cas, l'avis du Conseil fédéral pour qui le cinéma se distinguerait par la puissance de son langage, son pouvoir de suggestion que l'obscurcissement de la salle renforce en modifiant chez le spectateur la notion du temps et les facultés critiques ⁴⁶⁴.

Le Tribunal fédéral s'est également approprié cette thèse. Dans un arrêt *Sphinx Film AG*, il justifie la censure en ces termes : « Le film exerce sur le grand public une influence considérable, plus forte, plus directe et plus variée qu'aucune autre œuvre artistique. S'il est un élément de culture et d'expression artistique, s'il satisfait maintes fois de façon heureuse le besoin d'évasion, il peut aussi par son effet fascinant jouer un rôle néfaste sans que nécessairement chacune de ses images soit par elle-même à déconseiller ⁴⁶⁵. »

Il semble aussi difficile de contester le bien-fondé de cette thèse que d'en prouver la véracité. On peut sans doute objecter qu'elle tient trop peu compte du phénomène d'accoutumance. Le cinéma est un art dont les règles commencent à être enseignées à l'école. Il semble bien qu'il ne doive plus susciter d'autre fascination que celle qu'inspire toute œuvre d'art. Sous prétexte de protéger le spectateur d'influences néfastes, la censure ne protège souvent que sa susceptibilité et son conformisme.

b) Les raisons politiques

En raison de l'enchevêtrement international de la production cinématographique, tout pays est exposé à subir par le film l'ascendant d'idéaux et de mœurs étrangères. Le risque devient sérieux dès qu'un Etat voisin contrôle et inspire sa production nationale dans un but de propagande. Afin d'empêcher que notre pays ne subisse une influence cinématographique par trop unilatérale, sur les plans culturel et politique, le législateur fédéral a établi toute une série de mesures destinées à influencer la provenance et la nature des films projetés en Suisse (contrôle des importations, contingentement, contrôle de l'exploitation des salles de cinéma). Parmi ces mesures, la censure occupe une place bien modeste. Actuellement, l'interdiction d'un film pour des raisons politiques est devenue rarissime et ne saurait justifier une censure générale.

c) Les raisons économiques

Le cinéma serait une industrie spéculatrice qui a tendance à diminuer ses risques financiers par une production d'un niveau culturel peu élevé⁴⁶⁶. On voit ici poindre un argument connu. En raison de sa destination, le cinéma est condamné à la médiocrité et au mauvais goût. Dans cette optique, la censure aurait pour tâche de limiter l'abaissement de la production en éliminant les produits les plus douteux. Mais si cet argument correspond partiellement à la réalité, il ne justifie nullement la censure dans les limites que nous avons tracées.

1° La censure n'est pas un instrument de politique culturelle ou pédagogique. Mesure de police administrative, elle a pour tâche stricte le maintien de l'ordre public.

2° L'élément spéculatif atteint aujourd'hui plus gravement la grande presse que l'industrie cinématographique. Un statut spécial du cinéma ne se justifie donc point pour des raisons économiques.

2° La censure fédérale

A. Les sources

L'institution d'une censure fédérale par un contrôle préalable, général, mais sommaire des films importés revêt un but de police. Mais elle est liée au contingentement des importations cinématographiques de nature politique et économique.

Dès les débuts du cinéma, notre pays ne put compter que sur une production nationale négligeable⁴⁶⁷. Sa dépendance à l'égard de l'extérieur était encore accrue par la mainmise des firmes étrangères sur notre réseau de distribution⁴⁶⁸. La tension politique précédant la Seconde Guerre mondiale devait mettre en lumière les dangers de telles structures économiques. Après que nos voisins eurent mis au pas l'art cinématographique, le risque d'un afflux de propagande plus ou moins subversive devint aigu. Aussi, le Conseil fédéral réagit-il par un arrêté du 26 septembre 1938⁴⁶⁹, en soumettant l'importation de films à un régime de permis (art. premier) et en procédant à un contingentement des films scéniques (art. 2). L'ordonnance d'exécution faisait dépendre l'importation de chaque film scénique d'une demande accompagnée d'un résumé succinct de son déroulement (art. 5)⁴⁷⁰.

Les bases matérielles d'une censure étaient donc jetées. En s'appuyant directement sur sa compétence générale en matière de sécurité extérieure et intérieure (art. 102₈₋₁₀ Cst), le Conseil fédéral pouvait faire obstacle, pour des raisons politiques, à l'entrée en Suisse des films jugés dangereux pour l'ordre public ou la sûreté du pays⁴⁷¹.

B. *Le régime actuel*

(La loi sur le cinéma, du 28 septembre 1962)

La loi sur le cinéma, du 28 septembre 1962, ne confirme nullement l'existence d'une censure fédérale, de nature essentiellement politique, sur les importations cinématographiques. Seule l'ordonnance d'exécution II, du 28 décembre 1962, en jette les bases concrètes. Il serait faux cependant d'en déduire que le Conseil fédéral a outrepassé ses pouvoirs. A notre avis, et comme son développement historique le prouve, la réglementation de la censure fédérale repose directement sur l'article 102₈₋₁₀ Cst et non sur l'article 27 Cst. Le Conseil fédéral n'a donc pas besoin d'une délégation de pouvoir pour procéder au contrôle des films qu'il juge contraires à l'ordre public.

a) *L'autorité de censure*

Le Département fédéral de l'intérieur est compétent pour la délivrance des permis d'importation (art. 16 LC). Mais il ne joue pas le rôle d'organe de censure. Il transmet simplement aux autorités de poursuites pénales

les cas où la projection du film pourrait constituer une infraction pénale (art. 6₁ ord. II). Si, au vu de la demande, un film est de nature à mettre en danger la sûreté du pays, il transmet le dossier au Ministère public à l'intention du Conseil fédéral qui statuera lui-même (art. 6₂ ord. II) ⁴⁷².

b) Procédure et conditions d'octroi du permis

Le système du permis n'entraîne pas le dépôt automatique de la bande filmée aux mains du secrétariat du Département de l'intérieur. Il s'agit d'un contrôle sommaire. Il suffit donc que la demande soit accompagnée d'une description détaillée du développement de l'action (film scénique), d'un bref résumé pour les courts métrages (art. 5 ord. II).

Pour les films d'actualités, il n'existe pas à proprement parler de contrôle préalable. Le permis englobe une projection hebdomadaire durant un laps de temps de trois mois (art. 14₂ ord. II). Après l'introduction de chaque bande, le distributeur doit cependant dresser une liste du contenu et des lieux de prises de vues (art. 16 ord. II).

Au vu des pièces déposées, le film doit offrir certaines garanties :

1^o Sa projection ne doit pas constituer un délit réprimé par le droit pénal fédéral (art. 6₁ ord. II).

2^o Sa projection ne doit pas mettre en danger la sécurité intérieure et extérieure de la Confédération. Notamment son indépendance, sa neutralité, ses relations avec les Etats étrangers, ses institutions politiques, démocratiques, les intérêts de la défense nationale ou la paix confessionnelle (art. 6₂ ord. II).

Si, au vu de la demande, le film ne présente aucun de ces caractères, le Département de l'intérieur délivre un permis d'importation. Si le doute subsiste, le dossier est transmis, soit aux autorités de poursuites pénales compétentes, soit au Conseil fédéral. Avant qu'une décision n'intervienne, la procédure administrative est suspendue (art. 6₃ ord. II).

La procédure devant le Conseil fédéral n'est pas fixée par la loi sur le cinéma. Elle relève des principes généraux de l'administration. Il semble pour le moins nécessaire de procéder à la projection intégrale du film. Dans sa décision, le Conseil fédéral est sans doute tenu aux principes fondamentaux du droit administratif (principes d'égalité, de proportionnalité). Il dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation. Un film n'a pas besoin de constituer un crime ou un délit contre l'Etat ou la

défense nationale (art. 265-279 CPS), contre les relations avec l'étranger (art. 296-302 CPS) pour être interdit.

c) Les effets du permis

Le permis vaut autorisation d'importation. Sa validité est limitée à trois mois (art. 7^s ord. II). Encore faut-il que son titulaire soit au bénéfice d'un contingent et qu'il en respecte les limites pour que le film soit distribué en Suisse.

Le film au bénéfice d'un permis d'importation n'est nullement soustrait à la censure cantonale. Les cantons demeurent libres de réapprécier sa compatibilité avec leurs lois de censure, même sur le plan politique.

d) Sanctions pénales

Le fait de soustraire un film à la censure en l'important sans autorisation ou en obtenant un permis par de fausses indications ou un comportement fallacieux est puni des arrêts ou de l'amende (art. 21 LC).

3° Les autres mesures administratives fédérales en matière cinématographique

La censure représente l'atteinte à la liberté d'opinion la plus directe, la plus visible, puisqu'elle interdit ou mutilé un film en raison de son contenu. Mais un Etat peut édicter mille autres mesures destinées à contrôler la production cinématographique et à empêcher la projection de certaines catégories de films.

La loi sur le cinéma, du 28 septembre 1962, en est un exemple ⁴⁷³. En réglementant le contingentement des importations et l'ouverture et la transformation des salles de projection, la loi a bien sûr des effets économiques : éviter un développement anarchique de l'industrie cinématographique. Mais ses fins dernières sont culturelles, car l'intervention de l'Etat n'est justifiée que si la lutte concurrentielle s'aggrave au point d'entraîner un abaissement de la qualité des films projetés ⁴⁷⁴. Le Conseil fédéral l'avait bien compris en réclamant au préalable une nouvelle base constitutionnelle qui permît à la Confédération d'intervenir sur le plan culturel ⁴⁷⁵.

D'ailleurs la loi n'a pas seulement pour but de maintenir la production cinématographique à un niveau satisfaisant. Elle vise à écarter aussi certaines catégories de films hostiles à nos institutions ou contraires à notre culture. Mais à la différence de la censure, les mesures qu'elle pro-

pose agissent non pas sur le film lui-même, mais sur le distributeur ou le directeur de salle.

Mentionnons deux mesures caractéristiques à ce sujet.

1° De nouveaux contingents ne sont attribués qu'aux requérants dont la situation personnelle garantit une exploitation saine tant du point de vue culturel qu'économique (art. 12₄ LC). Ainsi, pour prétendre à un contingent, il faut une bonne réputation et une certaine attitude politique ⁴⁷⁶. Par une garantie personnelle, la loi sur le cinéma entend écarter les distributeurs qui miseraient sur des films immoraux, glorifiant le crime, ou simplement hostiles à nos institutions et à notre culture.

Les mêmes raisons peuvent aussi entraîner le retrait temporaire ou définitif du contingent (art. 15 LC). Le Département de l'intérieur est compétent pour attribuer, réduire ou retirer les contingents (art. 16 LC). Il suffit que le distributeur agisse continuellement à l'encontre des intérêts de la culture ou de l'Etat. Cette formule générale englobe tous les cas possibles, de l'importation systématique de films sans valeur, par la pratique du louage en bloc ou à l'aveugle, à la perte de toute indépendance à l'égard de l'étranger ou à une attitude politique qui se traduirait par un approvisionnement unilatéral en films.

Au besoin, ces mesures peuvent constituer une nouvelle forme de censure en permettant d'écarter un distributeur dont les films ont eu des démêlés avec la censure cantonale ⁴⁷⁷.

2° Le régime soumettant à autorisation l'ouverture et la transformation des salles de projection obéit à des buts similaires. Il poursuit un objectif général : éviter qu'un accroissement excessif des cinémas n'entraîne l'abaissement du niveau cinématographique. Mais il s'accompagne d'une mesure redoutable : le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation (art. 19 LC). Or cette sanction peut intervenir non seulement en cas de projection systématique de films sans valeur (louage à l'aveugle ou en bloc), mais à nouveau lorsque l'exploitant agit continuellement à l'encontre des intérêts culturels ou de politique générale du pays (art. 19₂ LC). L'Etat s'arroge donc le droit d'intervenir dans la projection des œuvres cinématographiques.

Les autorités compétentes en matière d'ouverture ou de fermeture de cinéma sont les cantons (art. 20 LC). Mais leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission fédérale de recours en matière cinématographique (art. 20₂ LC), composée de juges de carrière élus par

le Conseil fédéral (art. 17 LC). Cette commission revoit également les décisions du Département de l'intérieur en matière d'octroi ou de retrait de contingent.

Il faut espérer que de telles garanties de procédure seront de nature à éviter des mesures de censure déguisées ⁴⁷⁸.

4° La censure cantonale

La censure cantonale représente l'atteinte la plus ancienne et la plus générale à la liberté du cinéma. Ce qui ne saurait étonner puisque le maintien de l'ordre public et de la moralité incombe en premier lieu aux cantons dans notre Etat fédéral ⁴⁷⁹.

La plus ancienne. La censure cantonale remonte presque aux débuts du cinéma. Il est vrai qu'elle fut organisée tout d'abord dans les villes, au niveau communal ⁴⁸⁰. Mais, dès la fin de la Première Guerre mondiale, la plupart des cantons légiférèrent en instaurant une censure préventive, générale ou limitée, ou encore simplement répressive ⁴⁸¹. Il fallut, en revanche, attendre l'ACF du 26 septembre 1938 pour qu'un texte légal fondât l'intervention des autorités fédérales.

La plus générale. La censure cantonale peut interdire tous les films de nature à troubler l'ordre public, c'est-à-dire la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité du public. A vrai dire, les motifs de censure ne sont pas uniformes d'une législation à l'autre, mais leur énumération non exhaustive et peu précise cache un pouvoir de police général ⁴⁸². La censure fédérale est en revanche plus limitée. Elle est de nature essentiellement politique. Elle n'intervient que si un film constitue une infraction au Code pénal ou une menace pour la sûreté de la Confédération.

A. La centralisation

Les avantages d'une centralisation de la censure cinématographique au sein des cantons sont évidents. L'exploitant n'est pas seul à tirer profit d'un contrôle unique valable sur l'ensemble du territoire cantonal. La centralisation permet une lutte rationnelle et coordonnée contre les films jugés dangereux pour l'ordre public. Seule une commission cantonale peut en effet s'adjoindre des experts et parvenir à une vue d'ensemble de la production cinématographique. Il n'est dès lors pas étonnant que la compétence des cantons se soit étendue de plus en plus aux dépens des autorités communales ⁴⁸³.

Le problème de la centralisation ne se pose à vrai dire pas pour les cantons citadins où la presque totalité des cinémas sont groupés au chef-lieu. Ainsi Bâle ⁴⁸⁴ et Genève ⁴⁸⁵ ont centralisé la censure alors que Schaffhouse ⁴⁸⁶ laissait à la ville le soin d'une réglementation générale, se contentant d'édicter des mesures protégeant la jeunesse.

Disposent d'une censure centralisée les cantons de Bâle-Campagne ⁴⁸⁷, Lucerne ⁴⁸⁸, Soleure ⁴⁸⁹, Schwytz ⁴⁹⁰, Valais ⁴⁹¹, Zoug ⁴⁹², Zurich ⁴⁹³. A ces cantons se sont joints Fribourg ⁴⁹⁴, Argovie ⁴⁹⁵. Le canton de Neuchâtel avait suivi une voie parallèle avant de supprimer la censure pour les adultes ⁴⁹⁶.

Un certain nombre de cantons ont cependant conservé une décentralisation au profit des communes sous des formes diverses. Peu poussée à Nidwald ⁴⁹⁷ où seules les représentations dans les hôtels sont soumises à l'approbation du président de commune, dans le canton de Vaud ⁴⁹⁸ où les communes peuvent exiger un contrôle préalable des films, mais laissent au Département de justice et police le soin de prendre la décision de censure, la décentralisation est plus accentuée à Saint-Gall ⁴⁹⁹ où le Département de police n'intervient qu'en cas de première vision en Suisse, laissant aux communes le soin de contrôler les autres films, à Uri ⁵⁰⁰ où la censure cantonale n'est que facultative. Un groupe de cantons de la Suisse orientale a conservé de façon encore plus complète l'autonomie communale. Ainsi Appenzell Rhodes-Intérieures ⁵⁰¹, Glaris ⁵⁰², Grisons ⁵⁰³, Tessin ⁵⁰⁴ et Thurgovie ⁵⁰⁵. En Appenzell Rhodes-Extérieures, seule la commune d'Hérisau dispose d'une ordonnance ⁵⁰⁶.

B. *Les organes de censure*

La censure est une activité administrative assez spéciale. Il n'est donc pas étonnant que les cantons délèguent à des commissions d'experts l'examen des films soumis à la censure. C'est le cas de presque tous les cantons où elle-ci est centralisée ⁵⁰⁷.

Dans les cantons de Lucerne, Schwytz, Bâle et Zoug, la délégation est même si complète que la commission prononce elle-même, en son nom, la décision de censure. Sinon l'avis de la commission est plus ou moins obligatoire. La décentralisation n'encourage pas une telle procédure. Si Vaud et Saint-Gall ont également instauré une commission, ailleurs les autorités communales se contentent généralement de déléguer un membre du Conseil communal.

La décision de censure est généralement sujette à recours. Recours au Conseil d'Etat s'il s'agit d'une décision d'un département ou d'une commission d'experts, au Département de police s'il s'agit d'une décision communale ⁵⁰⁸. Seuls semble-t-il les Grisons auront recours au Conseil communal seulement. Le recours à un tribunal administratif est ouvert dans deux cantons. A Bâle-Ville, les décisions de la commission du film sont déferées directement au Tribunal administratif cantonal qui juge librement ⁵⁰⁹. A Zurich, un même tribunal revoit les décisions du Conseil d'Etat ⁵¹⁰.

C. *La procédure de censure*

La censure soumet la représentation d'un film à une autorisation administrative. Elle implique, sous sa forme préventive, le contrôle de toute la production cinématographique avec pour résultat l'interdiction ou l'autorisation sous conditions des films jugés dangereux pour l'ordre public ou la moralité.

Un film projeté en Suisse devrait donc subir vingt-cinq fois l'épreuve de la censure. Les cantons ont heureusement su atténuer ce cloisonnement en renonçant tous, sauf Lucerne, à un contrôle préalable général. A défaut des législations cantonales, la pratique est sur ce point remarquablement homogène. Ne donnent lieu à examen préalable que les films dont le sujet ou la renommée qui les accompagne soulève des doutes ⁵¹¹.

Les organes de censure disposent à cet effet d'une documentation plus ou moins étendue. Tout directeur de salle a l'obligation d'annoncer à l'avance une représentation cinématographique, d'indiquer le titre de l'œuvre projetée, éventuellement d'y adjoindre une description, voire le scénario complet. De leur côté, les organes de censure disposent souvent de décisions d'autres cantons, ils utilisent également les critiques cinématographiques de revues plus ou moins spécialisées ⁵¹². Dans le cadre cantonal, un nombre variable, mais généralement important de films échappe donc à toute censure.

Un tel système rétablit au fond le principe de proportionnalité, sans rien sacrifier à l'efficacité, dans la mesure où l'absence de contrôle n'équivaut pas encore à une autorisation. Une interdiction après la première représentation publique est toujours possible.

Ajoutons cependant que la censure revêt un caractère beaucoup plus systématique à l'égard des films destinés aux enfants et adolescents.

En général, aucun film ne peut être projeté, sans autorisation expresse, devant les adolescents de moins de 18 ans.

D. Quelques décisions de censure

Il n'est pas possible de donner ici une statistique des films censurés, encore moins d'établir les raisons de censure généralement invoquées. Les cantons sont avares de renseignements sur ce point ⁵¹³. Nous nous contenterons de relater quelques décisions judiciaires cantonales afin d'illustrer la tendance actuelle à restreindre la censure aux films qui troublent véritablement l'ordre public.

Invoquant le contenu de certains journaux illustrés et l'existence de boîtes de nuit, le Tribunal administratif de Bâle-Ville s'est refusé à juger contraire à l'ordre public la projection de scènes de strip-tease (arrêt *Colombus Film*, du 28 février 1964) ⁵¹⁴. Dans l'arrêt *Monopole Pathé Film SA*, du 21 avril 1964, le même tribunal avait à apprécier le bien-fondé de toute une série de coupures opérées sur le film *Mondo Cane*. Les censeurs n'avaient pas hésité à éliminer toutes les scènes choquantes. La loi bâloise leur donnait raison. Mais le tribunal jugea ce critère trop large. N'étaient passibles de censure, à ses yeux, que les scènes qui, en outre, invitaient à un comportement répréhensible ou étaient dépourvues de sens. Il refusa par exemple de couper une scène d'hystérie dans une église du sud de l'Italie, l'immolation par le feu d'un moine bouddhiste, admit par contre que des actes de violence sur des jeunes filles en plein carnaval pouvaient inciter à de tels excès ⁵¹⁵.

Une décision du Tribunal administratif zurichois, du 24 août 1965, va dans le même sens ⁵¹⁶. Le film *Lady in a cage* représentait une série d'actes de violence et de cruauté d'une bande de jeunes voyous sur une vieille femme et un clochard. Le Conseil d'Etat avait estimé le film grossier (verrohend) et choquant (abstössig). Le Tribunal s'appliqua à interpréter la loi de manière compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. Un film ne pouvait être censuré que s'il troublait l'ordre public ou le menaçait directement. Or, remarquait le tribunal, le film censuré avait pour but de dépeindre l'isolement de l'individu dans un monde moderne déshumanisé ; loin d'inciter à la violence, il détournait plutôt le spectateur d'un tel comportement. Il jugea donc la décision de censure inconstitutionnelle.

Ces décisions marquent bien une tentative de restreindre l'emploi de la censure à son seul but constitutionnel : le maintien de l'ordre public.

LA GESTION DES SERVICES PUBLICS
LES FONCTIONNAIRES

Les mesures de police représentent les atteintes classiques à la liberté d'opinion, le règne de l'Etat-gendarme dont la principale mission consiste à assurer l'ordre.

Mais, avec la multiplication des tâches étatiques, la gestion des services publics sert aussi aujourd'hui à contrôler les idées et leur diffusion. Qu'on pense aux douanes qui contrôlent la littérature immorale, aux postes, qui peuvent détourner certains colis, aux émissions radiophoniques ou télévisées que l'Etat peut influencer plus ou moins directement, aux actualités filmées. L'Etat n'intervient pas d'ailleurs seulement dans le fonctionnement des services publics. Il contrôle aussi le personnel qu'il engage pour ses tâches administratives. Qu'un service refuse la diffusion de certaines doctrines, qu'un autre propage des idées partisans, que l'ensemble des fonctionnaires soient soumis à un loyalisme aveugle et voilà la libre formation de l'opinion publique compromise.

Avant d'examiner concrètement dans quelle mesure la liberté d'opinion est menacée par la gestion de certains services publics ou le statut des fonctionnaires, relevons deux principes qui sont valables pour l'ensemble de l'administration.

Le fonctionnement des services publics est soumis tout d'abord au *principe de légalité*. C'est en tout cas vrai chaque fois que l'administration empiète sur une liberté ou un droit individuel ⁵¹⁷. Sans base légale, les douanes ou les postes ne sauraient refuser le passage ou le transport de journaux ou de films, une autorité disciplinaire révoquer un fonctionnaire régulièrement élu. Nous verrons bientôt que le statut de la radiodiffusion, fondé sur une concession accordée par le Conseil fédéral, constitue une dérogation grave et regrettable à ce principe. Il n'en reste pas moins que c'est en général au législateur à édicter les règles nécessaires aux rapports entre services publics et usagers. Dans un Etat démocratique et libéral, le principe de légalité offre donc quelque chance que les libertés constitutionnelles s'imposent à l'administration.

Les services publics sont ensuite soumis au *principe d'égalité*. Les usagers ne doivent pas, sans raison valable, faire l'objet de traitements différents. Tous les fonctionnaires sont soumis aux mêmes sanctions disciplinaires. Il est vrai qu'il reste souvent à l'administration un large pouvoir d'appréciation, mais ce pouvoir ne doit en tout cas pas engendrer l'arbitraire ⁵¹⁸.

CHAPITRE PREMIER

La gestion des services publics

Il n'est pas possible d'examiner ici le fonctionnement de tous les services publics pour y déceler des atteintes à la diffusion des idées ou au contraire une utilisation à des fins partisanses.

Nous nous contenterons de rechercher dans quelle mesure le service postal et la radiodiffusion peuvent influencer la formation de l'opinion publique.

1° Le service postal

La Constitution fédérale ne confère pas seulement à la Confédération la compétence de légiférer en matière postale, elle lui donne pour mission d'organiser le service postal et d'en assurer le fonctionnement (art. 36 Cst)⁵¹⁹.

La diffusion des idées, dans la mesure où elle prend la forme d'un colis postal, dépend donc de l'Administration fédérale. On peut s'attendre à ce que les postes n'entraient pas de tels échanges.

D'une manière générale et partout où existent les installations nécessaires, l'Administration des postes est tenue de remplir les tâches que la législation lui confère⁵²⁰.

En principe, aucun envoi postal ne peut être refusé ou détourné en raison des opinions qu'il renferme. Pour les envois fermés, la Constitution fédérale garantit d'ailleurs le secret postal (art. 36₄ Cst). Selon la loi sur le service des postes, les fonctionnaires ne peuvent ni ouvrir, ni chercher à découvrir le contenu d'un colis (art. 5).

Mais cette règle souffre des exceptions. Les postes sont habilitées à détourner certains envois, elles jouissent aussi d'un certain pouvoir de censure.

1° A la demande des autorités de justice et de police, l'Administration des postes est tenue d'intercepter des envois postaux en rapport avec une instruction pénale ou pour prévenir un crime ou un délit (art. 6₃ LsP). Les autorités compétentes dont la liste est fixée par l'ordonnance

du 23 décembre 1955 (art. 9) sont responsables du bien-fondé de leur requête. L'Administration postale examine seulement la compétence formelle de l'autorité requérante et la légalité du motif invoqué⁵²¹. Le Tribunal fédéral a aussi reconnu ce droit aux autorités judiciaires à l'encontre d'un tiers non inculpé, mais dont l'activité était en relation avec une enquête pénale⁵²².

2° La loi sur le service postal autorise l'Administration à retourner à l'expéditeur les envois qui contiennent des signes, des dessins ou mentions injurieux, à détruire les envois immoraux et à transmettre au Ministère public de la Confédération ceux qui incitent au crime (art. 25 LsP combiné avec art. 59 ord. 1).

L'ordonnance d'exécution du 23 décembre 1955 étendait encore ce droit de censure en permettant que des envois contraires à l'ordre public soient exclus du trafic postal (art. 59). Mais cette disposition de l'ordonnance fut critiquée. Elle conférait à l'Administration postale le droit de juger elle-même ce qui était contraire à l'ordre public. Un tel pouvoir n'était d'ailleurs nullement prévu dans la loi sur le service postal.

Le Département des transports et communications et de l'énergie, dans une décision du 16 juin 1962, admit finalement l'illégalité de cette disposition. En conséquence, il refusa d'admettre la requête d'un canton tendant à exclure du trafic postal de la réclame pour les guérisseurs, jugée contraire à l'ordre public⁵²³.

En conclusion, le service postal ne semble pas restreindre la libre diffusion des idées au-delà des limites classiques de la liberté d'opinion. Les seules restrictions au trafic servent à empêcher le transport d'envois délictueux. Ce qui paraît normal. Si l'Etat est habilité à punir certains délits d'opinion, il peut à plus forte raison empêcher ce qui en constitue la propagation. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a bien montré qu'il n'entendait pas souffrir d'autres réserves. Il a notamment dénié à la Direction générale des PTT le droit de refuser le transport de nouveaux journaux en raison de la pénurie de personnel⁵²⁴.

2° La radiodiffusion

La radiodiffusion remet en question non pas la liberté d'opinion, mais les règles qui assurent sa garantie. Jusqu'à présent, la conception classique de cette liberté individuelle se rattachait au libéralisme. Elle supposait l'abstention de l'Etat dans le libre-échange des idées.

Or, revendiquer pour la radiodiffusion le statut de la presse, c'est admettre qu'elle puisse tomber au pouvoir de forces politiques ou économiques partisans. Cette éventualité est normale dans le cas de la presse. La diversité des journaux d'opinions assure aux divers courants politiques la possibilité de s'exprimer. Elle est à éarter pour la radiodiffusion. Une pluralité de postes émetteurs concurrents dont les informations complémentaires, sinon contradictoires, assureraient une libre formation de l'opinion publique, est impossible en Suisse pour des raisons purement techniques. Afin d'éviter une saturation de l'éther, des conventions internationales ont réparti les fréquences d'ondes à la disposition de chaque pays. Dès les débuts d'une telle organisation, la Confédération se vit attribuer deux longueurs d'ondes exclusives (Sottens et Beromünster) et une partagée (Monte Ceneri). La Convention européenne de Copenhague a confirmé l'attribution d'un émetteur par région linguistique⁵²⁵. Une telle répartition interdit toute véritable concurrence.

Seul l'Etat semble donc en mesure de s'opposer à l'accaparement privé de la radiodiffusion. Mais c'est risquer alors de tomber dans l'exécès contraire en créant purement et simplement une radio d'Etat.

En réalité cet instrument moderne de diffusion des idées ne devrait subir ni l'influence de l'Etat ni celle de groupes sociaux. Cette solution peut paraître utopique. On peut tenter de s'en approcher⁵²⁶. Un tel statut devrait offrir à notre avis deux garanties.

La première serait formelle. A supposer que la Confédération jouisse d'une compétence générale pour réglementer la radiodiffusion, le statut de celle-ci devrait être fixé par une loi. On ne peut en effet concevoir qu'un rapport de droit si important et qui touche autant d'individus échappe au principe de légalité. C'est au Parlement et au besoin au peuple (référendum) de régler dans quelle mesure la liberté de la radiodiffusion doit être sauvegardée.

La seconde garantie serait matérielle. Le statut de la radiodiffusion doit assurer, d'une part, la libre expression des principaux courants politiques, religieux, économiques ou culturels, d'autre part, préserver les programmes de toute intervention étatique qui aurait d'autres buts que la sûreté de l'Etat. Ce qui ne veut pas dire que le Gouvernement serait empêché de défendre sa politique au côté de ses adversaires.

Il reste à examiner maintenant dans quelle mesure le statut de la radiodiffusion suisse correspond à ce schéma. Nous parlerons tout d'abord de son statut juridique (garantie formelle), ensuite de l'influence que

l'Etat exerce sur son organisation et ses programmes, enfin de son indépendance à l'égard des tiers (garantie matérielle).

A. *Le statut juridique de la radiodiffusion*

La Confédération jouit de la régle des postes et télégraphes (art. 36 Cst). Ce monopole a été étendu par la loi sur les correspondances télégraphiques et téléphoniques à toutes les installations d'émission et de réception qui servent à la transmission électrique ou radio-électrique de signes, d'images ou de son (art. premier). Il englobe donc la radiodiffusion et la télévision et entraîne la perte de leur indépendance technique ⁵²⁷.

Déjà du temps des sociétés régionales, l'Administration des télégraphes n'avait fait que concéder le droit d'ériger et d'exploiter des stations émettrices privées ⁵²⁸. L'installation de trois émetteurs nationaux ne fit que renforcer la dépendance technique de la radiodiffusion à l'égard de l'Etat. La Confédération finança et installa elle-même les émetteurs dont l'exploitation fut assurée désormais par l'entreprise des PTT ⁵²⁹. La concession actuelle du 27 octobre 1964 confirme l'emprise totale de l'Etat fédéral sur les installations techniques de la Société suisse de radiodiffusion (SSR) ⁵³⁰.

La régle des installations radiophoniques offre-t-elle une base constitutionnelle à une loi fédérale qui réglerait le statut de la radiodiffusion dans son entier? A cette question il faut répondre par la négative. La Confédération ne dispose pas de compétences générales en matière culturelle ⁵³¹. Le Conseil fédéral lui-même n'a jamais prétendu aller si loin. Aussi, en 1956, proposa-t-il une révision de la Constitution qui donnait à l'Etat fédéral le droit de légiférer en matière de radiodiffusion ⁵³². Mais ce projet fut rejeté par le peuple, le 3 mars 1957 ⁵³³.

Ce rejet eut des conséquences malheureuses. Loin de préserver la compétence des cantons, il maintenait l'emprise presque sans contrôle de l'Administration fédérale sur la radiodiffusion. Il ne faisait d'ailleurs que prolonger un état de fait regrettable. En l'absence de base constitutionnelle, le Conseil fédéral n'a, en effet, pas renoncé à contrôler la radiodiffusion. Mais il le fait sous une forme détournée en soumettant la concession des installations techniques à toute sorte de conditions ⁵³⁴.

La concession ne se limite pas, en effet, à céder à la SSR la jouissance des installations de radiodiffusion, à en assurer le service technique et l'entretien par les PTT. Elle régle aussi l'activité globale du conces-

sionnaire, s'immisce dans son organisation, fixe des directives en matière de programmes, lui enlève toute autonomie financière, soumet enfin son personnel à des sanctions disciplinaires.

En résumé, le statut actuel de la radiodiffusion est réglé par une concession dont les clauses non techniques n'ont pas de base constitutionnelle. C'est dire l'absence de toute garantie formelle. Le Conseil fédéral peut résilier la concession, en modifier unilatéralement les dispositions, suspendre ou réduire le financement. Théoriquement la radiodiffusion est à la merci de l'autorité concédante.

Il serait hautement souhaitable qu'une loi édictée par le Parlement vienne limiter les pouvoirs de l'Administration fédérale. Ce serait conforme au principe de légalité, mais aussi au fonctionnement normal de la démocratie. Le statut de la radiodiffusion dépasse largement les rapports entre l'Etat fédéral et une société concessionnaire. Il intéresse en définitive tous les usagers, c'est-à-dire une écrasante majorité du peuple suisse.

B. *L'influence de l'Etat sur la radiodiffusion*

Il nous reste à examiner si les dispositions matérielles de la concession accordée par le Conseil fédéral à la Société suisse de radiodiffusion et de télévision (SSR) garantissent tout de même la libre expression des divers courants politiques, économiques, religieux ou culturels du pays.

Nous analyserons ici deux aspects de l'influence étatique sur la radiodiffusion. Tout d'abord, l'influence indirecte exercée non sur les programmes, mais sur la société concessionnaire, ses statuts, ses organes, son personnel, son financement. Si l'Etat s'arroge en effet le droit de nommer et de révoquer les organes responsables, toute indépendance formelle risque d'être factice. Ensuite seulement, nous apprécierons l'influence directe sur les programmes.

a) *L'influence étatique sur la SSR*

La concession du 27 octobre 1964 réunit d'une part le Conseil fédéral en tant qu'autorité concédante et la Société suisse de radiodiffusion et de télévision. Bien que cette société soit privée, la concession contient certaines règles sur son organisation.

1° Sur les statuts. La SSR établit en principe elle-même ses statuts. Mais la concession fixe la liste de ses membres. Il s'agit des sociétés

régionales qui assurent le service des émetteurs nationaux (art. 7). Si une telle réglementation a pour but essentiel de garantir une représentation convenable des différentes régions linguistiques, elle assure aussi le maintien de l'influence étatique sur les sociétés membres au sein desquelles le Conseil fédéral s'est réservé un droit de nomination. Toute modification statutaire est par ailleurs soumise à l'approbation du Conseil fédéral (art. 6₂).

2^o Sur les organes. Le Conseil fédéral agit directement sur la composition des organes de la SSR et de ses sociétés membres en se réservant un droit de nomination (art. 9₁). Il nomme le président et sept des dix-sept membres du Comité central, la plus haute instance administrative chargée notamment de choisir le directeur général, d'approuver le choix des directeurs de studios ou de décider leur licenciement ⁵³⁵.

Il désigne la moitié des membres de la Commission des programmes de télévision et des ondes courtes, se réserve également la nomination de délégués aux comités des sociétés régionales.

Il soumet enfin à son assentiment la nomination du directeur général de la SSR (art. 9₂), responsable du service des programmes, notamment de la licéité de toutes les émissions (art. 11) et qui, à cet effet, donne des instructions aux directeurs de studios sur les émissions politiques, économiques ou internationales ⁵³⁶. Par son droit de nomination, le Conseil fédéral peut donc exercer une influence décisive au sein de la SSR. Il s'engage pourtant à respecter la diversité spirituelle et culturelle des divers milieux d'auditeurs et de téléspectateurs, à prendre en considération leurs propositions (art. 9).

En fait, le Conseil fédéral semble renoncer à exercer une influence trop unilatérale sur la radiodiffusion. A ses dires, son droit de nomination aurait pour but d'assurer un certain équilibre au sein des différents organes, équilibre que menacent des conflits d'intérêts régionaux ⁵³⁷. Les délégués désignés ne reçoivent en principe aucune instruction et n'ont pas de compte à rendre ⁵³⁸. Il n'en reste pas moins que la réserve dont fait preuve le Conseil fédéral est le fait d'une attitude politique et non de règles de droit qui limitent son influence.

3^o Sur le personnel. Nous avons vu que la nomination du directeur général par le Comité central est soumise à l'autorisation du Conseil fédéral. Le personnel est au surplus nommé par les comités des sociétés régionales qui doivent respecter le principe de l'égalité des chances

(art. 10₂). Mais l'autorité de surveillance, c'est-à-dire le Département des transports et communications et de l'énergie peut exiger des sanctions disciplinaires à l'égard des employés de la SSR (art. 10₃).

4° Sur le financement. Dans la mesure où la Confédération met à la disposition de la SSR ses installations de radiodiffusion et de télévision, il est normal que l'Etat fédéral et la SSR décident en commun d'un mode de financement, en particulier d'une clé de répartition entre le service technique et le service des programmes. Mais la concession va beaucoup plus loin. Elle détermine les sources de financement en fixant elle-même la part de la taxe qui revient à la SSR et en interdisant à la radiodiffusion sonore la publicité payante (art. 21₁, art. 14₁). La SSR est liée à certains principes dans l'emploi des recettes (art. 22), son budget et ses comptes doivent recevoir l'approbation de l'autorité de surveillance (art. 23₃).

L'autonomie financière de la SSR est donc nulle. La concession va bien au-delà de la défense des intérêts économiques de l'autorité concédante.

Nous découvrons, en conclusion, que l'influence de l'Etat sur la SSR peut être considérable. Il suffirait que le Conseil fédéral utilise tout le pouvoir qu'il détient pour que notre radiodiffusion soit en tous points assimilable à une radio d'Etat. Pour des raisons propres à notre système politique, il semble bien qu'il n'en soit pas ainsi. Il n'en demeure pas moins vrai qu'un tel risque d'intervention est incompatible avec la liberté d'opinion comprise comme la non-ingérence de l'Etat dans la diffusion des idées ⁵³⁹.

b) L'influence étatique sur les programmes

Toute directive étatique sur les programmes radiophoniques n'est pas incompatible avec la liberté d'opinion. L'Etat peut en favoriser l'exercice en imposant certains principes, celui d'objectivité par exemple. Il peut aussi proscrire les émissions qui constituent un danger sérieux et direct pour la sûreté de l'Etat.

La concession du 27 octobre 1964 régleme les programmes de la radiodiffusion sous trois aspects :

1° En fixant les sources d'informations où il y a lieu de puiser.

2° En définissant les principes généraux qui doivent inspirer toute émission radiophonique ou télévisée.

3° En interdisant certaines émissions.

1^o *Les sources d'informations.* L'autorité concédante se réserve le droit de désigner les sources auxquelles il y a lieu de puiser les informations (art. 13₁). En vertu de cette disposition, l'Agence télégraphique suisse est la seule agence autorisée à émettre des bulletins d'informations. Elle est liée à la SSR par des liens contractuels⁵⁴⁰. Pour les émissions de commentaires, il semble, en revanche que la SSR conserve le libre choix de ses correspondants. Tout dépend en définitive de la qualité et de l'indépendance de l'agence désignée par le Conseil fédéral. Il importe avant tout d'éviter que certaines informations soient retenues ou édulcorées.

2^o *Les principes généraux.* Les principes auxquels les programmes de la radiodiffusion sont soumis, ne constituent pas une ingérence sérieuse de l'Etat. Ils ne font que rappeler pour l'essentiel la fonction de la radiodiffusion : une source d'informations et de divertissement aux intérêts du pays, un service public culturel (art. 13).

La concession rappelle en outre le principe de l'objectivité de l'information. Or il existe différentes façons de concevoir une telle vertu. Ce peut être une neutralité absolue qui s'en tient aux faits et s'abstient de les commenter, une impartialité envisagée de façon synthétique dont Burdeau a dit qu'elle ne pouvait être atteinte qu'en peuplant les studios de héros et de saints⁵⁴¹, enfin une neutralité par compensation qui permet à tous les points de vue représentatifs de s'exprimer à tour de rôle.

Les concessions de 1931 et 1936 ont fait obstacle à cette dernière forme d'objectivité en interdisant formellement la propagande politique ou confessionnelle⁵⁴².

Depuis la concession de 1953, cette interdiction a disparu. La neutralité par compensation a pris souvent la forme de débats contradictoires (forum, tribune des journalistes). En 1963, les partis représentés au Parlement utilisaient pour la première fois la télévision lors de la campagne électorale précédant les élections au Conseil national. En politique internationale, la présence de correspondants sur place permet de présenter les thèses de chacun des pays intéressés.

La neutralité par compensation nous paraît la forme d'objectivité la mieux adaptée au libre-échange des idées. Elle permet à la radiodiffusion de traiter de sujets brûlants qui seraient, sinon passés sous silence, du moins traités de façon anodine.

La concession prévoit enfin que les programmes doivent renforcer l'union et la concorde nationales et contribuer à la compréhension inter-

nationale (art. 13). Cette clause n'est pas surprenante dans un État fédéral, neutre de surcroît, qui groupe des populations de langues et de confessions différentes. Mais interprétée de façon trop stricte, elle peut aussi nuire à la libre expression et faire sombrer les émissions dans le plus plat conformisme.

3^o *Les émissions illicites.* Les émissions susceptibles de mettre en danger la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, ou des cantons, leur ordre constitutionnel ou les rapports internationaux de la Suisse ne sont pas admises (art. 13₂).

Cette clause qui rappelle le pouvoir général de police conféré au Conseil fédéral à l'article 102₈₋₁₀ Cst nous paraît parfaitement admissible. Le Gouvernement est en droit d'exiger d'un concessionnaire le respect des limites générales fixées à la liberté d'opinion.

Il est difficile de juger de l'importance pratique de cette interdiction sans connaître l'interprétation et l'application qu'en fait la SSR. Rappelons que le directeur général est responsable de la licéité des émissions. Mais il n'est pas seul à juger. A plusieurs reprises, l'Administration fédérale est intervenue pour interdire certaines émissions sans que la concession l'y autorise expressément⁵⁴³. D'une manière générale, on serait tenté de penser que seules les émissions qui constituent un danger sérieux et direct pour la sûreté de l'État doivent être interdites. Sur le plan des relations internationales et de la sécurité extérieure, la radiodiffusion peut d'ailleurs se référer à des règles précises.

En signant la convention internationale sur l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix, du 23 septembre 1936, le Conseil fédéral a pris des engagements internationaux précis. Celui d'interdire toute émission de nature à inciter à la guerre (art. 2) ou à des actes contraires à la sécurité intérieure des pays contractants (art. premier) ou encore les informations notoirement inexacts (art. 3). En temps de crise, la convention entraîne même l'obligation de vérifier toutes les informations sur les relations internationales (art. 4):

On peut dire, en résumé, que l'influence étatique directe sur les programmes de la SSR est très modérée, qu'elle est en général compatible avec le libre-échange des idées. C'est en définitive par ce que les directives sur les programmes ne contiennent pas que l'autonomie de la radiodiffusion est sauvegardée. Deux points attirent surtout l'attention.

L'Etat ne s'arroge, en principe, aucun droit de censure directe sur des émissions déterminées, il laisse au directeur général de la SSR le soin de purger les programmes des émissions incompatibles avec la sûreté de l'Etat. L'Etat ne se réserve pas non plus un droit général de diffuser certaines émissions. La SSR ne voit sa liberté restreinte qu'en ce qui concerne les communiqués officiels (art. 13₅) ou émanant de la police (art. 13₆).

Mais ces remarques ne doivent pas faire oublier l'influence étatique indirecte que nous avons mentionnée.

C. L'autonomie de la radiodiffusion à l'égard des tiers

Si l'Etat n'assure qu'une indépendance relative à la radiodiffusion vis-à-vis de lui-même, il la protège, en revanche, efficacement contre les prétentions de tiers à vouloir se servir de ses installations pour diffuser leurs propres idées.

Nul n'a le droit d'exiger la diffusion, par la radiodiffusion sonore ou par la télévision, d'œuvres ou d'idées déterminées (art. 13₅). Cette disposition laisse à la SSR un large pouvoir d'appréciation. Encore ne doit-elle pas agir arbitrairement. Le respect de la liberté d'opinion se confond ici avec celui du principe d'égalité. Chaque tendance politique, religieuse ou culturelle représentative doit pouvoir exposer équitablement ses idées de façon que la libre formation de l'opinion publique ne soit pas entravée. Dans une décision du 25 octobre 1963, le Conseil fédéral a rejeté le recours du Mouvement pour la démocratie économique et sociale qui revendiquait un temps d'émission avant les élections au Conseil national. Le fait que tous les partis représentés au Parlement aient pu s'exprimer suffisait, aux yeux du Conseil fédéral, à sauvegarder le principe d'égalité⁵⁴⁴.

Le statut des fonctionnaires

Les maîtres de l'emploi ont toujours été tentés d'imposer à ceux qui les servent leurs attitudes et leurs croyances⁵⁴⁵. L'Etat ne fait pas exception, mais dans un régime libéral, certains principes constitutionnels tempèrent ses exigences. La liberté d'opinion garantie au simple citoyen ne peut être simplement refusée aux serviteurs de l'Etat⁵⁴⁶. C'est pourquoi le statut des fonctionnaires est généralement un compromis entre le droit de libre critique et le loyalisme aveugle.

On admet, en Suisse, qu'un fonctionnaire conserve sa liberté d'opinion, mais que ses devoirs à l'égard de l'Etat en restreignent l'exercice⁵⁴⁷. Pour en savoir davantage, sur le plan fédéral, il faut examiner la loi sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927⁵⁴⁸. Il est vrai que cette loi n'embrasse pas tous les fonctionnaires au sens matériel du terme⁵⁴⁹, mais seulement un certain nombre d'entre eux définis par l'état de leurs fonctions⁵⁵⁰. Pour les autres agents, employés ou ouvriers, des règlements spéciaux déterminent l'étendue de leurs obligations⁵⁵¹.

Les cantons ont édicté leurs propres règles, mais le Tribunal fédéral a soumis leur législation à certains principes généraux.

Nous n'examinerons ici que la législation fédérale et les principes dégagés par le Tribunal fédéral en renvoyant pour plus de détails aux ouvrages parus sur ce sujet⁵⁵². Encore nous restreindrons-nous à l'essentiel. Parmi les nombreuses obligations qui incombent aux fonctionnaires et qui peuvent limiter leur liberté d'opinion, toutes, en effet, ne nous semblent pas de nature à distinguer leur statut de celui de n'importe quel employé du secteur privé. Certaines nous semblent au contraire inhérentes à tout rapport de travail.

En exigeant d'un fonctionnaire l'exécution des ordres de service (art. 25 LstF), en lui interdisant en service toute activité étrangère à sa fonction (art. 21 LstF), l'Etat agit comme n'importe quel employeur. Il en va de même lorsqu'il peut lui proscrire une occupation accessoire préjudiciable à sa charge (art. 15 LstF) ou lui imposer le secret profes-

sionnel (art. 27 LstF) ⁵⁵³. En interdisant la grève et en soumettant l'exercice de charges publiques à autorisation (art. 14₂ LstF), l'Etat ne sépare pas encore nettement la fonction publique des autres emplois, si ce n'est par les sanctions disciplinaires et pénales qui y sont rattachées.

On pourrait alléguer que l'accumulation de ces particularités justifie déjà une distinction. Mais à notre avis, elle ne serait pas digne d'intérêt si la liberté d'opinion du fonctionnaire n'était limitée par des dispositions beaucoup plus générales et plus graves. Nous voulons parler du devoir de fidélité qui détermine l'attitude du fonctionnaire dans son service et au dehors du service (art. 22, 24 et 13 LstF).

1^o La liberté d'expression dans le service

Le fonctionnaire fédéral est tenu de remplir fidèlement et consciencieusement ses obligations de service (art. 22 LstF). Il doit donc s'abstenir, dans l'exercice de sa charge, de toute manifestation d'opinion de nature à nuire au bon fonctionnement de l'Administration. Cette obligation suppose pour le moins une certaine réserve dans les propos tenus à l'égard des supérieurs, des subordonnés ou du public en général. C'est ce que veut dire l'article 24₂ en prescrivant de se comporter avec tact et politesse dans les rapports de service.

D'une manière plus générale, le fonctionnaire en service est aussi tenu d'adopter une grande retenue dans ses propos à l'égard de l'Etat. Selon l'article 22₂ LstF, il doit s'abstenir de tout ce qui porte préjudice aux intérêts de la Confédération. Ainsi, un fonctionnaire des CFF n'a pas le droit de distribuer pendant son travail un journal communiste qui incite à la révolte ⁵⁵⁴, un professeur d'université ne peut impunément propager dans ses cours des idées nationales-socialistes et antisémites ⁵⁵⁵. On exige en résumé du fonctionnaire une certaine neutralité.

Mais on peut se demander si la liberté d'opinion du fonctionnaire n'est pas restreinte de manière plus grave et s'il n'est pas tenu à une attitude positive à l'égard de l'Etat. La loi fédérale va en tout cas dans ce sens. N'exige-t-elle pas une activité conforme aux intérêts de la Confédération (art. 22 LstF), une attitude digne de confiance (art. 24₁ LstF). Ces dispositions exigent sans nul doute davantage qu'une attitude neutre. Il ne semble pas exagéré d'affirmer que l'Administration fédérale peut imposer à ses membres en service la défense de certains projets de loi, voire d'une politique générale. Cela semble évident dans le cadre de déclarations en

assemblées ou en débats publics. Il va sans dire que cette exigence ne s'adresse en fait qu'aux hauts fonctionnaires qui, de par leurs fonctions, sont appelés à jouer un certain rôle politique ⁵⁵⁶.

On ne peut y voir d'ailleurs une atteinte d'une gravité exceptionnelle. En service, le fonctionnaire parle, non à titre personnel, mais au nom de l'autorité qu'il représente. Il peut donc, en général, s'acquitter de sa tâche sans nuire à sa dignité personnelle.

2° La liberté d'expression en dehors du service

Il est surprenant de constater que la loi sur le statut des fonctionnaires définit dans les mêmes termes l'obligation de fidélité en dehors du service. Le rappel que les fonctionnaires jouissent aussi de la liberté d'association dans les limites constitutionnelles (art. 13₂ LstF) paraît dans ces conditions problématique ⁵⁵⁷.

Une telle sévérité ne se justifie pas de façon évidente. Des propos jugés choquants et déplacés en service peuvent être parfaitement admissibles dans la vie privée des fonctionnaires et dans l'exercice de leurs droits civiques.

Selon le texte légal, le fonctionnaire doit pourtant, même en dehors du service, s'abstenir de tout propos et activité politique qui porterait préjudice à la confiance mise en lui ou aux intérêts de la Confédération (art. 22-24 LstF).

Reste à examiner comment ces restrictions s'insèrent dans la pratique.

Il paraît tout d'abord évident que le fonctionnaire doit conserver une certaine dignité dans la forme de ses propos. Il n'est pas admissible, par exemple, de répandre publiquement dans la presse des propos outrageants sur le Gouvernement en guise de protestation contre le renvoi d'un fonctionnaire (affaire Späni-Roner) ⁵⁵⁸.

Mais si le fonctionnaire doit observer une certaine réserve quant à la forme, jouit-il au moins d'un droit de critique au fond ? Il n'est pas possible de donner à cette question une réponse simple. Dans un arrêt ⁵⁵⁹ qui devait juger de la constitutionnalité d'une loi bâloise excluant des services publics les membres de partis extrémistes, le Tribunal fédéral s'est exprimé ainsi : « On ne saurait exiger des fonctionnaires qu'ils ne professent que les opinions politiques de la majorité parlementaire et gouvernementale. La Suisse ne connaît pas le système politique qui

réserve les places au pouvoir, de sorte que chaque modification dans la direction politique entraîne également un changement de fonctionnaires. En particulier, on ne peut exiger des fonctionnaires qu'ils s'interdisent le droit de critique ou qu'ils ne l'exercent que dans une mesure restreinte ⁵⁶⁰.»

Le Tribunal fédéral admettait donc en principe le droit de libre critique, mais pour le restreindre aussitôt. « Si le fonctionnaire n'est pas obligé d'admettre toutes les institutions et toutes les pratiques, il doit par contre respecter le fondement de l'Etat, sa base essentielle, les opinions politiques communes à ses concitoyens ; celui qui n'a pas de compréhension pour ces données n'est pas encore un révolutionnaire qui se propose le renversement violent de l'ordre établi, mais néanmoins sa place n'est pas dans l'administration ⁵⁶¹. »

En d'autres termes, les fonctionnaires pour qui la forme de l'Etat est devenue étrangère au point de proposer une forme de gouvernement essentiellement différente, ne sont pas à l'abri de toute sanction. Peu importe, à ce sujet, qu'ils appartiennent ou non à une association extrémiste, que cette association soit dangereuse ou non pour l'Etat ⁵⁶².

La pratique suivie par le Conseil fédéral a été assez fluctuante. Longtemps il s'est contenté de punir, non pas déjà la simple appartenance à un parti extrémiste, mais certains actes publics jugés révélateurs d'une attitude foncièrement hostile. Les sanctions visaient essentiellement des communistes. La participation à des réunions publiques interdites (affaires Küng, Peyer, Fauseh) ⁵⁶³, la distribution de tracts subversifs (affaire Scherrer) ⁵⁶⁴ entraînent la révocation des fautifs. Mais une ordonnance du 2 décembre 1932 aggrava la situation des communistes en rendant incompatible la qualité de membre du parti et de fonctionnaire ⁵⁶⁵. Cette mesure fut rapportée peu après la levée des interdictions de partis par l'ACF du 7 août 1945 ⁵⁶⁶.

En 1950, le Conseil fédéral décidait cependant une épuration de l'Administration fédérale. Par instructions du 5 septembre 1950 ⁵⁶⁷, le Conseil fédéral ordonna la non-réélection de tous les fonctionnaires dont la fidélité indéfectible au pays n'était pas certaine. Cette fois, cette mesure visait aussi les milieux frontistes. Quelques décisions nous sont connues ⁵⁶⁸. Dans deux cas au moins, il s'agit de cadres du parti du travail, l'un, chef d'une cellule de parti aux PTT ⁵⁶⁹, l'autre, organisateur de cours marxistes ⁵⁷⁰.

Si donc, à nouveau, l'appartenance à un parti extrémiste ne suffit pas à entraîner la révocation d'un fonctionnaire, un tel ralliement ne doit pas

s'extérioriser par des actes publics, notamment par l'accession aux cadres d'un parti.

Les cantons sont également intervenus à l'égard de leurs fonctionnaires gagnés aux idées extrémistes. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral dut se prononcer sur la constitutionnalité de telles décisions ; ses arrêts confirmèrent en général la jurisprudence du Conseil fédéral. Il approuva la suspension pour trois mois d'un enseignant soleurois coupable d'activité communiste militante⁵⁷¹, le retrait de l'autorisation d'enseigner à un maître de gymnase qui affichait des opinions semblables, sans être membre du parti⁵⁷². Il confirma également la révocation d'un professeur de l'Université de Bâle pour appartenance à des mouvements nationaux-socialistes et pour propagande active⁵⁷³, admit sous réserve celle d'un bibliothécaire argovien, de même tendance, initiateur de la pétition des 200 qui, au début de la guerre, réclama un certain alignement politique de la Suisse sur le Reich allemand⁵⁷⁴. Il jugea même bien fondé le retrait de la pension d'un enseignant allemand expulsé en raison de ses opinions nationales-socialistes et en raison d'espionnage politique⁵⁷⁵. Relevons cependant que cette jurisprudence qui a souvent trait à des membres du corps enseignant, s'est élaborée dans une période de tension politique, puis en temps de guerre. Il ne faut pas en déduire qu'aujourd'hui encore, tous les cantons éliminent ou écartent systématiquement les enseignants ouvertement ralliés à un mouvement extrémiste. De telles décisions devraient d'ailleurs se fonder sur un réexamen des doctrines politiques en cause et examiner dans quelle mesure ces dernières ne conduisent pas, au moins à titre temporaire, à reconnaître comme valables les fondements de notre Etat.

En dehors de la propagande hostile à la forme de l'Etat, il semble bien que le droit de libre critique des fonctionnaires subit encore une autre restriction. Deux affaires récentes tendent à montrer que le fonctionnaire doit faire preuve d'une extrême réserve dans l'appréciation des activités de son propre service. Dans l'affaire Mutzner qui fit passablement de bruit, le Conseil fédéral reprocha au directeur du Service fédéral des eaux d'avoir publié et distribué au Parlement une brochure qui attaquait tant la nécessité que la constitutionnalité d'une révision de la Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques⁵⁷⁶. La Commission disciplinaire ne proposa finalement qu'un blâme, mais le Conseil fédéral décida néanmoins de ne pas réélire ce fonctionnaire. Un cas assez semblable est signalé dans une décision du Conseil fédéral du 1^{er} mai 1959 ; un fonc-

tionnaire avait cette fois communiqué à un parlementaire des renseignements plus ou moins confidentiels aux fins de publication ⁵⁷⁷.

Ce genre d'affaire n'est pas sans soulever des problèmes complexes qu'il est difficile de résoudre de façon équitable. Il peut, en effet, arriver que de hauts fonctionnaires mettent en doute l'opportunité ou la légalité de certaines décisions ou projets de loi de l'Administration, qu'incompris ils s'estiment en droit d'informer l'opinion publique sur leur cas de conscience. Il ne fait pas de doute qu'en agissant ainsi, ils trahissent la confiance mise en eux par leurs supérieurs, notamment par le Conseil fédéral, mais ils peuvent se prévaloir d'une norme supérieure en prétendant défendre les véritables intérêts de la Confédération (art. 22 LstF) ⁵⁷⁸.

Il semble bien que le Conseil fédéral n'exclue pas totalement un tel droit de critique, mais il le soumet à d'étroites réserves.

1^o Il exige en tout cas que le fonctionnaire s'efforce par tous les moyens de convaincre ses supérieurs de leur erreur en leur signalant ses griefs ⁵⁷⁹. Il entend par là que le chef du département soit saisi de l'affaire, au besoin le Conseil fédéral in corpore ⁵⁸⁰. La fuite dans l'opinion publique est considérée, pour le moins, comme le moyen ultime de défendre la légalité ⁵⁸¹.

2^o Il semble admettre qu'en aucun cas la défense d'intérêts supérieurs puisse justifier une violation du secret professionnel ⁵⁸², voire de simples révélations propres à soulever la méfiance à l'égard de l'administration ⁵⁸³.

Cette réserve est draconienne. Dans les cas graves, la défense des intérêts de la Confédération, notamment des droits du peuple et du Parlement, devrait l'emporter sur le maintien du secret professionnel ou le prestige de l'Administration. Le Conseil fédéral en juge pourtant autrement. Il n'exclut pas que les intérêts de l'Administration puissent heurter d'autres intérêts publics, mais, ajoute-t-il, un tel risque de collision ne justifie pas une violation de l'obligation de fidélité. Pour le fonctionnaire, l'Etat est représenté par l'autorité administrative supérieure, le Gouvernement qui seul porte la responsabilité juridique et politique et qui seul par conséquent est habilité à définir les intérêts de l'Etat selon sa propre appréciation ⁵⁸⁴. Il faut s'attendre à ce que cette solution soit nuancée une fois ou l'autre par le Tribunal fédéral.

Nous avons vu, jusqu'à présent, que même hors service le fonctionnaire ne peut critiquer l'Etat ou l'Administration dans la même mesure

qu'un simple citoyen. Reste à se demander s'il ne peut aussi être contraint à exprimer certaines vérités officielles, à refléter les idées gouvernementales.

M. André Grisel n'hésitait pas à admettre que l'article 22 LstF pouvait transformer les fonctionnaires en instruments de propagande ⁵⁸⁶. A vrai dire, cette disposition n'est pas la seule qui, interprétée de façon extensive, conduirait insensiblement notre pays vers la dictature. Qu'on pense au pouvoir d'ordonnances indépendantes du Conseil fédéral basé sur l'article 102₈₋₁₀ Cst. Il n'empêche que le Conseil fédéral n'a montré jusqu'à présent aucune vocation totalitaire, que par conséquent il n'exige des fonctionnaires que ce que de bonne foi il peut estimer nécessaire aux intérêts du pays.

En règle générale, le fonctionnaire fédéral n'est pas obligé, hors service, de soutenir des opinions qu'il réproouve. Le Conseil fédéral l'a clairement déclaré dans une décision du 1^{er} mai 1959 ayant trait au secret professionnel : « On ne peut exiger des fonctionnaires qu'ils partagent l'état d'esprit et les mesures prises au sein de l'Administration ⁵⁸⁶. » Il n'en demeure pas moins que ce principe souffre des exceptions. Nous en voyons au moins une dans le devoir fait aux fonctionnaires du Département politique de gagner par leur attitude hors service la considération des autorités et des ressortissants du pays où ils résident ⁵⁸⁷. Il va de soi que cette obligation exige davantage qu'un silence prudent, en ce qui concerne du moins les problèmes de politique extérieure.

3^o Sanctions et voies de recours

Les moyens dont dispose l'Etat pour rappeler à l'ordre ou se séparer d'un fonctionnaire dont les propos ont déplu sont multiples. Il convient de distinguer les sanctions disciplinaires des autres sanctions plus proches du droit privé.

Le fonctionnaire qui enfreint ses devoirs de service est en principe passible d'une des peines disciplinaires énumérées à l'article 31 LstF, selon une savante graduation qui va d'un simple blâme à la révocation. Mais l'ouverture d'une enquête disciplinaire est nécessaire (art. 32 LstF). L'inculpé jouit alors des droits communs à toute procédure judiciaire (droit d'être entendu, de prendre un mandataire, si nécessaire, de consulter le dossier, de donner des explications, d'exiger un complément d'enquête) ⁵⁸⁸.

Il a, en revanche, le désavantage de ne pas être jugé par une juridiction indépendante. Suivant sa fonction et la gravité de sa faute, il paraît devant ses propres supérieurs, à un échelon plus ou moins élevé ⁵⁸⁹. Il est vrai qu'il conserve un droit de recours. Mais, en règle générale, cette nouvelle autorité relève à nouveau de l'Administration ⁵⁹⁰.

Signalons cependant deux correctifs. L'autorité de recours peut requérir l'avis d'une commission disciplinaire ⁵⁹¹ comprenant des représentants du personnel et dont le président ne peut faire partie de l'Administration ⁵⁹². Enfin et surtout, les peines disciplinaires les plus graves, à savoir la révocation et la mise au provisoire peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral ⁵⁹³.

Encore ne faut-il pas exagérer l'importance de cette voie de recours. L'Administration fédérale dispose, en effet, d'autres moyens de se séparer d'un fonctionnaire indésirable. Elle peut résilier les rapports de service pour de justes motifs (art. 55 LstF), notamment chaque fois que d'après les règles de la bonne foi, le maintien du fonctionnaire s'avère impossible ; elle peut aussi ne point le réélire au terme de la période administrative (art. 57 LstF).

On peut se demander si l'Administration a le choix entre ces divers moyens. Il est patent qu'en choisissant la résiliation ou la non-réélection, elle enlève à ses fonctionnaires le droit de recours au Tribunal fédéral. Seule subsiste alors, en cas de contestations pécuniaires, la compétence du Tribunal fédéral en instance unique. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral peut être appelé à revoir la nature des justes motifs de l'Administration (arrêt *Löwer*) ⁵⁹⁴, mais il ne peut revenir sur la décision principale. L'intérêt du fonctionnaire à une décision disciplinaire est donc sensible ⁵⁹⁵.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 22 décembre 1930 ⁵⁹⁶, avait reconnu qu'en cas de violation des devoirs de service, l'Administration ne pouvait choisir entre la révocation et la résiliation (art. 55 LstF), en raison des garanties de procédure et de recours qu'offre la procédure disciplinaire. Il laissait pourtant la porte ouverte en cas d'infraction légère ou de nature exclusivement politique.

Dans la pratique, le Conseil fédéral a plutôt usé de la non-réélection pour écarter des fonctionnaires aux opinions indésirables ⁵⁹⁷.

LE STATUT DES ÉTRANGERS

La nationalité est non seulement une forme, mais un contenu. A l'étiquette correspond un certain nombre de droits et de devoirs ⁵⁹⁸.

Notre tâche se limite ici à examiner si les étrangers jouissent aussi de l'un de ces droits : la liberté d'opinion sous ses diverses manifestations.

La doctrine est sur ce point divisée. Si elle admet unanimement que les étrangers jouissent de la liberté de conscience et de croyance, de la liberté de presse ⁵⁹⁹, elle hésite à accorder des libertés plus typiquement politiques, tel le droit de réunion et d'association.

On se trouve ici en présence de trois thèses. Une doctrine ancienne refuse en bloc aux étrangers la liberté d'association et de réunion ⁶⁰⁰. Des auteurs plus récents s'opposent au contraire à toute discrimination ⁶⁰¹. Mais entre ces deux thèses extrêmes, la doctrine dominante a choisi une position médiane. Elle reconnaît aux étrangers le droit d'association et de réunion à condition qu'il s'exerce sur un plan non politique ⁶⁰².

Encore doit-on rechercher quelle thèse est la plus adéquate. La Constitution fédérale ne tranche pas. Il faut donc examiner la jurisprudence, la législation et les décisions administratives qui sont censées l'interpréter.

La jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans le cadre du recours de droit public, le Tribunal fédéral est appelé à examiner si le recourant est bien titulaire du droit constitutionnel dont il invoque la violation ⁶⁰³.

Les décisions à l'égard des étrangers sont rares et anciennes. A deux reprises au moins, le Tribunal fédéral a admis qu'un étranger pouvait se prévaloir de la liberté de conscience et de croyance et de la liberté de presse.

Dans l'arrêt *Richter*, du 24 juin 1909, un ingénieur allemand, domicilié à Zurich, a pu recourir avec succès contre un jugement le condamnant pour propagande athée ⁶⁰⁴. Cette décision a été confirmée par l'arrêt *Wilken*, du 23 janvier 1913. Un étranger recourait cette fois contre une décision cantonale de soumettre à patente la distribution d'une revue religieuse ⁶⁰⁵.

Le Tribunal fédéral a reconnu, en revanche, que les libertés d'association et de réunion n'étaient pas garanties aux étrangers sur le plan fédéral sans s'opposer cependant à ce qu'elles le soient par les constitutions cantonales.

Dans l'arrêt *Obrist*, du 24 septembre 1881 ⁶⁰⁶, le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur l'interdiction d'un congrès socialiste mondial par le Gouvernement zurichois. La Constitution cantonale ne limitait pas les titulaires du droit de réunion aux citoyens suisses. Le Tribunal fédéral devait juger qu'il n'y avait pas de lien nécessaire entre le droit individuel à la poursuite d'un but commun durable (association) ou passager (réunion) et la qualité de citoyen. Il rejetait pourtant le recours en alléguant que le droit de réunion ne pouvait concerner que les étrangers domiciliés en Suisse. Dans l'arrêt *Schaaf*, du 20 février 1886 ⁶⁰⁷, le recourant avait son domicile en Suisse. Le Tribunal fédéral le mit donc au bénéfice de la garantie zurichoise. Il s'agissait de l'interdiction d'une réunion de l'Armée du Salut. Cette distinction a été vivement critiquée par la doctrine qui fit remarquer à juste titre qu'en matière de réunion,

le lieu de la manifestation jouait un rôle plus déterminant que le domicile des participants ⁶⁰⁸.

En résumé, le Tribunal fédéral semble admettre, sur le plan fédéral, la liberté religieuse et la liberté de la presse, mais pas celle d'association et de réunion ; rien ne révèle qu'il soit disposé à distinguer, sur ce dernier point, entre buts privés ou publics. Il est vrai que l'ancienneté de ces arrêts leur enlève un certain poids. La rareté de telles décisions indique en outre que les étrangers ont peu l'occasion de recourir au Tribunal fédéral, qu'en définitive leur statut est réglé essentiellement par le droit fédéral dont il faut maintenant examiner les dispositions.

La législation fédérale

La liberté d'opinion des étrangers peut voir son sort réglé, sur le plan fédéral, par les traités d'établissement, d'une part, par le droit public interne, d'autre part.

Bien que la Suisse soit partie à une trentaine de conventions, il ne faut pas rechercher la solution dans ces documents. Leur clause d'assimilation garantit certes aux étrangers le traitement réservé aux ressortissants des autres cantons de la Confédération. Mais toutes les conventions réservent les lois de police, par quoi il faut entendre aussi les règles de la police des étrangers⁶⁰⁹. Il n'est donc pas étonnant que les traités d'établissement renvoient simplement, en ce qui concerne notre sujet, au droit public interne⁶¹⁰.

La législation interne restreint la liberté d'opinion des étrangers de trois manières. Tout d'abord par les règles applicables aux ressortissants suisses. Les étrangers sont naturellement soumis aux mêmes restrictions pénales ou administratives. Ensuite par certaines dispositions qui limitent leur activité politique, notamment leur droit d'association et de réunion. Enfin, par les conditions mises à la résidence sur le territoire suisse, avec pour sanction l'expulsion ou l'ordre de quitter le pays.

Nous traiterons ces deux derniers aspects de la législation fédérale qui caractérisent finalement le statut de l'étranger.

1° Les restrictions à l'activité politique

Il n'est pas étonnant de constater que la législation fédérale restreint considérablement l'activité politique des étrangers. Nous avons déjà vu que le Tribunal fédéral ne leur reconnaissait pas le bénéfice de l'article 56 Cst. Cette restriction est étroitement liée à la question des droits politiques. Sur les plans fédéral et cantonal, les étrangers ne sont ni électeurs ni éligibles, ils ne peuvent ni voter ni signer une demande de référendum. Leur exclusion de libertés aussi politiques que les droits

d'association et de réunion semble donc n'être qu'un reflet de cette option fondamentale.

Le statut des groupements politiques étrangers est réglé par les directives du Département de justice et police, du 7 août 1945. Il s'agit en réalité d'une ordonnance qui règle le droit d'association des étrangers sous menace de sanctions pénales ou administratives ⁶¹¹.

La formation d'un groupement politique composé ou simplement dirigé par des étrangers n'est pas formellement soumise à autorisation. Obligation cependant est faite de soumettre aux autorités cantonales les statuts de l'association et la liste des membres du comité, ainsi que tous renseignements utiles (art. premier).

L'activité de telles associations n'est pas libre. Elles doivent en tout cas s'abstenir de toute immixtion dans les affaires suisses (art. 2), elles ne peuvent exercer de pression sur des tiers, il leur est interdit de faire des cortèges ou de tenir des assemblées publiques revêtant un caractère politique, sauf permission (art. 4). Les assemblées en locaux fermés peuvent elles-mêmes être soumises à autorisation (art. 5). Si la sûreté du pays l'exige, le Département de justice et police fédéral peut encore y ajouter des conditions restrictives spéciales (art. 2).

En un mot, si l'exercice du droit d'association n'est pas totalement refusé aux étrangers sur le plan politique, son contenu en est si restreint et si dépendant du bon vouloir des autorités de police, qu'on ne peut parler de liberté d'association sans abus de langage.

Les étrangers ne bénéficient pas non plus de la liberté de réunion. Nous avons déjà mentionné qu'il leur était interdit de faire des cortèges et de tenir des assemblées publiques revêtant un caractère politique (art. 4 directives). Les assemblées en locaux fermés sont également prohibées si elles sont de nature à affaiblir ou à compromettre la sûreté du pays, sa neutralité (art. 5 directive). Un ACF du 27 février 1948 va plus loin encore tout en se limitant aux étrangers sans permis d'établissement ⁶¹². Il vise à empêcher la participation d'orateurs étrangers à des manifestations politiques suisses. A cette fin, tous les discours politiques de personnalités étrangères dans des assemblées politiques ou privées sont soumis à autorisation (art. 2). Les décisions relèvent généralement des autorités cantonales, parfois du Département fédéral de justice et police, parfois même du Conseil fédéral ⁶¹³.

La pratique des autorités de police semble assez libérale. Les décisions que nous connaissons par le rapport de gestion du Conseil fédéral sont en

tout cas fort peu nombreuses. Il est vrai que l'appréciation du Conseil fédéral dépend essentiellement des circonstances politiques générales (relations internationales, politique de neutralité, sécurité intérieure). En 1950 par exemple, alors que l'on s'attendait à une vague de propagande communiste, le Conseil fédéral refusa pendant quelques mois les autorisations nécessaires à tous les orateurs extrémistes ⁶¹⁴. Signalons sinon, à titre d'exemple, l'interdiction faite à des étrangères, le 12 juin 1958, de collaborer ou de prendre la parole à une manifestation contre l'armement atomique projetée par une fédération féminine suisse de tendance communiste ⁶¹⁵.

Le Conseil fédéral a interdit aussi à diverses reprises des congrès internationaux d'organisations étrangères. Les interdictions qui frappent généralement des mouvements extrémistes s'expliquent par notre politique de neutralité et servent à éviter que des attaques par trop violentes contre des puissances étrangères n'émanent de notre territoire ⁶¹⁶.

Ce que nous avons dit de la liberté d'association reste donc valable. Le droit de réunion des étrangers dépend de l'appréciation des autorités de police et non de règles de droit précises. On ne peut dans ces conditions parler de liberté de réunion, au moins sur le plan politique.

2° Les conditions de résidence

Si les étrangers ont toujours le droit de sortir de Suisse, ils en ont aussi parfois l'obligation. La résidence de l'étranger est essentiellement précaire ⁶¹⁷.

Il reste donc à examiner si la manifestation d'une opinion peut entraîner une mesure d'expulsion ou simplement l'ordre de quitter la Suisse. Le renvoi d'un étranger pour des raisons politiques peut revêtir au moins trois aspects ⁶¹⁸ :

1° Il peut s'agir d'un simple ordre de quitter la Suisse. Soit que l'étranger ne soit qu'au bénéfice d'une tolérance, révoicable en tous temps (art. 7, loi sur l'établissement et le séjour des étrangers), soit que son autorisation de séjour soit révoquée pour les motifs légaux (art. 9).

2° Il peut s'agir d'une expulsion administrative prononcée par les cantons sous réserve de recours au Département de justice et police. La loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931,

n'exclut nullement, depuis sa modification du 8 octobre 1948, des expulsions politiques. L'article 10 révisé prévoit en effet comme nouveau motif d'expulsion l'inadaptation de l'étranger à l'ordre établi en Suisse ⁶¹⁹.

3° Il peut s'agir, enfin et surtout, d'une expulsion politique prononcée en vertu de l'article 70 Cst. Le Conseil fédéral a, en effet, le droit de renvoyer les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure du pays ⁶²⁰.

Dans quelle mesure des décisions administratives portent-elles atteinte à la liberté d'opinion ou à ce qu'il en reste ? Si l'on reconnaît que les étrangers ne jouissent pas de la liberté d'association et de réunion, il ne faut pas s'étonner qu'une activité politique de cette nature leur attire des mesures d'expulsion ou plus simplement l'ordre de quitter la Suisse. Tant les directives sur les groupements politiques étrangers, du 7 août 1945, que l'ACF du 24 février 1948 mentionnent d'ailleurs de telles sanctions.

Il est, en revanche, intéressant d'examiner si les conditions de résidence en Suisse respectent la liberté de la presse garantie par le Tribunal fédéral aux étrangers comme aux nationaux. Un examen des expulsions politiques, seules mesures dont nous pouvons avoir une connaissance générale, nous permet d'en douter. Il suffit de rappeler les diverses expulsions prononcées contre des anarchistes, des antimilitaristes, des communistes pour se rendre compte que le contenu de cette liberté est restreint sitôt qu'il s'agit d'étrangers. Bien que leurs écrits ne fussent passibles d'aucune sanction pénale, la liste des éditeurs anarchistes expulsés est longue ⁶²¹. Citons, parmi les antimilitaristes, Münzenberg, secrétaire de la jeunesse socialiste suisse et rédacteur de la *Freie Jugend* et de la *Jugend Internationale* ⁶²², parmi les communistes, l'expulsion toute récente du Suédois Andersson favorable aux thèses chinoises et accusé notamment d'avoir édité et diffusé des revues qui attaquaient notre système politique et notre Gouvernement.

A la vérité, l'article 70 Cst se prête mal à la distinction opérée par la doctrine entre la liberté de la presse et les droits d'association et de réunion. Il semble tout au contraire que la protection de la sûreté de l'Etat exige une limitation générale de la liberté d'opinion. Sur un plan purement juridique, la liberté de la presse et l'expulsion politique ont toutes les deux une base constitutionnelle et rien n'indique que la

seconde doit céder le pas à la première. L'article 70 Cst apparaît, en définitive, comme une limite de la liberté d'opinion des étrangers, quelles que soient ses manifestations.

3° Conclusions

On doit se demander pour conclure si cette inégalité de traitement est fondée sur des raisons péremptoires.

Il paraît tout d'abord difficile d'admettre que l'exclusion des étrangers des droits politiques soit définitive. En un temps où la main-d'œuvre étrangère joue un rôle déterminant dans l'économie du pays, il paraît normal que ses éléments stables puissent participer à la vie publique qui les concerne, notamment en matière fiscale. Cette évolution vers une égalité de traitement des étrangers les mieux adaptés (séjour renouvelé, établissement) devrait conduire à la suppression des restrictions à leur activité politique. La législation à ce sujet revêt d'ailleurs un caractère transitoire. Elle est issue d'une époque où la tension internationale avait suscité une méfiance extrême à l'égard des ressortissants étrangers. On ne peut affirmer que la situation n'ait pas évolué.

Une assimilation progressive des étrangers, sur le plan politique, devrait conduire à l'abandon de l'expulsion politique pour des opinions jugées hostiles à nos institutions ou aux pays avec qui nous avons des relations diplomatiques. Mais il convient de distinguer dès maintenant les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement. Contre ces derniers, l'atteinte aux droits personnels que constitue une mesure d'expulsion est si grave que seule une mise en danger sérieuse et directe de la sécurité de l'Etat peut la justifier.

Annexe

LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET LES DOCTRINES EXTRÉMISTES EN ALLEMAGNE FÉDÉRALE

Introduction

Toute constitution est une expérience. Faute de pouvoir compter sur des traditions libérales et démocratiques vivaces, les auteurs de la Loi fondamentale (Grundgesetz) ont tenté de les implanter de manière autoritaire dans les mœurs politiques de la République fédérale en interdisant toute modification constitutionnelle qui porterait atteinte au fonctionnement de la démocratie (art. 79₂ GG), en déclarant inconstitutionnels les partis politiques hostiles aux institutions politiques (art. 21₃ GG), en proclamant déchu de sa liberté d'opinion celui qui en abuserait pour les combattre (art. 18 GG).

L'autorité qui manie de telles armes est redoutable. Aussi le constituant n'en a-t-il pas confié le fonctionnement à un organe politique, mais à l'autorité judiciaire suprême, le Tribunal constitutionnel (Bundesverfassungsgericht) chargé de faire respecter la Loi fondamentale.

Cette confiance témoignée à un organe judiciaire représentait, à vrai dire, un acte de foi. Sous la République de Weimar, nombre de juges n'avaient pas voulu ou pas su défendre la démocratie et les libertés individuelles. Sous la dictature hitlérienne, la plupart s'étaient inclinés, quitte à rendre les décisions les plus odieuses ¹.

Mais cette fois le constituant avait créé une autorité judiciaire toute nouvelle, une véritable cour constitutionnelle qui n'avait rien de commun avec le Reichsgericht de la République de Weimar. De par ses attributions, le Tribunal constitutionnel recevait pour missions essentielles de protéger la structure fédérale de l'État, de régler les conflits entre Länder et d'assurer le respect des libertés individuelles. Pour réaliser ce but, il obtenait de contrôler la constitutionnalité de l'ensemble de la législation, y compris des lois fédérales. Enfin, et pour que ce contrôle ne restât pas lettre morte, on n'hésita pas à multiplier les voies de recours ². Ainsi, une loi fédérale peut être attaquée pour inconstitutionnalité par le

Gouvernement fédéral, celui d'un Land ou le tiers des membres du Bundestag (art. 76 BVerfGG), par un tribunal chargé de son application (art. 80 BVerfGG), par un simple citoyen enfin en cas de violation d'une liberté individuelle (art. 90 BVerfGG). De tels pouvoirs assurent l'indépendance du Tribunal constitutionnel à l'égard des autorités politiques.

A ces garanties institutionnelles se sont ajoutées des garanties personnelles. Estimant que la justice vaut ce que valent les juges, le Bundestag et le Bundesrat eurent le courage de nommer au Tribunal constitutionnel des hommes au caractère bien trempé, un savant dosage d'exilés politiques, de résistants de l'intérieur, d'hommes qui en tout cas ne s'étaient pas laissé entraîner dans l'avalissement de la Justice ⁸.

Tel est, très brièvement esquissé, l'organe judiciaire chargé, de surcroît, de protéger les institutions politiques en restreignant, au besoin, la liberté d'opinion de certains citoyens. Si l'on examine l'attitude du Tribunal constitutionnel à l'égard de cette liberté, on est frappé par une contradiction au moins apparente. Saisi d'un recours pour violation de la liberté d'opinion, le Tribunal constitutionnel défend une liberté individuelle à l'égard des organes de l'Etat. Requis, au contraire, par le Bundestag, le Gouvernement fédéral ou le Gouvernement d'un Land de déchoir un citoyen de sa liberté d'opinion ou d'interdire un parti politique, il joue le rôle inverse, il protège les organes de l'Etat contre les attaques des citoyens.

Gardien de la Constitution, le Tribunal ne peut qu'assumer cette contradiction. Ses juges, quelle que soit leur philosophie politique, doivent s'y soumettre.

Cette dualité de fonctions se retrouve naturellement au niveau de la jurisprudence. Lorsque les institutions politiques ne sont pas en péril, le Tribunal constitutionnel n'hésite pas à donner à la liberté d'opinion une position privilégiée ⁴. En son nom, il refuse à l'Etat fédéral le droit de créer une société de radiodiffusion dont ce dernier pourrait contrôler seul et sans restriction les émissions ⁵, il place la liberté d'information au-dessus des désagréments que l'utilisation d'un poste de radio peut causer dans un établissement pénitencier ⁶. Il donne aussi à la liberté d'opinion la préséance sur les intérêts privés en déclarant licite un appel au boycott lancé contre un réalisateur de films, célèbre sous le régime hitlérien ⁷, en refusant d'admettre la diffamation lorsqu'un journal politique est accusé de « pornographie intellectuelle » par un magistrat

victime de propos tendancieux⁸. Toutes ces décisions sont bien connues, elles ont assuré le prestige de la Cour.

Son autre rôle, celui d'assurer, non pas la sécurité de l'Etat au sens traditionnel, mais la défense des institutions politiques s'est révélé beaucoup plus délicat. Si la Loi fondamentale lui assure un monopole en matière d'interdiction de partis et de déchéance de la liberté d'opinion, cela suppose que le législateur n'empiète pas sur sa sphère de compétences, qu'aucune autre juridiction n'est appelée à rendre des décisions qui préjugent les siennes ou leur donnent un effet rétroactif. C'est ce problème que nous examinerons ici. Nous verrons qu'au-delà d'un conflit de juridiction, c'est de la primauté du droit constitutionnel sur le droit pénal qu'il s'agit, avec pour enjeu, la liberté d'opinion et les garanties que lui reconnaît la Loi fondamentale.

La déchéance de la liberté d'opinion

L'article 18 GG donne au Tribunal constitutionnel le pouvoir de déchoir de sa liberté d'opinion quiconque en abuse pour combattre les institutions démocratiques et libérales. Frappé d'une telle mesure, un citoyen ne peut plus se prévaloir de la garantie constitutionnelle, il est pratiquement exclu de la vie politique⁹.

Dans l'esprit du constituant, cette déchéance représentait le pendant, sur un plan individuel, des interdictions de partis politiques. Mais les rapports de cette mesure avec le droit pénal n'ont cessé d'être obscurs¹⁰. Est-ce un simple complément aux peines et mesures de sûreté prévues par le Code pénal pour les délits d'opinion ou est-ce, au contraire, la condition nécessaire pour réprimer les opinions hostiles à l'ordre constitutionnel ? La différence n'est pas mince. Dans le premier cas, le Tribunal constitutionnel n'est qu'un simple auxiliaire des juridictions pénales, dans l'autre, il est seul compétent pour juger des opinions hostiles à la Constitution.

Pendant longtemps, à vrai dire, cette alternative ne fut même pas posée. Il était entendu que l'article 18 GG n'avait aucune incidence sur le droit pénal. La procédure requise manquait d'ailleurs de réalisme. N'exigeait-on pas une requête, non pas du Ministère public, mais du Bundestag, du Gouvernement fédéral ou d'un Land pour statuer sur le sort d'un simple citoyen (art. 43 BVerfGG).

Il n'est donc pas étonnant que le Tribunal constitutionnel n'ait rendu, à ce jour, qu'une seule décision sur la base de l'article 18 GG, encore est-elle négative¹¹. Par requête du 28 avril 1952, le Gouvernement fédéral avait demandé au Tribunal constitutionnel de retirer, pour une durée à déterminer¹², au second président du Parti socialiste du Reich les libertés d'opinion, de réunion et d'association, ainsi que les droits de vote et d'éligibilité. Après que le SRP eut été interdit, le Gouvernement semble s'être désintéressé de la procédure. Un jugement n'intervint que le 23 juillet 1960. La requête gouvernementale fut jugée insuffisamment

motivée et rejetée. Le prévenu, déjà condamné pénalement, s'était retiré de la vie politique. Une application de l'article 18 GG était dépourvue de sens.

Ce furent, au contraire, les juridictions pénales qui jouèrent un rôle décisif dans la répression individuelle des idées extrémistes, en usant notamment de l'article 93 StGB sur les publications hostiles à la Constitution¹³.

Sur la base de cette disposition, les tribunaux pénaux condamnèrent les manifestations d'opinions antisémites, assimilées à des menées antidémocratiques. La Cour pénale fédérale ne se contenta pas de punir l'incitation à un acte concret, tel ce tract distribué à des parlementaires, les incitant à n'accorder aux Juifs aucun poste élu au sein du Gouvernement, des partis politiques ou des milieux bancaires¹⁴, elle fit saisir un ouvrage bien antérieur à la Loi fondamentale, sur la franc-maçonnerie¹⁵, une traduction d'un ouvrage américain sur une prétendue conspiration de banquiers juifs aux Etats-Unis¹⁶, une copie du film *Jude Süß*, tourné en 1940 sous les ordres de Goebbels et destiné à l'étranger¹⁷. Dans ces deux derniers cas, les tribunaux de première instance s'étaient refusé à voir dans ces œuvres, de par leur provenance et leur destination, des menées antidémocratiques contre la République fédérale. Ils furent désavoués par la Cour pénale fédérale.

L'article 93 StGB servit aussi à réprimer les idées communistes. Si la Cour pénale fédérale renonça à punir les écrits du parti, avant que ce dernier ne fût interdit¹⁸, elle donna à la décision du Tribunal constitutionnel un effet rétroactif en visant, par la suite, les publications antérieures à l'interdiction, jusqu'à ce que le Tribunal constitutionnel mit fin à une telle pratique¹⁹. L'article 93 StGB permit en outre de punir l'introduction et la diffusion de la quasi-totalité des journaux, des documents d'information et de propagande en provenance des pays communistes²⁰.

Dans ces conditions, la compétence reconnue au Tribunal constitutionnel paraissait tout à fait superflue et sans incidence sur la législation.

Il fallut attendre un arrêt du 6 octobre 1959²¹, pour que le Tribunal constitutionnel fixât pour la première fois les rapports de l'article 18 GG avec les mesures législatives équivalant à suspendre la liberté d'opinion.

Le Gouvernement du Land de Nordrhein Westfalen avait interdit au rédacteur du journal communiste *Freies Volk* l'exercice de sa profession pour une durée de cinq ans. La décision s'appuyait sur une loi du Land permettant d'interdire la profession d'éditeur et de rédacteur responsable

à quiconque se servirait de cette fonction pour combattre l'ordre démocratique et libéral. Le Tribunal administratif du Land, saisi d'un recours, jugea la loi contraire à l'article 18 GG et soumit la cause au Tribunal constitutionnel qui lui donna raison. « La Loi fondamentale, déclara ce dernier, prévoit des sanctions sévères contre ceux qui abusent de leur droit à une activité politique pour lutter contre la démocratie libérale, mais en contrepartie, elle leur assure des garanties juridiques particulières afin que ces droits ne soient pas suspendus à la légère. Ce système équilibré serait rompu si, en dehors de la réglementation du Tribunal, des sanctions semblables, applicables à des situations strictement politiques, frappaient les mêmes abus ²². »

Le Tribunal constitutionnel revendiquait donc un monopole, celui de retirer à un citoyen sa liberté d'opinion ou de prendre une mesure ayant des effets semblables. Mais sa décision se limitait au plan administratif. Pouvait-on en tirer des conclusions sur le plan pénal ? La Cour pénale fédérale trancha par la négative. Alors qu'un Tribunal de Cologne s'était refusé à appliquer à un journaliste communiste une mesure de sûreté permettant l'interdiction d'une profession ayant donné lieu à des actes délictueux, la Cour pénale en jugea autrement ²³. « L'article 18 GG a pour but, déclara-t-elle, non pas une limitation, mais une extension du droit en vigueur servant à protéger l'ordre démocratique et libéral. La compétence du Tribunal constitutionnel ne doit pas remplacer les mesures de sûreté prévues par le Code pénal, mais les compléter ²⁴. » En définitive, la Cour pénale fédérale refusait au Tribunal constitutionnel le monopole qu'il réclamait. Ce dernier ne s'est pas encore prononcé. Il a, en revanche, porté un coup sérieux à l'article 93 StGB en lui soustrayant toutes les publications d'un parti politique non interdit ou parues avant son interdiction ²⁵.

Certains publicistes n'hésitent pas à penser que l'article 93 StGB, dans l'interprétation extensible qu'en a donnée la Cour pénale fédérale, équivaut à suspendre la liberté d'opinion de certains citoyens, qu'il est donc incompatible avec la compétence reconnue au Tribunal constitutionnel ²⁶. Ce qui est sûr, c'est qu'un conflit aigu surgira, le jour où les juridictions pénales s'avisent de punir des opinions qui n'auront pas déjà, sur le plan des partis politiques, été condamnées.

Les interdictions de partis politiques

Les restrictions apportées à la liberté d'association sont caractéristiques de la Loi fondamentale, d'un régime que les publicistes allemands ont dénommé une démocratie militante. Elles ont pour but d'écarter de la vie politique les mouvements extrémistes hostiles à l'ordre constitutionnel et d'éviter par là les expériences malheureuses de la République de Weimar.

L'article 21 GG frappe tout particulièrement les amateurs de constitution par ses nouveautés. Non seulement il reconnaît les partis politiques, mais il entend soumettre leur organisation interne aux principes démocratiques et leurs ressources financières à la publicité ²⁷ ; non seulement il limite leur programme et leur activité au cadre tracé par la Loi fondamentale, mais il confère à l'autorité judiciaire suprême, le Tribunal constitutionnel, la tâche de les déclarer inconstitutionnels et de les interdire ²⁸.

Les jugements menant à l'interdiction du Parti socialiste du Reich (SRP) et du parti communiste (KPD) sont trop connus et trop volumineux pour que nous les analysions ici. Disons simplement qu'ils frappent par l'ampleur et le sérieux de la documentation réunie, par le faisceau des preuves recueillies et la multitude des arguments débattus ²⁹. Si le Tribunal constitutionnel entendait par là démontrer que sa tâche se distinguait d'un acte de gouvernement, d'une simple décision politique et ne constituait pas non plus une politisation de la justice, il semble y être parvenu.

Le Tribunal constitutionnel s'est, en tout cas, refusé à jouer le rôle d'une chambre d'enregistrement dont les décisions n'auraient fait que souscrire à la politique gouvernementale. Un exemple suffira à démontrer son autonomie. Saisi d'une requête du Gouvernement fédéral, en date du 28 novembre 1951, il ne prononça l'interdiction du parti communiste que le 17 avril 1956. Encore avait-il été nécessaire que le Bundestag modifiât la loi sur le Tribunal constitutionnel et menaçât directe-

ment le premier sénat de désaisissement si un jugement n'était intervenu à la fin d'août 1956 ³⁰.

Comme le Tribunal constitutionnel n'entendait fonder son pouvoir que sur la Constitution et sa logique interne, il n'hésita pas à élever le débat jusqu'à examiner la compatibilité de l'article 21 GG avec l'ensemble de la Loi fondamentale. Dans l'arrêt d'interdiction du parti communiste, il déclarait : « Le Tribunal constitutionnel doit se demander si une constitution démocratique et libérale qui limite si fortement la liberté d'opinion pour défendre ses propres valeurs ne tombe pas dans une insupportable contradiction au point que la disposition restrictive doive être elle-même déclarée inconstitutionnelle ³¹. »

Mais le Tribunal finissait par nier l'inconstitutionnalité de l'article 21 GG en invoquant les événements historiques qui avaient inspiré le constituant. Après avoir rappelé que l'attitude des démocraties occidentales à l'égard des partis politiques repose sur un principe foncièrement optimiste : la conviction que la meilleure garantie d'une démocratie réside dans l'opinion de ses citoyens, le Tribunal conclut qu'une telle confiance en la raison politique ne pouvait se déduire d'un passé récent. La leçon que le constituant en avait tirée liait le Tribunal ³².

L'une des tâches essentielles du Tribunal constitutionnel consistait à établir le degré d'hostilité qu'un parti politique devait témoigner à l'encontre de l'ordre politique pour devenir inconstitutionnel. Le parti communiste était d'avis que l'article 21₂ GG exigeait, non pas simplement une intention hostile, mais, pour le moins, l'équivalent d'un acte préparatoire à la haute trahison ³³. Il tentait de réintroduire le critère du danger clair et présent adopté par la Cour suprême des Etats-Unis. Sur ce terrain, la position du Tribunal constitutionnel était vulnérable. On pouvait admettre que ni le Parti socialiste du Reich ni le parti communiste n'avaient encore la force et le prestige d'obtenir en République fédérale, ne fût-ce que des succès modestes, qu'en requérant leur interdiction, le Gouvernement fédéral ne prévenait pas un ébranlement intérieur ou extérieur du régime démocratique, mais facilitait simplement le cours de sa politique ³⁴. Aussi le Tribunal constitutionnel rejeta une interprétation basée sur le critère du danger. Il n'eut pas de peine à établir que le constituant avait donné à l'article 21 GG un caractère essentiellement préventif destiné à empêcher déjà l'apparition de partis antidémocratiques ³⁵. Certes, un parti n'était pas déjà inconstitutionnel du fait qu'il rejetait certaines dispositions de la Loi fondamentale, voire

des institutions entières. Il ne suffisait pas non plus qu'il rejetât les valeurs essentielles d'une démocratie libérale, encore fallait-il qu'il fit preuve d'une hostilité active, d'une agressivité systématique³⁶. Mais une entreprise concrète n'était pas nécessaire, il suffisait que le cours politique d'un parti révélât une intention durable de combattre la démocratie libérale³⁷. Ainsi interprété, l'article 21 GG s'appliquait sans nul doute aux deux partis qui firent l'objet d'une interdiction. Le Tribunal constitutionnel n'eut pas de peine à prouver que le Parti socialiste du Reich était bien davantage une organisation de remplacement du NSDAP qu'un parti revendiquant une autonomie de doctrine. On retrouvait dans ses rangs, nombre d'anciens nazis recrutés en fonction de leur fidélité au passé, dans son idéologie, tous les vieux mythes de l'Allemagne hitlérienne, depuis l'idée du grand Reich, le principe du chef jusqu'à l'antisémitisme³⁸.

Sa tâche fut plus complexe avec le parti communiste. Ce parti ne contestait pas son rattachement à une doctrine révolutionnaire, mais il prétendait renoncer à sa réalisation aussi longtemps qu'une réunification de l'Allemagne n'était pas intervenue et tant que la Loi fondamentale resterait en vigueur. Le Tribunal constitutionnel admit qu'un tel argument était plausible. Encore fallait-il que le parti communiste en rapportât la preuve. Ce qui n'était pas le cas. En préconisant le renversement du Gouvernement d'Adenauer et la création d'un gouvernement dit « de réunification nationale », le parti communiste n'avait point donné la garantie qu'il reconnaissait, au moins temporairement, les institutions politiques de la République fédérale. Rien n'indiquait que le gouvernement qu'il préconisait ne ruinerait pas le système démocratique et que sa mise au pouvoir s'effectuerait par des moyens légaux. Le Tribunal jugea donc le parti communiste inconstitutionnel et prononça son interdiction³⁹.

On ignore généralement que l'interdiction des partis extrémistes, notamment celle du parti communiste, a créé une situation confuse sur le plan de la répression pénale individuelle. Tout le contraire de la sécurité juridique qu'avait espérée le constituant. Il faut en voir les raisons dans une mauvaise coordination entre le droit constitutionnel et le droit pénal, dans une faille à peine perceptible, mais que l'acharnement des juridictions pénales à défendre leur autonomie en matière de délits politiques contribua à rendre scandaleuse⁴⁰.

La réforme du Code pénal d'août 1951 avait introduit une disposition faisant de la fondation, de la direction d'une association hostile à la

Constitution et de son soutien un crime (art. 90_a StGB). Les tribunaux pénaux firent un pas de plus dans le sens d'une responsabilité collective en appliquant aux membres d'un groupement politique extrémiste le délit de participation à une association criminelle (art. 129 StGB).

L'incompatibilité de ces dispositions avec l'article 21 GG n'apparut pas d'emblée. Le législateur avait même précisé que les membres d'un parti politique ne pouvaient être poursuivis qu'après une déclaration d'inconstitutionnalité (art. 90_{a3} StGB).

En fait, tant et aussi longtemps que leur parti ne fut pas interdit, les extrémistes de droite et de gauche jouirent d'une relative impunité ⁴¹.

La situation changea de manière inattendue après l'interdiction du Parti socialiste du Reich et du parti communiste. Sur le plan pénal, l'interdiction de ces partis par le Tribunal constitutionnel entraînait logiquement la répression de toute tentative d'en maintenir l'organisation et l'activité ou de leur substituer une organisation de remplacement (art. 42 BVerfGG). Mais il semblait tout aussi évident que l'interdiction ne pouvait avoir pour conséquence de rendre punissable l'activité politique déployée jusqu'alors en leur sein. Une interprétation littérale de l'article 90_a StGB allait pourtant conduire la Cour pénale fédérale à ce résultat. Dans un jugement rendu par le « sénat politique », en première instance, elle rejeta l'argument de la défense, selon lequel l'article 21 GG assurait l'immunité des dirigeants et fonctionnaires du parti jusqu'au prononcé d'interdiction. A ses yeux, la poursuite des responsables était simplement suspendue aussi longtemps qu'un arrêt d'interdiction n'avait pas été rendu. La décision du Tribunal constitutionnel était un simple obstacle de procédure et non une condition de fond de la punissabilité ⁴². Cette interprétation allait mener à la poursuite et à la condamnation de la plupart des membres influents du parti communiste. On n'hésita pas à rouvrir certains dossiers. Telle affaire déjà jugée pour diffamation devenait, sur la base des mêmes faits, participation à une association hostile à la Constitution (art. 90_a StGB) et criminelle (art. 129 StGB) ⁴³.

Le résultat était choquant. Les communistes payaient au fond les scrupules du Tribunal constitutionnel à qui il avait fallu 56 mois pour se prononcer. Il n'est donc pas étonnant que le Tribunal constitutionnel ait fini par réagir en mettant fin à la pratique de la Cour pénale fédérale. Le cas soumis au Tribunal était classique. Le recourant, membre du parti communiste et dirigeant de la société pour l'amitié soviéto-allemande, s'était vu reprocher, sitôt après l'interdiction du parti, l'activité

déployée au sein de ces deux mouvements. Condamné à deux ans de prison par le Tribunal de Lüneburg, il avait recouru, mais sans succès, devant la Cour pénale fédérale (jugement du 3 avril 1957). Dans un arrêt du 21 mars 1961, le Tribunal constitutionnel cassa le jugement de la Cour pénale fédérale et donna partiellement raison au recourant en refusant de lui imputer son action au sein du parti communiste. Il déclara l'art. 90_a StGB inapplicable aux partis politiques ⁴⁴.

Comment le Tribunal constitutionnel était-il parvenu à ce résultat ? Tout d'abord en donnant à sa compétence exclusive en matière d'interdiction un sens extensif et libéral. De sa décision, le Tribunal constitutionnel entendait faire dépendre non seulement l'existence et l'organisation du parti, mais le statut de ses membres dont l'activité jouissait d'une sorte d'immunité tant qu'elle restait dans la légalité. Cette légalité ne pouvait disparaître si le parti était plus tard déclaré inconstitutionnel.

Mais cet effet que le Tribunal entendait tirer de l'article 21 GG rentrait dans le cadre d'une interprétation plus générale de la Constitution. En reconnaissant les partis politiques, la Loi fondamentale leur accordait un statut qui comprenait notamment ce que les membres du parti pouvaient faire et devaient omettre, à savoir participer à l'activité du parti tout en n'usant que des moyens généralement permis. Dans le laps de temps précédant son interdiction, un parti inconstitutionnel jouissait encore de tous ses droits. La Loi fondamentale en avait pris le risque.

La décision du Tribunal constitutionnel était courageuse. Elle remettait en cause un grand nombre de jugements pénaux dont les victimes pouvaient exiger la réouverture de la procédure (art. 79₂ BVerfGG). Lors de ces procès en révision, il s'avéra qu'une autre disposition pénale, l'article 129 StGB sur les associations criminelles, était inapplicable aux membres d'un parti politique. On l'avait, jusqu'alors, systématiquement appliquée à ceux qui avaient exercé des responsabilités au sein du parti communiste, en leur reprochant par exemple les publications hostiles à la Constitution ou diffamatoires à l'égard des organes de l'Etat que le parti avait publiées ⁴⁵. Saisis de demandes en révision, la Cour pénale fédérale et le Tribunal de Dortmund suspendirent les procédures et demandèrent au Tribunal constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 129 StGB. Par jugement du 30 octobre 1963 ⁴⁶, le Tribunal constitutionnel continua son œuvre de réajustement du droit pénal à la Loi fondamentale en déclarant que l'article 129 StGB ne pouvait s'appliquer aux partis politiques.

Une loi sur les associations du 5 août 1964 est venue parachever cette évolution en revisant les délits d'association du droit pénal dans le sens de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel ⁴⁷. Désormais ce que la Loi fondamentale autorise, une loi pénale ne peut l'interdire.

Notes

Introduction

- ¹ André GRISEL, *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral*, thèse, Neuchâtel, 1937, p. 5.

PREMIÈRE PARTIE

LE TRIBUNAL FÉDÉRAL ET LA LIBERTÉ D'OPINION

Remarques préliminaires sur le contrôle de la constitutionnalité des lois

- ² Cf. l'ouvrage du Colloque de Heidelberg, *La Juridiction constitutionnelle à l'époque contemporaine*, Köln-Berlin 1962.
- ³ BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, 1961, p. 60 ss ; EISENMANN-HAMON, op. cit., article sur *La Juridiction constitutionnelle en droit français, 1875-1961*, p. 231 ss.
- ⁴ Il est vrai que la liberté d'opinion n'est pas directement incorporée à la Constitution. Seul le préambule se réfère à la Déclaration des droits de 1789 dont l'article 11 garantit la libre communication des pensées et des opinions. Le Conseil d'Etat répugne à voir dans le préambule de la Constitution un texte édictant de véritables règles de droit, RDP, 1950, p. 691 ; arrêt Dehaene, du 7 juillet 1950. Il semble changer d'avis dans l'arrêt Condamine, du 7 juin 1957 ; RDP, 1958, p. 98.
- ⁵ Cette différence avec notre système est mise en lumière par le professeur HUBER, RDS, 1936, p. [141-142 a].
- ⁶ TUNC, *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, t. II, Paris, 1954, p. 269, 282.
- ⁷ Selon l'article 100 de la Loi fondamentale, un tribunal qui tient une loi applicable pour inconstitutionnelle doit suspendre la procédure et requérir la décision d'une Cour constitutionnelle d'Etat si la Constitution de l'Etat est violée, de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit d'une violation de la Loi fondamentale.
- ⁸ En matière de liberté d'opinion, la Cour suprême a jugé, dans l'arrêt *Gitlow v. People of New York* de 1925 (268 US 652), qu'en vertu du XIV Amendement, elle pouvait étendre son contrôle à la législation des Etats.
- ⁹ La loi d'organisation judiciaire ne prévoit pas le recours de droit public contre une ordonnance ou une décision du Conseil fédéral (84-85 OJF). Par voie d'exception, un contrôle de la conformité des ordonnances du Conseil fédéral à la Constitution est par contre possible. Cf. l'article du juge fédéral GRISEL, « Le contrôle des ordonnances fédérales en Suisse », *Etudes et documents*, année 1962, p. 187 ; BRUNNER, *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit*, thèse, Berne, 1953.
- ¹⁰ Sur le contrôle de constitutionnalité, ses aspects historiques et politiques : FLEINER, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*, RDS, 1934, p. 1 a ss ; RAPPARD, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, RDS, 1934, p. 36 a ss ; SCHERREA,

Die Verfassungsgerichtbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitischen Bedeutung in der Schweiz, thèse, Zurich, 1937 ; GROSSMANN, *Die staats- und recht-ideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1948 ; PANCHAUD, *Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral*, RDS, 1950, p. 1 a ss ; NEF, *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde*, RDS, 1950, p. 133 a ss ; SCHINDLER, *Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitville*, RDS, 1955, p. 289 ss ; EICHENBERGER, *Richterstaat und schweizerische Demokratie*, RDS, 1963, p. 1 ss ; BRAND, *Eidgenössische Gerichtbarkeit*, Berne, 1962.

- ¹¹ Nous verrons par la suite que le contrôle par voie d'exception joue un certain rôle pour les ordonnances du Conseil fédéral.
- ¹² Sur les caractéristiques générales du recours de droit public : GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich, 1933 ; EGGENSWILER, *Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses*, Berne, 1936 ; DREYER, *Le recours de droit public*, Lausanne, 1940 ; BIRCHMEIER, *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16 Dezember 1943*, Zurich, 1950 ; MARTI, *Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde*, RDS, 1962, p. 1 ss ; BONNARD, *Problèmes relatifs au recours de droit public*, RDS, 1962, p. 381 ss.
- ¹³ Cf. l'étude du professeur HUBER, *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, RDS, 1936, p. 1 a ss.
- ¹⁴ Cette ambiguïté est aussi commune à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Cf. LASSALLE, *La Cour suprême et le problème communiste aux Etats-Unis*, cahier de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1960, N° 108.

TITRE UNIQUE

Les règles jurisprudentielles appliquées à la liberté d'opinion

- ¹⁵ Sur la compétence des cantons en matière pénale : HAFTER, *Das eidgenössische Strafrecht und die Vorbehalte zugunsten der Kantone im Sinne des Art. 335 StGB*, RDS, 1939, p. 1 a ss ; PANCHAUD, *Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 du Code pénal suisse*, RDS, 1939, p. 55 a ss ; PYRION, *La répression des infractions aux lois cantonales et le Code pénal suisse*, JDT, 1945, IV, p. 130.
D'une manière générale, les cantons conservent le pouvoir d'établir des sanctions pénales pour toutes les matières administratives sur lesquelles ils peuvent légiférer, ATF 78 I [307], Ciné-Spectacles S. A., du 22 octobre 1952.
- ¹⁶ A notre connaissance, il n'existe pas de canton qui ait réglé de façon substantielle le droit de réunion et d'association. Mentionnons cependant les lois cantonales édictées peu avant la Seconde Guerre mondiale qui visaient avant tout le parti communiste : la loi neuchâteloise du 23 février 1937, l'adjonction des articles 14 bis et 237 à la Constitution genevoise acceptée en votation populaire le 13 juin 1937, la loi schwytoise sur l'interdiction des organisations communistes et subversives du 4 novembre 1937, la loi uranaise sur l'interdiction des organisations subversives du 2 juin 1938, la revision constitutionnelle vaudoise des 29/30 janvier 1938 (art. 8bis), et la loi du 21 novembre 1938 sur les associations illicites. Mais après la levée des interdictions de partis politiques sur le plan fédéral, ces dispositions ont été supprimées ou sont devenues éduques.
Sur les dispositions cantonales réglementant les abus de presse, cf. LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, Bâle, 1964, p. 85, 172.

- ¹⁷ Nous renvoyons à la partie de notre ouvrage consacrée à la législation sur le cinéma.
- ¹⁸ La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la liberté d'opinion n'a jamais été examinée de façon globale. On trouve, en revanche, des analyses partielles dans divers ouvrages.
- ¹⁹ Sur la liberté de conscience et de croyance (art. 49 Cst) : STUDA, *Der konfessionnelle Friede*, thèse, Fribourg, 1924 ; CLERC, *Les principes de la liberté religieuse*, thèse, Genève, 1937 ; BÜHREN, *Der strafrechtliche Schutz der Glaubens und Kultusfreiheit*, thèse, Berne, 1943 ; SCHWANDER, *Von den Religionsdelikten*, Fribourg, 1955.
- ²⁰ Sur la liberté de la presse (art. 55 Cst) ; SCHERRER, *Die Beschränkung der Pressfreiheit durch das Strafrecht*, thèse Zurich, 1929 ; TOGGENBURGER, *Pressfreiheit und demokratische Willensbildung*, thèse, Zurich, 1945 ; BOURQUIN, *La liberté de la presse*, thèse, Lausanne, 1950.
- ³⁰ Sur la liberté d'association et de réunion (art. 56 Cst) : BONHÔTE, *La liberté d'association en Droit public fédéral suisse*, thèse, Neuchâtel, 1920 ; ABDELHALDEN, *Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht*, thèse, Berne, 1938 ; HOERNI, *Das Versammlungsrecht in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1938 ; BRUNNER, *Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungsstaaten*, thèse, Zurich, 1965.
- ⁴⁰ Sur le cinéma : AEPPLI, *Die Filmzensur in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1949 ; VON TSCHARNER, *Filmgewerbe und Gewerbefreiheit*, thèse, Zurich, 1952. Mentionnons cependant la thèse de KÖNEN, *Das Recht der freien Meinungsäusserung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit*, thèse, Fribourg, 1937, qui comprend les principaux arrêts du Tribunal fédéral, mais étudiés de manière fragmentée.

CHAPITRE PREMIER

La règle du danger sérieux, direct et imminent ou les limites de la liberté d'opinion

- ¹⁰ ATF 34 I 254, Bär, du 25 juin 1908.
- ²⁰ ATF 58 I 84, Humbert-Droz, du 20 mai 1932.
- ²¹ Sur la règle du danger « clair et présent » : TUNG, *Le Système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, vol. I, Paris, 1954, p. 421 ss, mais surtout LASSALLE, *La Cour suprême et le problème communiste aux Etats-Unis*, 1960.
- ²² La validité de la clause générale de police est longuement débattue dans l'arrêt Rassemblement jurassien, du 2 mars 1966, ATF 92 I 24. Nous renvoyons à la bibliographie citée par le Tribunal fédéral.
- ²³ ATF 34 I 254, 55 I 228, 61 I 103, 62 I 218.
- ²⁴ ATF 34 I 254, Bär, du 25 juin 1908.
- ²⁵ ATF 58 I 84, Humbert-Droz, du 20 mai 1932.
- ²⁶ ATF 58 I [93-94].
- ²⁷ ATF 59 I 13, L'Action pour la Paix, du 10 février 1933.
- ²⁸ ATF 59 I [16].
- ²⁹ ATF 59 I [17].
- ³⁰ ATF 61 I 264, Graher, Humbert-Droz et Müller, du 20 septembre 1935.

- ³¹ ATF 61 I [268].
Le Tribunal fédéral ne remet pas en question, par cet arrêt, la règle du danger sérieux, direct et imminent. Il en élargit simplement la portée en y faisant rentrer non plus seulement l'incitation à des actes de violence, mais déjà la provocation à des actes illicites. C'est, à notre avis, à tort que certains commentateurs voient dans cette décision un revirement de jurisprudence. Cf. par exemple : FAVRE, *L'évolution des droits individuels de la Constitution*, RDS, 1936, p. [327a] ; KORNER, *op. cit.*, p. [72] ; BRUNNER, *op. cit.*, p. [303].
- ³² ATF 62 I 218, Gros, du 20 juin 1936.
- ³³ ATF 62 I [223].
- ³⁴ ATF 62 I [223].
- ³⁵ Dans le même esprit il admit que le journal du recourant portât comme sous-titre « organe antisémite », mais non « organe de lutte contre la juiverie » ; ATF 62 I [226].
- ³⁶ ATF 58 I 219, Nationale Front, du 30 septembre 1932 (arrêt du *Balai de fer*).
- ³⁷ ATF XII 93, Schaaf, du 20 février 1886. .
- ³⁸ ATF XII [109].
- ³⁹ ATF 55 I 228, Parti socialiste suisse, du 11 octobre 1929.
- ⁴⁰ ATF 55 I [236].
- ⁴¹ ATF 57 I 266, Moser, du 10 juillet 1931.
- ⁴² ATF 60 I 108, Pressunion des *Kämpfers*, du 23 février 1934.
- ⁴³ ATF 60 I [121].
- ⁴⁴ ATF 61 I 32, Union syndicale et Union des chômeurs de Lausanne, du 22 mars 1935.
- ⁴⁵ ATF 61 I 103, Nationale Front, du 3 avril 1935.
- ⁴⁶ FF 1936 III 393.
- ⁴⁷ Arrêt non publié.
- ⁴⁸ ATF 63 I 281, Barraud, du 3 décembre 1937.
- ⁴⁹ ZBl, 1938, p. 50.
- ⁵⁰ ZBl, 1942, p. 354.
- ⁵¹ ZBl, 1938, p. 172.
- ⁵² ATF 91 I 321, Rassemblement jurassien, du 14 décembre 1965.
- ⁵³ ATF 92 I 24, Rassemblement jurassien, du 2 mars 1966.

CHAPITRE II

Les règles limitant les interventions de police

- ⁵⁴ ATF 6 [172] Jäggi, du 2 avril 1880.
- ⁵⁵ ATF 63 I [291].
- ⁵⁶ Arrêt non publié. Même décision du tribunal administratif de Bâle-Ville, du 10 juillet 1962 (ZBl, 1963, p. 149).
- ⁵⁷ ZBl, 1954, p. 432.
- ⁵⁸ ZBl, 1954, p. [436].
- ⁵⁹ ATF 89 I 166, Kunz et Victor Film SA, du 1^{er} mai 1963.

- ⁶⁰ ATF 61 I [108].
⁶¹ ATF 91 I [326].
⁶² ATF 61 I [108].
⁶³ ATF XII 93.
⁶⁴ ATF XII [108-109].
⁶⁵ ATF 92 I 24.
⁶⁶ Sur le principe de proportionnalité : OBERLE, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs*, thèse, Zurich, 1952.
⁶⁷ Arrêt non publié.
⁶⁸ ATF 63 I [290].
⁶⁹ ATF 92 I [35].

CHAPITRE III

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

- ⁷⁰ H. MARTI, *Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde*, RDS, 1962, p. [117].
⁷¹ GIACOMETTI, *Die Verfassungsverwertbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich, 1933, p. 232 ss ; BIRCUMEIER, *Bundesrechtspflege*, p. 328 ss ; MARTI, RDS, 1962, p. 117 ; BONNARD, RDS, 1962, p. 480.
⁷² C. BONNARD fait remarquer que l'étendue du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dépend aussi de la nature du recours de droit public ; qu'un tel recours ne saurait être formé afin de protéger des droits découlant de la loi, sauf quand la violation de tels droits revient à celle d'une liberté individuelle. Dans ce cas, le Tribunal fédéral n'examinerait que le déni de justice matériel (arbitraire) (RDS, 1962, p. 480 ss).
 Cette éventualité n'est pas confirmée en matière de liberté d'opinion. Il est vrai que l'application d'une loi cantonale ne joue en général aucun rôle. Les cantons s'appuient directement sur leur pouvoir général de police. En matière cinématographique pourtant, où les lois de censure cantonales sont générales, le Tribunal fédéral semble justifier son refus du libre examen pour d'autres raisons (autonomie des cantons dans le maintien de l'ordre public, difficulté de juger la production cinématographique). Cf. notamment ATF 87 I [119], Sphinx Film S. A., du 3 mai 1961.
⁷³ Le Tribunal fédéral ne revoit cependant qu'avec retenue les constatations de fait, ATF 92 I 24, Rassemblement jurassien, du 2 mars 1966. Il estime sans doute pouvoir faire confiance aux autorités judiciaires ou administratives cantonales. Cf. BONNARD, RDS, 1958, p. 479.
⁷⁴ ATF 34 I 254, 55 I 228, 62 I 218.
⁷⁵ ATF 58 I 84.
⁷⁶ Il peut approuver la suspension d'un journal communiste (ATF 60 I 108), l'interdiction d'une manifestation du Front national (ATF 61 I 103) ou du Rassemblement jurassien (ATF 91 I 321, 92 I 24), sans se prononcer sur la légalité de leur doctrine.
⁷⁷ ATF 63 I [290].

CHAPITRE IV

Un cas particulier : le cinéma

- ⁷⁸ Arrêt Burekhardt, du 14 juin 1918 ; Forum AG, du 21 novembre 1930 ; Praesens Film AG, du 30 janvier 1931 ; Tobis Film AG, du 6 juillet 1942, ZBl, p. 398 ; ATF 87 I 114, Sphinx Film S. A., du 3 mai 1961.
 ARPLI, *op. cit.*, p. 64 ss ; VON TSCHARNER, *op. cit.*, p. 101.

- ⁷⁹ Arrêt non publié.
- ⁸⁰ Arrêt Burckhardt, du 14 juin 1918 ; arrêt Praesens Film AG, du 30 janvier 1931 ; ATF 87 I [287], Filmklub Luzern du 12 juillet 1961.
- ⁸¹ Arrêt Tobis Film AG, du 6 juillet 1942, ZBl, 1942, p. 398 ; arrêt Gamma Film Distribution S. A., du 3 mars 1954, ZBl, 1954, p. 432 ; JDT, 1955, p. 14.
- ⁸² Notamment von TSCHARNER, *op. cit.*, p. 101-102 ; BÄUMLIN, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, thèse, Berne 1954, p. 100 ; GIACOMETTI, *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, discours de rectorat du 29 avril 1955. Cet avis avait d'ailleurs été depuis longtemps soutenu par FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 372.
- ⁸³ ATF 87 I [117].
- ⁸⁴ ATF 87 I [288].
- ⁸⁵ ATF 87 I [288]. Reprend en cela l'arrêt Burckhardt du 14 juin 1918.
- ⁸⁶ ZBl, 1963, p. 363.
- ⁸⁷ ATF 93 I 305, Rialto Film AG, du 17 mai 1967.
- ⁸⁸ Arrêt Tobis Film AG, du 6 juillet 1942, ZBl, 1942, p. 398 ; arrêt Gamma Film Distribution S. A., du 3 mars 1954, ZBl, 1954, p. 434.
- ⁸⁹ Arrêt non publié.
- ⁹⁰ ATF 87 I 118 ; 87 I 283 ; Arrêt Filmklub II, du 19 septembre 1962, ZBl, 1963, p. 364. Dans ces deux derniers arrêts, le Tribunal fédéral déclare la censure applicable aux ciné-clubs.
- ⁹¹ ATF 83 I 111, Sommer, du 13 mars 1957. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral conteste qu'une ordonnance du Gouvernement argovien constitue une base suffisante à la censure.
- ⁹² ATF 93 I 305, Rialto Film AG, du 17 mai 1967.
- ⁹³ Par analogie : ATF 78 I 298, Ciné-Spectacles S. A., du 22 octobre 1952, relatif à la censure de la réclame cinématographique.
- ⁹⁴ Il n'existe pas de statistique générale des films censurés par les cantons. D'après les éléments dont nous disposons, ces chiffres sont en général très bas. Neidhart mentionne pour Zurich durant la période 1922-1945 une moyenne annuelle de 3,2 films interdits, ZBl, 1946 [223] ; cf. aussi AEPPLI, *op. cit.*, p. 127. La censure ne semble vraiment sévère qu'à Lucerne et dans le Valais.
- ⁹⁵ Sur les motifs de censure dans les législations cantonales, cf. AEPPLI, *op. cit.*, p. 121-126.
- ⁹⁶ Dans un cas au moins, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à interpréter de façon extensive une loi cantonale afin de conférer aux autorités de censure un pouvoir général de police. Dans l'arrêt Forum AG, du 21 novembre 1930, il avait à examiner l'interdiction d'un film d'information sur les maladies vénériennes. Le film n'était ni immoral, ni dépravant au sens de la loi bâloise, mais, ajoutait le Tribunal fédéral, il constituait en tout cas une atteinte grave aux conceptions sociales dominantes sur le maintien des convenances et des bonnes mœurs en matière sexuelle et par là un trouble de l'ordre public.
- ⁹⁷ ATF 87 I [119-120], Sphinx Film S. A., du 3 mai 1961.
- ⁹⁸ Arrêt Filmklub Luzern II, du 19 septembre 1962, ZBl, 1963, p. [366] ; ATF 93 I [311], Rialto Film AG, du 17 mai 1967. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral refuse même de procéder à la vision du film. Limitant son pouvoir à l'arbitraire, il estime que les articles de presse joints au recours constituent des éléments d'appréciation suffisants.

⁹⁹ Ce qui n'arrive pratiquement jamais en raison de l'imprécision des lois de censure. A notre connaissance, une seule décision portée devant le Tribunal fédéral a été cassée, et pour cause d'inégalité (arrêt Kunz, du 7 décembre 1960).

¹⁰⁰ ATF 87 I [121].

¹⁰¹ ATF 89 I [169].

¹⁰² ZBl, 1963, p. [367].

¹⁰³ ZBl, 1963, p. [366-367].

SECONDE PARTIE

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'OPINION DANS LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

TITRE PREMIER

LA RÉGLEMENTATION PÉNALE DE LA LIBERTÉ D'OPINION

¹⁰⁴ ATF 63 I 329 ; 64 I 375.

¹⁰⁵ ATF 70 IV 20, Pfändler, du 3 mars 1944 ; ATF 77 IV 94, Allgöwer, du 27 avril 1951. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'interdit de revoir la législation pénale fédérale à la lumière de la liberté de la presse. Un tel contrôle équivaldrait, à ses yeux, à une violation de l'article 113, Cst qui soustrait à son examen les lois et arrêtés de portée générale de l'Assemblée fédérale.

¹⁰⁶ Cf. notamment SCHERRER, *op. cit.* ; BOURQUIN, *op. cit.* ; SCHWANDER, *Von den Religionsdelikten*, Fribourg 1955.

SOUS-TITRE PREMIER

LES TENTATIVES DE COMPLÉTER LE CODE PÉNAL FÉDÉRAL

CHAPITRE PREMIER

La propagande révolutionnaire

¹⁰⁷ On trouvera un bref historique de ces mesures dans : SCHÜRCH, *Der strafrechtliche Schutz der öffentlichen Ordnung*, thèse, Berne, 1936 ; WENGER, *Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung. Art. 275-275ter StGB*, thèse, Zurich, 1955 ; ZELLWEGER, *Staatsschutz und Freiheitsrechte*, Recueil de travaux suisses, V^o Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1958.

¹⁰⁸ FF 1893 V 769.

¹⁰⁹ Article premier du projet, FF 1893 V [774].

¹¹⁰ FF 1893 V [771].

¹¹¹ Les expulsions frappaient avant tout des rédacteurs de feuilles anarchistes : Baresi, directeur de l'imprimerie italienne à Genève, accusé d'avoir répandu des tracts menaçant le roi Humbert d'Italie de mort en cas d'exécution de l'anarchiste Passamonte (Salis, IV, N^o 2047) ; le prince Kropotkine, rédacteur du *Révolté*, pour ses articles glorifiant l'assassinat du tsar et invitant les ouvriers à

- s'emparer de la propriété privée (Salis, IV, N° 2050) ; Schicchi, rédacteur de la *Crocce di Savoia* pour l'incitation à la révolution en préconisant le meurtre, l'incendie, le pillage et le vol (Salis, IV, N° 2073). Seul Brousse fut condamné pénalement.
- ¹¹² RPS, 1890, p. 51.
- ¹¹³ Celui qui, dans l'intention de répandre la terreur dans la population ou d'ébranler la sécurité publique, incite à commettre des délits contre les personnes ou les propriétés, ou donne des instructions en vue de leur perpétration (art. 4).
- ¹¹⁴ Elles faisaient écho aux remarques de ZÜRCHER dans la *Revue pénale suisse* de 1894, p. 118 : « S'il y a encore parmi les anarchistes quelque chose d'humain, n'est-ce pas précisément cette folie de croire que ce monde plein d'injustices et de souffrances devrait sombrer pour en laisser surgir un autre dont ils croient deviner les contours... C'est une folie sublime qui ne rabaisse pas ceux qui en sont atteints au rang des assassins ordinaires. »
et témoignaient implicitement de la sympathie dont jouissait malgré tout l'anarchisme chez nous.
- ¹¹⁵ ATF 26 I 227, Bertoni, Frigerio et Held, du 29 mai 1900. Pour la Cour pénale fédérale, la loi de 1894 était inapplicable pour deux raisons :
- 1° Par nature, l'incitation aux crimes anarchistes ne constitue pas un délit contre l'ordre constitutionnel, mais contre des personnes et des biens. L'incitation s'adresse à des terroristes individuels et non à des partis politiques.
 - 2° Dans ses mobiles, le crime anarchiste vise à semer la terreur. Il est sinon gratuit. Or la terreur n'est pas le but de la révolution, elle n'en est tout au plus qu'une conséquence.
- ¹¹⁶ Sur l'application de la loi, KRONAUER, RPS, 1908, p. 22 ; STÄMPFLI, RPS, 1925, p. 51.
- ¹¹⁷ GAUTIER, *Le procès Lucheni*, RPS, 1898, p. 333.
- ¹¹⁸ Cf. Salis, IV, N° 2084.
- ¹¹⁹ Le texte incriminé contenait notamment ce passage : « Nous n'hésitons pas à nous ériger en défenseur de celui (Lucheni) qui, inspiré de l'idéal qui est le nôtre, s'est levé pour frapper l'être qui, à ses yeux, représente dans la société bourgeoise le principe de l'autorité, le privilège, laquelle autorité et lequel privilège constituent un obstacle permanent à la rédemption de l'humanité tout entière. » Salis, IV, N° 2085.
- ¹²⁰ Message du Conseil fédéral du 15 décembre 1902, FF 1902 V 810.
- ¹²¹ La loi proposait un amendement au Code pénal fédéral sous la forme d'un nouvel article 52bis : « Celui qui incite publiquement à des crimes anarchistes ou donne des instructions pour les commettre ou fait publiquement l'apologie de tels crimes de façon à inciter autrui à commettre de tels actes... »
- ¹²² Bull. stén. CE, 1904, p. 135.
- ¹²³ Bull. stén. CN, 1906, p. 98, 104.
- ¹²⁴ FF 1906 IV 312.
- ¹²⁵ PV IV, p. 296-303.
- ¹²⁶ Pour l'analyse de cette loi, cf. STÄMPFLI, RPS, 1922, p. 97.
- ¹²⁷ La scission de l'aile gauche communiste n'intervint qu'en 1920, lorsque le congrès du PSS refusa d'admettre les 21 conditions posées par la III^e Internationale. Le PC tint son premier congrès en mai 1921.

- ¹²⁸ En 1917, le PSS n'obtint que 22 députés au Conseil national. Après l'introduction du système proportionnel, ce chiffre monta à 41 (1919). Cf. GRUNER et FRET, *L'Assemblée fédérale 1848-1920*, vol. II, Berne 1966, p. 192.
- ¹²⁹ Cette opinion n'était malheureusement pas dépourvue de fondement. Le référendum a certainement freiné le développement de la législation sociale. Dans le secteur des assurances, par exemple, la loi sur l'assurance-maladie (LAMA) fut rejetée une première fois le 20 mai 1900 et acceptée de justesse seulement le 4 février 1912. En matière d'assurance-vieillesse et survivants, le premier projet de loi fut aussi rejeté le 6 décembre 1931 (lex Schulthess).
Une modification de la loi sur les fabriques tendant à élever la durée du travail à 54 heures hebdomadaires fut en revanche rejetée le 17 février 1924.
- ¹³⁰ Le déroulement de ces événements est relaté de façon succincte dans le rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 12 novembre 1918, FF 1918 V 65.
- ¹³¹ FF 1918 V [75].
Sur les débats aux Chambres fédérales, Bull. stén. CN, 1918, p. 413-480 ; Bull. stén. CE, 1918, p. 151-158.
- ¹³² Cf. les appels au peuple du Conseil fédéral du 7 novembre et du 11 novembre 1918, FF 1918 V 65.
- ¹³³ FF 1918 V 84.
- ¹³⁴ Sur les résultats de l'enquête judiciaire : rapport du Ministère public fédéral, FF 1921 II 383.
- ¹³⁵ Le mémoire Grimm était un projet de grève générale présenté à la Conférence que tinrent à Olten la direction du PSS, le Comité d'Olten et la fédération suisse des syndicats professionnels. Il prévoyait quatre phases :
1° agitation générale dans les assemblées populaires et dans la presse ;
2° renforcement de l'agitation (assemblées pendant les heures de travail) ;
3° grève générale limitée ;
4° grève générale illimitée.
FF 1921 II [389].
- ¹³⁶ FF 1921 II 497.
- ¹³⁷ L'initiative avait été déposée le 30 juillet 1919. Elle avait recueilli 114 000 signatures, mais seulement un peu plus de la moitié avaient été reconnues valables. Repoussée par les Chambres fédérales, elle fut rejetée sans appel en votation populaire le 18 février 1923 par 445 606 voix contre 55 145.
- ¹³⁸ FF 1921 II [498].
- ¹³⁹ Bull. stén. CN, 1921, p. 512 ss.
- ¹⁴⁰ Tout en refusant d'adhérer à la III^e Internationale, le PSS s'était doté en 1920 d'un programme très radical avant tout, semble-t-il, pour éviter la scission de son aile gauche communiste. Cf. MASNATA, *Le PSS et la tradition démocratique*, Neuchâtel, 1963 [p. 109].
- ¹⁴¹ Bull. stén. CN, 1921, intervention Von Arx p. 700, de Rabours, p. 731.
- ¹⁴² Bull. stén. CN, 1921, proposition p. 693, vote p. 747.
- ¹⁴³ Bull. stén. CN, 1921, p. 694, 696.
- ¹⁴⁴ Bull. stén. CN, 1921, p. 788.
- ¹⁴⁵ Dans son message sur la seconde loi Haerberlin, le Conseil fédéral reconnut que l'article 47 avait sans doute entraîné le rejet de la loi en permettant la répression de simples opinions. FF 1933 I [771].
- ¹⁴⁶ FF 1922 III 378.

- ¹⁴⁷ Dans les années qui suivirent la scission, le PSS adopta une attitude franchement hostile à l'égard des communistes en refusant notamment la création d'un front populaire. MASNATA, *op. cit.*, p. [121].
- ¹⁴⁸ Bull. stén. CN, 1932, interpellation Rosselet, p. 911, postulat Reinhardt, p. 917.
- ¹⁴⁹ Bull. stén. CN, 1932, interpellation Rochat, p. 905.
- ¹⁵⁰ Bull. stén. CN, 1932, p. 907.
- ¹⁵¹ Bull. stén. CN, 1932, p. 933.
- ¹⁵² Message du 8 mai 1933, FF 1933 I, 769 ss.
Des mesures pour la protection de l'ordre public avaient été réclâmées au Conseil national par une motion Walther, Bull. stén. CN, 1933, p. 144 ss, au Conseil des Etats par une motion Béguin, Bull. stén. CE, 1933, p. 123.
- ¹⁵³ Bull. stén. CE, 1933, p. 237.
- ¹⁵⁴ Bull. stén. CE, 1933, p. 245.
- ¹⁵⁵ Bull. stén. CN, 1933, p. 616-617.
- ¹⁵⁶ FF 1933 I [771].
- ¹⁵⁷ Cf. MASNATA, *op. cit.*, p. 121.
- ¹⁵⁸ Programme de 1935, Cf. MASNATA, *op. cit.*, p. 111.
- ¹⁵⁹ FF 1934 I 865.
- ¹⁶⁰ Cf. l'analyse du scrutin par ZELLWEGER dans *La Suisse*, année 1936, p. 134 ss.
- ¹⁶¹ L'analyse du scrutin selon laquelle l'opposition bourgeoise ne ferait que témoigner son mécontentement à l'égard du Conseil fédéral nous paraît fautive (*Gazette de Lausanne* du 13 mars 1934). En effet, les deux cantons les plus touchés par les émeutes, Genève et Zurich, devaient repousser aussi sur le plan cantonal des lois tendant au renforcement de la sécurité publique. A Genève, rejet d'une loi sur les assemblées et manifestations publiques du 1^{er} octobre 1933 et d'une nouvelle pour le renforcement de la protection de la sécurité publique (cf. *La Suisse*, année 1935) ; à Zurich, d'une loi constitutionnelle sur la protection de l'ordre public ainsi qu'une loi sur l'ordre public, le 5 mai 1935 (cf. *La Suisse*, année 1936).
- ¹⁶² Message du Conseil fédéral, du 7 décembre 1936, FF 1936 III, p. 393.
- ¹⁶³ FF 1936 III [400].
- ¹⁶⁴ FF 1936 III [400].
- ¹⁶⁵ En 1937, à son congrès extraordinaire, le PSS adhérait à la « Richtlinienbewegung », mouvement d'inspiration syndicaliste qui s'engageait à n'avoir aucun commerce avec tout mouvement antidémocratique. Cf. MASNATA, *op. cit.*, p. [122].
- ¹⁶⁶ FF 1936 III, [394].
- ¹⁶⁷ FF 1936 III, 394. Election au Conseil national : 1928 14 818 voix 1931 ; 12 778 voix ; 1935 12 589 voix.
- ¹⁶⁸ Bull. stén. CE, 1937, p. 55 ss.
- ¹⁶⁹ Bull. stén. CE, 1937, p. 78.
- ¹⁷⁰ Bull. stén. CE, 1936, p. 74, projet de la commission, combattu par une minorité du Conseil.
- ¹⁷¹ Article 9. Cf. Bull. stén. CE, 1936, p. 74.
- ¹⁷² Bull. stén. CN, 1937, p. 320.

CHAPITRE II

La propagande antimilitariste

- ¹⁷³ Le congrès du PSS des 26/27 janvier 1935 admit la nécessité d'une défense armée des frontières. Cf. programme 1935 : défense de la démocratie. Les événements d'Allemagne jouèrent un rôle déterminant dans ce revirement. Jusqu'alors il y avait eu, semble-t-il, un désaccord chronique entre la base du parti, hostile à toute défense militaire, et la députation socialiste aux Chambres, beaucoup plus modérée. Cf. MASNATA, *op. cit.*, p. 124-125.
- ¹⁷⁴ Cf. MASNATA, *op. cit.*, p. 125.
- ¹⁷⁵ Citons par exemple l'intervention du député Manzoni, l'enfant terrible de la députation radicale au Conseil national (*L'Assemblée fédérale suisse 1848-1920*, vol. I, Bibliographie, p. 745) : « Je voterai, Messieurs, contre l'entrée en matière. L'article proposé est une atteinte indirecte, mais manifeste, à la liberté de la presse, par là à la liberté de pensée, par là à la souveraineté du peuple. Car le peuple n'est pas absolument son maître s'il n'est pas libre d'exprimer en toutes circonstances, quelles qu'elles soient, toute sa pensée ». Bull. stén. CN, 1902, p. 236.
- ¹⁷⁶ RPS, 1890, p. [170].
- ¹⁷⁷ Message du 29 novembre 1901, FF 1901 IV 1182.
- ¹⁷⁸ Sur les débats parlementaires : Bull. stén. CN, 1902, p. 225 ss ; Bull. stén. CE, 1902, p. 705 ss.
- ¹⁷⁹ FF 1903 V 93.
- ¹⁸⁰ Message du 18 juin 1906, FF 1906 IV 144.
- ¹⁸¹ L'armée intervint 18 fois de 1860 à 1919 pour réprimer des manifestations ouvrières. Cf. *Union syndicale suisse 1880-1930*, Berne, 1933, p. 113-114.
- ¹⁸² FF 1906 IV [152].
- ¹⁸³ FF 1906 IV [153], manifeste des 27/28 avril 1906.
- ¹⁸⁴ FF 1906 IV, [148] [149], [151].
- ¹⁸⁵ Bull. stén. CE, 1908, p. 324 ss.
- ¹⁸⁶ Bull. stén. CN, 1912, p. 119.
- ¹⁸⁷ Le Conseil fédéral se contenta d'édicter un arrêté menaçant les étrangers d'expulsion en cas de propagande antimilitariste (ACF du 20 février 1906). Au sujet de diverses expulsions, cf. Salis IV, 2115-2117.
- ¹⁸⁸ Ordonnances du 6 août 1914, 11 novembre 1918, 4 mars 1919.
- ¹⁸⁹ Résultats de l'enquête judiciaire : FF 1918 V 84.
- ¹⁹⁰ Bull. stén. CN, 1933, p. 363.
- ¹⁹¹ L'article 3 de la seconde loi Haecherlin soumise au référendum était ainsi formulé : « Celui qui soit devant une assemblée ou un rassemblement de personnes, soit par la voie de la presse ou au moyen d'écrits ou d'images produites d'une autre manière, ou encore par la radiophonie ou le grammophone, aura provoqué la désobéissance à un ordre militaire, à une violation des devoirs de service, au refus de servir ou à la désertion. Celui qui dans les mêmes conditions aura lancé ou répandu des allégations, qu'il sait être fausses et qui sont de nature à outrager l'armée... »
- ¹⁹² Bull. stén. CN, 1933, p. 385 ss.

- ¹⁰³ L'initiative frontiste sur la protection de l'armée (art. 22bis) recueillit 91 713 signatures (FF 1934 III 631). Le Conseil fédéral s'expliqua sur son sort dans un rapport du 27 novembre 1947 (FF 1947 III, 723), lors des débats au Conseil national de 1948 (Bull. stén. CN, 1948, p. 80). L'initiative fut finalement retirée le 28 mai 1948 (FF 1950 III 860).
- ¹⁰⁴ Le Code pénal militaire du 13 juin 1927 prévoyait déjà en revanche l'incitation à la désobéissance militaire (art. 98). Mais cette disposition n'est applicable qu'aux militaires (art. 3) en dehors des périodes de service actif ou d'état de guerre. Cf. COMTESSE, *Das schweizerische Militär-Strafgesetz*, p. 236 ; la jurisprudence de la Cour de cassation militaire : ATMC III N° 53, p. 111, ATMC IV, N° 69, p. 147.

SOUS-TITRE II

LA LÉGISLATION D'EXCEPTION DU CONSEIL FÉDÉRAL 1938-1950

- ¹⁰⁵ RO 55 781.
- ¹⁰⁶ Dans l'arrêt Millioud, des 13-14 décembre 1915, la Cour pénale fédérale avait déjà expressément reconnu, qu'en période de plein pouvoir, le Conseil fédéral n'était plus lié par la Constitution (ATF 41 I [553]). La Cour de droit public a repris ce principe durant la guerre d'Espagne alors même qu'il s'agissait d'un pouvoir basé directement sur l'article 102⁹⁻¹⁰ Cst (ATF 64 I 365, du 26 octobre 1937). Enfin, dans ATF 68 II [322], Banque commerciale Soleure S. A., du 2 décembre 1942, la Cour civile aboutissait aux mêmes conclusions en laissant à l'Assemblée fédérale le soin de mieux préciser et délimiter la délégation de pouvoir.
- ¹⁰⁷ RO 55 481.
- ¹⁰⁸ RO 55 1509.
- ¹⁰⁹ RO 56 1397.
- ²⁰⁰ RO 57 841.
- ²⁰¹ RO 58 743 ; cf. STÄMPFLI, RPS 1943, p. 417 ss.
- ²⁰² RO 59 429.
- ²⁰³ RO 54 880.

CHAPITRE PREMIER

Les mesures visant la propagande nationale-socialiste

- ²⁰⁴ FF 1946 I [25], cf. aussi COMTESSE, *Der Strafrechtliche Staatschutz gegen hochverräterische Umtriebe*, thèse, Zurich, 1942, p. 47 ss, 56 ss, 65 ss.
- ²⁰⁵ Le TF admit, par la suite, qu'il devait s'agir, pour le moins, de moyens illicites ! ATF 70 IV [143].
- ²⁰⁶ ZBI, 41, p. 216.
- ²⁰⁷ La Cour de cassation pénale fédérale confirmait ainsi un arrêt antérieur, ATF 65 I [246], Nationale Front, du 17 novembre 1939, dans lequel la Cour de droit public avait déclaré : « Il est constant que le Front national est mal disposé à l'égard de la forme démocratique de l'Etat, en tout cas dans sa structure actuelle. Il ne fait pas de doute qu'il repousse le Parlement, les droits de l'homme et du citoyen dans leur forme actuelle, qu'il voudrait instaurer un Etat autoritaire national-socialiste de cachet suisse. »

- ²⁰⁸ Cf. affaire Zander (Rapport de gestion 1939, p. 167) ; affaire Brun et Sigrist, rapport complémentaire du 22 mai 1944 (FF 1944, 404).
- ²⁰⁹ ATF 70 IV [142].
- ²¹⁰ Sur cet arrêté, cf. COMTESSE, *op. cit.*, p. 108 ss ; KAUER, *Der strafrechtliche Staatsschutz der schweizerischen Eidgenossenschaft*, thèse, Berne, 1948, p. 71 ss.
- ²¹¹ ATMC IV, N° 3, N° 17.
- ²¹² ATMC IV, N° 3.
ATMC III, N° 107.
- ²¹³ Sur les interdictions de ces mouvements, cf. notre chapitre réservé aux interdictions de partis politiques. Sur les pénalités encourues : ACF 5 décembre 1938 (art. 2). Par l'ACF du 1^{er} juin 1943, le Conseil fédéral répara une injustice en soumettant toutes les infractions aux interdictions de partis aux mêmes sanctions. Jusqu'alors les communistes étaient passibles de peines supérieures (ACF 6 août 1940, art. 2). Cf. aussi COMTESSE, *op. cit.*, p. 83 ss ; KAUER, *op. cit.*, p. 48 ss, p. 62 ss.

CHAPITRE II

L'interdiction de la propagande communiste

- ²¹⁴ RO 55 1509, cf. jurisprudence de la Cour de cassation militaire, ATMC III N° 99, ATMC IV N°s 35, 69, 98.
- ²¹⁵ RO 56 1397.
- ²¹⁶ ACF 26 novembre 1940, RO 56 1931.
- ²¹⁷ ATF 69 IV 12.
- ²¹⁸ ATF 69 IV [32], Seiler, du 18 mars 1943.
ATF 69 IV [22], Hofmaier, du 1^{er} février 1943.
- ²¹⁹ ATF 68 IV [148], Singer, du 20 novembre 1942.
- ²²⁰ ATF 68 IV [146].
- ²²¹ RO 61 III. L'ACF du 27 février 1945 abrogeait notamment l'ACF du 5 décembre 1938, l'ACF du 4 décembre 1939 (propagande dans l'armée), l'ACF du 4 août 1942 (défense nationale et sécurité de la Confédération) et les différentes interdictions de partis.
- ²²² RO 63 139.
- ²²³ RO 64 1063.
- ²²⁴ Arrêté fédéral du 6 décembre 1945 (art. 5), RO 61 1027.
- ²²⁵ Bull. stén. CN, 1948, p. 737. Une proposition de limiter à un an la validité de l'arrêté fut rejetée par 92 voix contre 45.

SOUS-TITRE III

LES DÉLITS D'OPINION DU CODE PÉNAL SUISSE

- ²²⁶ Sur la révision du Code pénal suisse de 1950 : cf. PFENNINGER, SJZ, 1950, p. 45 ss ; RÉAL, RPS, 1950, p. 61 ss ; LÜTHI, ZBJV, 1951, p. 137 ss.
- ²²⁷ FF 1949 I 1233. Il est difficile de relire aujourd'hui le message du Conseil fédéral et les débats aux Chambres sans une certaine stupeur. Comment pouvait-on comparer alors la situation en Suisse à celle de la Tchécoslovaquie où les commu-

nistes et leurs alliés, les sociaux-démocrates, détenaient la majorité absolue à la Chambre, avant le coup d'Etat.

²²⁸ Pour les débats aux Chambres, Bull. stén. CE, 1949, p. 637 ss.

Bull. stén. CE, 1950, p. 141, 150 ss, 258 ss.

Bull. stén. CN, 1950, p. 149 ss, 166 ss, 178 ss, 206 ss, 245 ss, 465 ss.

²²⁹ Sur le principe d'opportunité (Opportunitätsprinzip), cf. SPECKENT, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip*, thèse, Zurich, 1951; LÜTHI, RPS, 1954, p. 9.

²³⁰ La notion de délit politique qui revient à plusieurs reprises dans la législation (art. 65 Cst, art. 352 CPS, art. 10 de la loi fédérale sur l'extradition aux Etats étrangers) n'est l'objet d'aucune définition légale; cf. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 111^e édition, p. 528 ss. Dans une jurisprudence constante, le TF a défini le délit politique pur comme une atteinte directe à l'Etat ou à ses institutions fondamentales, ATF 77 I 50, Peruzzo, du 24 janvier 1951; ATF 90 I 298, Watin, du 7 octobre 1964.

Sur la jurisprudence en matière d'extradition: cf. CONNAZ, *Le crime politique et la jurisprudence du TF en matière d'extradition*, thèse, Lausanne, 1927; HOFFMANN, *Das politische Delikt im schweizerischen Recht und in der schweizerischen Rechtsprechung*, thèse, Zurich, 1933; TILLO, *Le délit politique vu par le TF*, 1932; SCHULTZ, RPS, 1953, p. 111 ss; SCHULTZ, *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Bâle, 1953. Il semble généralement admis que presque tous les délits contre l'Etat et la défense nationale du titre XIII soient des délits politiques purs: cf. LÜTHI, RPS 1954, p. 299, WENGER, *Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung art. 275-276 ter StGB*, thèse, Zurich, 1955, p. 120; SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich, 1963, p. 472.

²³¹ Sur ces jugements: cf. LÜTHI, RPS, 1954, p. 298 ss.

²³² LÜTHI, RPS, 1954, p. 325.

CHAPITRE PREMIER

Les expressions d'opinions portant atteinte à la sûreté de l'Etat

²³³ HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht*, Berlin, 1943, p. 641 ss; LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchâtel, 1956, p. 591 ss; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 475 ss.

²³⁴ Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1936, FF 1936 II 172.

²³⁵ RO 53 37. Sur la lex Columbi: cf. STÄMPFLI, RPS, 1937, p. 15 ss.

²³⁶ ATF 70 IV 139; 73 IV 100, Ministère public de la Confédération/Frei, du 4 juin 1947.

²³⁷ ATF 70 IV [141], Ministère public de la Confédération/X, du 16 juin 1944.

²³⁸ ATF 70 IV [141], 73 IV 101.

²³⁹ ATF 70 IV [141].

²⁴⁰ ATF 73 IV [102].

²⁴¹ Jugement non publié, cf. LÜTHI, RPS, 1954, p. 300 ss.

²⁴² Rapport de gestion du Conseil fédéral, 1951, p. 196.

²⁴³ « L'expérience enseigne que dans une période de tension internationale, des accusations de cette nature préparent un état de choses qui met en danger l'indépendance de la Confédération, car elles donnent une fausse image de la politique extérieure de la Suisse, de sa volonté d'indépendance et de paix à l'égard des Etats étrangers. » RPS, 1954, p. [302].

- ²⁴⁴ Rien n'obligeait la Cour pénale fédérale à englober dans le délit de trahison une simple activité verbale, en l'espèce des articles de journaux. La notion d'acte laisse pour le moins place à une alternative. En se référant à la liberté de la presse, la Cour pénale devait, semble-t-il, choisir la solution la plus libérale, c'est-à-dire exclure du délit de trahison les simples expressions d'opinions.
- ²⁴⁵ LOGOZ, *op. cit.*, p. 596 ss ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 477.
- ²⁴⁶ On retrouve déjà cette disposition dans l'ACF du 5 décembre 1938 (art. 2), puis dans les différents arrêtés prorogeant le droit d'exception : ACF 27 février 1945 (art. 2), ACF 7 mars 1947 (art. 2), ACF 29 octobre 1948 (art. 2).
- ²⁴⁷ FF 1949 I [1244].
- ²⁴⁸ Bull. stén. CN, 1950, p. 207.
Bull. stén. CE, 1949, p. 638.
- ²⁴⁹ ATF 79 IV 24, Arnold, du 28 avril 1953 ; cf. aussi LÜTHI, RPS, 1954, p. 306. Rapport de gestion du Conseil fédéral 1953, p. 241.
- ²⁵⁰ LOGOZ, *op. cit.*, p. 626 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 477 ; WENGER, *op. cit.*, p. 102 ss.
- ²⁵¹ FF 1949 I [1246].
- ²⁵² Bull. stén. CE, 1949, p. 642.
- ²⁵³ Bull. stén. CN, 1950, p. 220. « On ne doit pas reprendre dans la législation ordinaire tout ce qui parut une fois nécessaire dans un temps et dans des circonstances données. On ne doit pas accepter tout ce qui peut paraître une fois nécessaire dans le futur ; ce serait une affaire sans fin que de réprimer toute mise en danger illicite de l'ordre constitutionnel.
» Nous ne pouvons pas tout saisir... si nous allons trop loin, nous pourrions en fin de compte découvrir que ce que nous voulons protéger, les libertés individuelles, nous ne les avons plus. »
- ²⁵⁴ Bull. stén. CN, 1950, p. 224.
- ²⁵⁵ Bull. stén. CE, 1950, p. 151, 257.
- ²⁵⁶ Notamment l'arrêt Singer, ATF 68 IV [147].
- ²⁵⁷ LOGOZ, *op. cit.*, p. 627 ss ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 484 ; WENGER, *op. cit.*, p. 115 ss.
- ²⁵⁸ Il s'agit de l'ancien article 275 du CPS. Cette disposition avait été adoptée par les Chambres fédérales, malgré l'opposition du Conseil fédéral qui en souligna l'inutilité. Bull. stén. CE, 1931, p. 656 ss, 1932, p. 138 ; Bull. stén. CN, 1934, p. 410, 1935, p. 552, 1936, p. 1094. Dans un arrêt Frei, du 4 juin 1947, 73 IV [103], le Tribunal fédéral avait confirmé l'inutilité d'une disposition sur le complot, dans la mesure où les délits de haute trahison et de trahison saisissaient déjà les actes préparatoires. Sur l'embarras de la doctrine, cf. HAFTER, *op. cit.*, p. 684 ; COMTESSE, *op. cit.*, p. 85 ss.
- ²⁵⁹ L'adoption de l'article 275ter est intervenue aux Chambres fédérales, sans débats. Bull. stén. CN, 1950, p. 241 ; Bull. stén. CE, 1950, p. 158.
- ²⁶⁰ Cette hypothèse n'est pas invraisemblable. Une disposition à peu près semblable du Code pénal d'Allemagne fédérale (art. 129 StGB) a permis la condamnation d'un grand nombre de cadres du KPD pour leur simple appartenance au parti.
- ²⁶¹ Du même avis, WENGER, *op. cit.*, p. 136.
- ²⁶² LOGOZ, *op. cit.*, p. 631 ; HAFTER, *op. cit.*, p. 685.
- ²⁶³ PV deuxième Commission V, p. 200 ss.
- ²⁶⁴ LOGOZ, *op. cit.*, p. 559.

- ²⁶⁵ Pour une interprétation relativement large de la notion de provocation, cf. deux arrêts de la Cour de cassation militaire. ATMC III, N° 53, p. 111, ATMC IV, N° 69, p. 147. Dans ce dernier arrêt, il s'agit d'un tract communiste rappelant les thèses du parti sur la décomposition de l'armée bourgeoise.
- ²⁶⁶ Logoz, *op. cit.*, p. 632.

CHAPITRE II

L'expression d'opinions portant atteinte aux relations extérieures

- ²⁶⁷ Cette disposition reprend le texte des articles 42-47 de l'ancien Code pénal fédéral en précisant l'objet de l'outrage. La nation ne fait plus en tant que telle l'objet de protection.
- ²⁶⁸ Sur la révision des articles 296, 297 et 307 CPS, cf. PERRENOUD, RPS, 65, p. 50 ss.
- ²⁶⁹ HAFTER, *op. cit.*, p. 769, LOGOZ, *op. cit.*, p. 693. Cf. un arrêt de Bâle-Campagne, du 12 juin 1943. Les propos injurieux tenus dans une salle de cinéma à l'égard d'un chef d'Etat paraissant sur l'écran ne sont pas publics s'ils ne sont perçus que par les personnes à proximité immédiate (SfZ, 39, p. 524).
- ²⁷⁰ LOGOZ, *op. cit.*, p. 693.
- ²⁷¹ Cf. message du Conseil fédéral, du 15 avril 1902 concernant la rupture des relations diplomatiques entre la Suisse et l'Italie (FF 1902 II, p. 701). L'Italie désirait, semble-t-il, contraindre la Suisse à prendre des mesures administratives impossibles en l'absence de base légale.
- ²⁷² Affaire Schill (1888). Pamphlet distribué lors du carnaval de Bâle et contenant des propos outrageants à l'égard du Gouvernement allemand et du Kaiser. Durant la Première Guerre mondiale, l'ordonnance du 2 juin 1915 supprima l'exigence d'une requête de l'Etat outragé. Parmi les cas intéressants, affaire Millioud, ATF 41 I 553; affaire Vuille (acquitté par jugement du 1^{er} février 1918, l'accusé avait organisé une exposition de dessins dont une série représentait le Kaiser Wilhelm comme le responsable de la guerre). Sur ces différents cas, HOESSLY, *Die Delikte gegen die Ehre fremder Staate*, thèse, Berne 1918; ZELLWEGER, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse*, Zurich 1949, p. 66 ss, p. 75 ss.

CHAPITRE III

L'expression d'opinions portant atteinte à la paix publique

- ²⁷³ PV IV, p. 292, p. 296 ss.
- ²⁷⁴ PV IV, p. 302-303.
- ²⁷⁵ Pour HAFTER, *op. cit.*, p. 452, LOGOZ, *op. cit.*, p. 560, les articles 265 et 266 CPS sont seuls applicables en raison des peines plus sévères qu'ils entraînent. En sens contraire, COMTESSE, *op. cit.*, p. 95.
- ²⁷⁶ ATF 35 I 358, 35 I 702, 39 I 356; 57 I 116, cf. BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 443, GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 316.
- ²⁷⁷ Les cantons catholiques protégeaient la Religion, l'Eglise, ses institutions et ses pratiques en tant que telles. Ils réprimaient le blasphème, l'acte sacrilège et outrageant de façon incompatible avec le droit de libre critique.

Après quelques hésitations, la jurisprudence fédérale s'appliqua à limiter la portée de cette législation, tout en évitant de prononcer formellement son inconstitutionnalité.

Jusqu'en 1893, le recours de droit public pour violation de la liberté de conscience et de croyance relevait de la compétence du Conseil fédéral, avec recours à l'Assemblée fédérale. Dans les arrêts Dupré (Salis III, N° 1000) et Python (Salis III, N° 1001), respectivement l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral jugeaient non punissables le blasphème et les actes jugés sacrilèges, sans fixer aucune limite à la liberté d'expression religieuse. Par la suite, le Conseil fédéral devait admettre qu'une liberté illimitée pouvait troubler la paix religieuse (arrêt Wackernagel, Salis III, N° 1002), la moralité publique (arrêt Felder, Salis III, N° 1003).

Le Tribunal fédéral allait modifier cette jurisprudence en fixant des limites plus étroites au droit de libre critique. Dans l'arrêt Richter, du 24 juin 1909 (ATF 35 I 351), il déclarait : « La conception selon laquelle tout propos de nature religieuse doit rester impuni quelle qu'en soit la forme, en toutes circonstances, pour autant qu'il ne trouble pas la paix religieuse entre les confessions, ne saurait être tenue pour juste. Au côté de la limite que constitue le maintien de l'ordre public et de la moralité qui vaut également en matière d'expression de convictions religieuses, le respect de la personnalité du prochain tel qu'il ressort du droit privé en est une autre ». Mais le Tribunal fédéral sauvegardait pourtant le droit de critique en délimitant très étroitement cette nouvelle notion. « Il n'y a de place pour la répression des atteintes aux sentiments religieux d'autrui, du point de vue constitutionnel, que si l'expression est outrageante, c'est-à-dire si elle constitue un avilissement grossier et vulgaire, sans motif avouable. » Il développa encore son point de vue par la suite, notamment dans l'arrêt Christensen, du 15 mai 1931 (ATF 57 I 112). « On ne peut traiter d'illicite toute manifestation d'opinion ressentie comme une offense faite à son sentiment religieux par celui qui professe une opinion différente, mais seulement l'attaque sortant du cadre d'une discussion objective, compatible avec le respect dû aux convictions et à la personne d'autrui. Tel sera en particulier le cas lorsque la critique recourt à des injures ou diffamations qui ne constituent plus une justification sérieuse d'une foi ou d'une incrédulité personnelle, mais dénotent chez leur auteur un esprit de dénigrement, l'intention de décrier l'adversaire et ses opinions, de le tourner en dérision, d'insulter à ce qu'il vénère ou adore ». (ATF 57 I [117].)

L'assimilation au délit contre l'honneur devenait évidente. Sur la période précédant l'unification du droit pénal : cf. STUDER, *Der konfessionelle Friede*, thèse, Fribourg, 1924 ; LORÉAN, *Le délit religieux*, thèse, Berne, 1926 ; CLERC, *Les principes de la liberté religieuse*, thèse, Genève, 1937 ; SCHWANDER, *Von den Religionsdelikten*, Fribourg, 1955.

²⁷⁸ L'outrage aux croyances prévu dans l'avant-projet Stoos (1894) fut éliminé par la Première Commission d'experts (PV II, p. 33 ss) et rétabli par la Deuxième Commission sous une forme plus large sur l'intervention énergique du rapporteur catholique Kaspar Müller (PV IV, p. 312 ss).

²⁷⁹ Bull. stén. CN, 1929, p. 562 ss ; CE, 1929, p. 555.

²⁸⁰ GIACOMETTI fait remarquer avec raison que seul l'Etat peut troubler la liberté de croyance, qu'il s'agit donc plutôt d'une limite à cette liberté destinée à protéger les convictions religieuses d'autrui (*Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 331, n. 90).

²⁸¹ La nature de l'objet protégé a donné lieu à bien des digressions parmi la doctrine, notamment DORA BÜHNER, *Der strafrechtliche Schutz der Glaubens und Kultusfreiheit*, thèse, Berne 1943 ; SCHWANDER, *Von den Religionsdelikten*, Fribourg 1955.

- ²⁸² LOGOZ, *op. cit.*, p. 565 ; HAFTER, *op. cit.*, p. 465 ; CLERC, *op. cit.*, p. 306 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 469.
- ²⁸³ *Blätter für zürcherische Rechtsprechung* (ZR) 42, N° 65.
- ²⁸⁴ ATF 86 IV 19 [24].
- ²⁸⁵ ATF 86 IV [22].
- ²⁸⁶ ATF 86 IV [20].

TITRE II

LA RÉGLEMENTATION ADMINISTRATIVE DE LA LIBERTÉ D'OPINION

SOUS-TITRE PREMIER

LES MESURES DE POLICE

Remarques préliminaires sur le pouvoir de police de la Confédération

- ²⁸⁷ Sur la notion d'ordre public, cf. SCHÜRCH, *Der Strafrechtliche Schutz der öffentlichen Ordnung*, thèse, Berne, 1936 ; BUMBACHER, *Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte*, thèse, Zurich, 1956.
- ²⁸⁸ Cf. surtout ATF 92 I 24, Rassemblement jurassien, du 2 mars 1966 où la validité de la clause générale de police est longuement débattue. Cf. aussi la doctrine citée par le TF : FLEINER, *op. cit.*, p. 32 ; MÜLLER, *Über Präventivpolizei*, thèse, Zurich, 1937, p. 91 ; RUCK, *Verwaltungsrecht*, Zurich, 1951, p. 46 ss ; VOIGT, *Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur*, thèse, Zurich, 1945, p. 48 ; GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren der rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht*, Zurich, 1960, p. 282.
- ²⁸⁹ Arrêt Filmklub Luzern, du 19 septembre 1962, ZBl, 1963, p. [366].
- ²⁹⁰ ATF 63 I 281, Barraud, du 3 décembre 1937.
- ²⁹¹ ATF 60 I 108, Kämpfer, du 23 février 1934.
- ²⁹² BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 680, p. 739.
- ²⁹³ ATF 65 I 106, Confédération/Bâle-Ville, du 23 juin 1939.
- ²⁹⁴ Cette thèse a été soutenue avant tout par GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 791 ss, RJS, vol. 31, p. 257 ss, p. 369 ss. Même avis en ce qui concerne les cantons, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, p. 503.
- ²⁹⁵ En doctrine, partagent ce point de vue : MARTI, *Das Verordnungsrecht des Bundesrates*, p. 111 ss ; MOSER, *Die Verordnung des Bundesrates*, p. 60 ss ; SCHINDLER, RJS, vol. 31, p. 305 ss ; ROTN, *Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen*, thèse, Zurich, 1947, p. 132 ss ; EICHENBERGER, *Die oberste Gewalt im Bunde*, thèse, Berne, 1949, p. 71 ss.
- ²⁹⁶ ATF 64 I 365. Par arrêté du 25 avril 1936, le Conseil fédéral avait rendu une ordonnance interdisant tout acte propre à soutenir, à favoriser l'un des belligérants en Espagne. Le recourant, condamné pénalement, avait soulevé devant le Tribunal fédéral l'exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance, faute de base légale.
- ²⁹⁷ ATF 64 I [371].

- ²⁹⁸ ATF 64 I [373], [374].
- ²⁹⁹ ATF 64 I 373.
- ³⁰⁰ Cf. l'étude du juge fédéral GRISEL, *Le contrôle des ordonnances fédérales en Suisse, Conseil d'Etat, Etudes et documents*, année 1962, p. 187-200 ; BRUNNER, *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungen und Gesetzmässigkeit*, thèse, Berne, 1953.
- ³⁰¹ L'article 113, Cst n'exclut pas expressément les ordonnances du CF du contrôle judiciaire. Il paraît dès lors normal d'admettre qu'en principe elles sont contrôlables. Cf. le juge fédéral GRISEL, *op. cit.*, p. 191.
- ³⁰² Sauf au cas où une ordonnance ou décision du CF empiète sur une compétence cantonale (Réclamation de droit public) (art. 83a OGF), cf. BIRCHMEIER, *op. cit.*, p. 292-293.
- ³⁰³ Le juge fédéral Grisel relève que par manque de temps ou de confiance en soi, les juges de première instance ont tendance à se décharger de cette responsabilité sur les autorités de recours, *op. cit.*, p. 195.
- ³⁰⁴ ATF 61 I 369, 64 I 223, 68 II 94, 318.
- ³⁰⁵ ATF 64 I 369, Arrêt Schaad Janser, ZBl, 41/216.
- ³⁰⁶ ATF 41 I 553, 44 I 90, 46 I 309, 68 II 322, 78 I 263.
- ³⁰⁷ Dans une série d'arrêts, le TF a simplement ignoré le contrôle de la constitutionnalité d'une ordonnance du Conseil fédéral (ATF 68 II 95, 81 I 371, 84 I 144, 85 I 177). Dans l'arrêt Hirt, du 15 septembre 1961, il a pratiquement exclu un tel contrôle en se déclarant lié par un règlement du Conseil fédéral édicté dans le cadre d'une délégation de pouvoir (ATF 87 I 321. Cf. aussi ATF 85 I 292). Cette jurisprudence est en opposition formelle avec un arrêt plus ancien dans lequel le TF avait admis l'examen d'une ordonnance du Conseil fédéral en rapport avec l'article 45 Cst (ATF 53 I 433). Le Tribunal fédéral s'est toutefois réservé le droit de restreindre le pouvoir du Conseil fédéral d'édicter des sanctions pénales (ATF 63 I 329, 64 I 220, 64 I 375).
- ³⁰⁸ ATF 64 I 369. Il est vrai que l'ordonnance dont il est question dans cet arrêt ne portait pas atteinte à une liberté individuelle, mais seulement aux règles de partage des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale.
- ³⁰⁹ Dans son étude, le juge fédéral Grisel met en doute la possibilité pratique d'une telle distinction. Il pose la question de savoir si le juge peut exercer ou suspendre son contrôle au gré d'événements dont il lui est difficile d'apprécier la portée. A notre avis, quel que soit le danger, un juge ne devrait jamais admettre qu'une ordonnance basée sur l'article 102⁸⁻¹⁰ viole la Constitution. C'est au Conseil fédéral de requérir dans les plus brefs délais une délégation de pouvoirs du Parlement.
- ³¹⁰ Cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 192, 200.
- ³¹¹ Dans un arrêt déjà cité (ATF 64 I 369), le Tribunal fédéral semble admettre un contrôle des ordonnances indépendantes du Conseil fédéral sous l'angle de l'arbitraire. En réalité, il se contente d'examiner si le Conseil fédéral n'exécède pas les pouvoirs que lui confère la Constitution (art. 102⁸⁻¹⁰) en prévoyant des mesures dépassant ce qui est nécessaire au maintien de la sûreté du pays. Ce contrôle n'équivaut pas encore à assurer la conformité d'une ordonnance avec l'ensemble de la Constitution. Le Tribunal fédéral semble même enclin à admettre qu'en cas de péril imminent, le Conseil fédéral peut déroger à certains droits constitutionnels par voie d'ordonnances indépendantes.

CHAPITRE PREMIER

Les mesures de police visant la liberté d'opinion 1934-1938

- ³¹² Pour plus de détails, cf. rapport du Conseil fédéral, du 27 décembre 1946 sur le régime de la presse en Suisse avant et pendant la période de guerre 1939-1945, FF 1947 I 109 ss, notamment 125 ss.
- ³¹³ En raison des doutes que le Conseil fédéral semble avoir eus sur sa constitutionnalité, l'ACF du 26 mars 1934 ne fut jamais publié au Recueil officiel ; il figura seulement dans la Feuille fédérale, FF 1934 I 867.
- ³¹⁴ FF 1947 I [147].
- ³¹⁵ Sur le rôle et la composition de cette commission, FF 1947 I 129 ss.
- ³¹⁶ FF 1947 I [131].
- ³¹⁷ Deux cas seulement sont connus. Le 7 décembre 1938, le Conseil fédéral suspendit pour trois mois le *Journal des Nations*, organe antifasciste destiné surtout à l'étranger. Les rédacteurs avaient traité les chefs de gouvernements réunis à Munich de « club des charcutiers ». Le 5 juin 1939, le *Schweizer Zeitung am Sonntag* était à son tour suspendu pour trois mois, pour avoir traité Mussolini de Gauleiter et Hitler de fou et de psychopathe. FF 1947 I [135], [136].
- ³¹⁸ RO 61 596.
- ³¹⁹ RO 52 843 (errata 856).
- ³²⁰ RO 54 249.
- ³²¹ BO 1948, 127.
- ³²² Il faut sinon remonter au règne de la Constitution de 1848 pour retrouver la prétention d'un canton à interdire un parti politique. Il s'agit de l'interdiction du « Grütli » par le canton de Berne. Le Conseil fédéral avait alors rappelé qu'il ne suffisait pas d'une hostilité générale à l'ordre établi pour justifier une interdiction de parti. FF 1854 I 416 ss, 461 ss [479].
- ³²³ Ce principe a été soutenu avec beaucoup de constance par le Conseil fédéral, notamment lors des incidents de la grève générale de novembre 1918. FF V [75]. Il sera rappelé avec force dans le message du 7 décembre 1936. FF 1936 III [394]. Cf. aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral : ATF 63 I [284], Barraud, du 3 décembre 1937.
- ³²⁴ Cf. l'application de la règle du danger sérieux, direct et imminent par le Tribunal fédéral (première partie de cet ouvrage).
- ³²⁵ Cf. BRUNNER, *op. cit.*, p. 287, 309.
- ³²⁶ Cette évolution est bien mise en lumière dans le rapport du Conseil fédéral, du 4 septembre 1936, sur l'initiative contre la franc-maçonnerie (FF 1936 II 517). Le Conseil fédéral, en s'opposant à une révision de l'article 56 Cst, y déclare : « Les termes de l'article 56 sont assez élastiques pour offrir une protection suffisante, même dans des conjonctures extraordinaires. La tension anormale découlant actuellement de la situation politique et économique nous contraint, nous aussi, à soumettre à un examen plus sévère la question de savoir si une association répond aux conditions fixées par la Constitution. En présence de circonstances nouvelles, il peut se faire que des sociétés dont le but paraissait parfaitement admissible jusqu'ici, s'avèrent actuellement illicites ou dangereuses pour l'Etat. » (FF 1936 III [521].)

- ³²⁷ Une tentative d'imposer au Conseil fédéral l'interdiction de toutes les associations dangereuses fut repoussée au Conseil des Etats. Proposition Suter, Bull. stén. CE, 1937, p. 83, 128.
- ³²⁸ « A notre avis, la dissolution d'organismes politiques n'est conciliable avec la démocratie que si l'Etat ne peut être autrement protégé. Ce sont d'abord les moyens ordinaires qui doivent être employés pour combattre les atteintes à la sécurité de l'Etat, notamment les dispositions complémentaires de droit pénal et les mesures de police. » (FF 1936 III 398.)
Cf. l'intervention du conseiller fédéral Baumann, Bull. stén. CE, 1937, p. 68.
- ³²⁹ L'article 28 du projet de loi ne prévoyait des interdictions de partis qu'en cas de danger imminent.
- ³³⁰ Cf. Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil, vol. 102, 1936-1937, p. 394 ss; vol. 103, 1937-1938, p. 47 ss.
- ³³¹ Cf. Mémorial des séances du Grand Conseil genevois, t. I, 1937, débats, p. 296, 331, 343-384, 625-691. Sur l'élimination de deux communistes inscrits sur la liste socialiste, p. 1043, 1291 ss; sur l'application de la loi constitutionnelle à l'Union nationale, p. 1319-1342, 1439 ss.
Le Parlement genevois vota en même temps un nouvel article au Code pénal cantonal réprimant les infractions aux interdictions de partis (art. 91). Cette législation fut abrogée par une loi constitutionnelle du 29 décembre 1945 (votation des 9-10 février 1946).
- ³³² Cette disposition constitutionnelle fut complétée par une loi du 21 novembre 1938 sur les associations illicites et un arrêté d'exécution du 13 janvier 1939. Ne subsiste à l'heure actuelle que la loi d'exécution remaniée.
- ³³³ Loi schwytzoise sur l'interdiction des organisations communistes et subversives, du 4 novembre 1937; loi uranaise sur l'interdiction des organisations subversives, du 2 juin 1938.
- ³³⁴ ATF 63 I 281.
- ³³⁵ Pour la Constitution genevoise, FF 1937 II 620; vaudoise FF 1938 II 435.
- ³³⁶ On peut se demander d'ailleurs si l'article 102⁸⁻¹⁰ Cst ne donnait pas déjà au Conseil fédéral une base légale suffisante pour agir directement en cas de péril.
- ³³⁷ FF 1938 II [438].
- ³³⁸ RO 54 880.
- ³³⁹ FF 1936 II 517.
- ³⁴⁰ FF 1936 II 518.
- ³⁴¹ FF 1936 II 521.
- ³⁴² FF 1936 II 532-548.
- ³⁴³ Résultats, FF 1937 III 513.
- ³⁴⁴ RO 52 843.
- ³⁴⁵ Cf. Arrêt Humbert-Droz, du 7 mai 1937 (non publié); PC Ville de Lausanne, du 22 décembre 1937, ZBl, 1938, p. 50.

CHAPITRE II

L'extension des pouvoirs de police du Conseil fédéral 1938-1945

- ³⁴⁶ RO 55 921.
- ³⁴⁷ Sur le contrôle de la presse, cf. POINTET, *La neutralité de la Suisse et la liberté de la presse*, thèse, Neuchâtel, 1945; SCHINDLER, *Presserecht in der Kriegzeit*, SJZ,

- 1943, p. 477 ss ; AMMAN, *Pressefreiheit und Pressenotrecht*, ZBl, 1944, p. 173 ss ; WEBER, *Die Schweiz im Nervenkrieg, Aufgabe und Haftung der schweizerischen Presse in der Krisen und Kriegzeit 1933-1945*, Berne, 1948.
- ³⁴⁸ Cf. premier rapport du Conseil fédéral, du 21 novembre 1939, FF 1939 II [627].
- ³⁴⁹ RO 55 923.
- ³⁵⁰ Cf. Rapport EM, p. 485. Rapport du chef de l'Etat-major général de l'armée sur le service actif 1939-1945, p. 485.
- ³⁵¹ RO 57 1591.
- ³⁵² Rapport EM, p. 484.
- ³⁵³ Rapport EM, p. 489.
- ³⁵⁴ Rapport EM, p. 496.
- ³⁵⁵ Rapport EM, p. 484.
- ³⁵⁶ Rapport EM, p. 487, 491.
- ³⁵⁷ FF 1947 I 119.
- ³⁵⁸ Cf. déclaration de neutralité du 31 août 1939, RO 55 817.
- ³⁵⁹ FF 1947 I 220 ss, notamment 239.
- ³⁶⁰ FF 1947 I 220 ss.
- ³⁶¹ L'attitude du Conseil fédéral est clairement exposée dans une réponse écrite faite au professeur bâlois Ludwig qui s'inquiétait d'une extension excessive du droit de la neutralité. FF 1947 I 242.
- ³⁶² FF 1947 I 150 ss.
- ³⁶³ Résumé d'une consultation donnée par le professeur Karl Weber à la division Presse et Radio, le 28 mars 1940, FF 1947 I 154.
- ³⁶⁴ Cf. affaire Gustloff, FF 1947 I 137.
- ³⁶⁵ Parmi les articles de presse mentionnés à ce sujet dans le rapport du Conseil fédéral, un article de la *Schweizerische Handelszeitung* du 14 mars 1940, inspiré par des officiers supérieurs, valut à ce journal un avertissement public, FF 1947 I 165.
- ³⁶⁶ Bull. stén. CN, 1940, p. 96 ss ; intervention Huher, p. 98 ; Oprecht, p. 104 ; Schmid, p. 110. Cf. aussi FF 1947 I 306-308.
- ³⁶⁷ Bull. stén. CN, 1940, réponse du conseiller fédéral Baumann, p. 144.
- ³⁶⁸ RO 56 575.
- ³⁶⁹ FF 1947 I 329 ss.
- ³⁷⁰ FF 1947 I 334 ss.
- ³⁷¹ RO 57 1594.
- ³⁷² Un ACF du 7 septembre 1945, mit fin à l'organisation du contrôle de la presse, RO 61 705.
- ³⁷³ Pour les prescriptions générales de la division Presse et Radio sur la censure cinématographique, du 20 septembre 1939, et le règlement d'exécution du 2 novembre 1939, cf. Rapport EM, p. 490.
- ³⁷⁴ Le contrôle des émissions radiophoniques fut partagé entre la division Presse et Radio, le Département des postes et chemins de fer et le Département politique (Rapport EM, p. 496). Un ACF du 26 août 1939 avait suspendu la concession accordée à la SSR. Le Département des postes et chemins de fer organisait le service des programmes (RO 55 822).

- ³⁷⁵ ACF du 31 mai 1940 sur la surveillance de la presse suisse. RO 56 575.
- ³⁷⁶ ACF du 30 décembre 1941 sur le contrôle des écrits politiques, militaires ou économiques. RO 57 1589.
- ³⁷⁷ On hésite à donner à ce texte valeur de règlement. En s'y référant, l'ACF du 31 mai 1940 lui donne pourtant force de loi. FF 1947 I 341, 347.
- ³⁷⁸ FF 1947 I 346.
- ³⁷⁹ Le Conseil fédéral donna des instructions semblables lors de l'invasion de la Yougoslavie, de l'armistice français, de l'entrée en guerre de l'Italie et de sa capitulation, du débarquement en Normandie, FF 1947 I 356 ss.
- ³⁸⁰ FF 1947 I 367.
- ³⁸¹ FF 1947 I 198.
- ³⁸² RO 56 575.
- ³⁸³ Cf. SCHINDLER, SJZ (39), p. 482.
- ³⁸⁴ Rapport EM, p. 481-482.
- ³⁸⁵ FF 1947 I 390-391.
- ³⁸⁶ Ces noms sont cités par le rapport EM, p. 481-482. Ajoutons que les journaux communistes furent interdits séparément, dès l'interdiction du parti.
- ³⁸⁷ FF 1947 I 391.
- ³⁸⁸ L'ACF sur la surveillance de la presse suisse, le 18 juin 1945 (RO 61 385) ; l'ACF sur la subordination de la division *Presse et Radio* au Conseil fédéral, le 7 septembre 1945 (RO 61 705) ; l'ACF sur la création de nouveaux journaux et agences de presse et d'information, le 31 juillet 1945, mais seulement pour les Suisses (RO 61 552) ; l'ACF sur le contrôle des écrits politiques, militaires ou économiques, le 25 juin 1945 (RO 61 434) ; l'ACF concernant l'usage de la radiodiffusion, le 31 juillet 1945 (RO 61 498).
- ³⁸⁹ Cf. BÜCHI, *Das Frontproblem*, « La Suisse, Annuaire de la nouvelle société helvétique », année 1934, p. 15 ss.
- ³⁹⁰ Le Front national fut constitué au printemps 1933, tout d'abord en *Kampfbund*, puis encore la même année en parti politique, FF 1946 I 19.
- ³⁹¹ Mentionnons surtout l'Union nationale à Genève, mouvement politique, dirigé par Oltramare, qui jouissait d'une clientèle électorale assez large. En outre, le parti fasciste suisse de Fonjallaz et le parti fasciste tessinois de Rezzonico.
- ³⁹² Cf. *La Suisse*, année 1934, p. 204.
- ³⁹³ Initiative rejetée en votation populaire, le 8 septembre 1935, par 511 578 voix contre 196 135, FF 1935 II 445.
Cf. SCHINDLER, « La Suisse », *Vom Beruf unserer Zeit zur Totalrevision der Bundesverfassung*, année 1935, p. 44 ss.
- ³⁹⁴ Initiative rejetée en votation populaire, cf. notre ouvrage, p. 100 ss. Le Front national soutint, en outre, une initiative sur la protection de l'armée qui, bien qu'ayant abouti, ne fut jamais soumise au peuple et fut finalement retirée, le 28 mai 1948, FF 1934 III 628 ; FF 1950 III 860.
- ³⁹⁵ Résultat des élections au Conseil national, FF 1935 II 683 ss.
- ³⁹⁶ Signalons, avant la guerre, les groupements dissidents suivants : *Volksbund* (1933), *Eidgenössische soziale Arbeiterpartei* (1936), *Schweizerische Gesellschaft für eine autoritäre Demokratie* (1938), *Bund treuer Eidgenossen national-sozialistische Weltanschauung* (1938).

- ³⁹⁷ Les jugements qui en suivirent ne sont en général pas publiés. On en trouve cependant des extraits et des comptes rendus dans le rapport sur les activités antidémocratiques, première partie, FF 1946 I 121 ss ; le rapport complémentaire sur les poursuites engagées contre les Suisses nationaux-socialistes, FF 1948 III 957 ss ; le rapport de l'Etat-major de l'armée, additif N° 2, p. 505 ss.
- ³⁹⁸ Un procès pour espionnage politique intenté à huit membres du Bund treuer Eidgenossen se termina, le 14 juillet 1939, par huit condamnations et l'interdiction de l'organe de presse : le *Schweizerdegen*, FF 1946 I 27. Un jugement du 20 novembre 1939 condamna pour les mêmes raisons cinq membres du Volksbund et interdit leur journal : l'*Angriff*.
- ³⁹⁹ RO 56 1849.
- ⁴⁰⁰ RO 56 1880.
- ⁴⁰¹ RO 58 1240.
- ⁴⁰² RO 59 412.
- ⁴⁰³ RO 59 541, ordonnances d'exécution I et II, RO 59 808-809.
- ⁴⁰⁴ FF 1946 I [74].
- ⁴⁰⁵ FF 1936 III [395].
- ⁴⁰⁶ Cf. résultats, FF 1935 II 683.
- ⁴⁰⁷ Nous renvoyons aux arrêts publiés : ATF 68 IV 145, Singer, du 20 novembre 1942 ; ATF 69 IV 12, Hofmeier, Nicole, Graisier, Bertocha et Woog, du 1^{er} février 1943 ; ATF 70 IV 181, Meier, du 13 octobre 1944.
Signalons en outre deux jugements cantonaux, un de la Cour suprême de Lucerne, du 26 juin 1942 (8 condamnations), un autre du tribunal de district de Winterthour, du 28 juin 1943 (31 condamnations), FF 1946 II 231-255.
- ⁴⁰⁸ RO 56 1397.
- ⁴⁰⁹ RO 56 1931.
ACF d'exécution du 17 décembre 1940 (RO 56 2082).
Ordonnance I (RO 57, 84).
Ordonnance II (RO 57, 1042).
- ⁴¹⁰ RO 57 696.
- ⁴¹¹ RO 58 379.
- ⁴¹² Bull. stén. CN, 1943, p. 16.
- ⁴¹³ Pétition Miéville, session de septembre 1943, rejetée par 95 voix contre 41, FF 1946 II 249 ; postulat Zellweger, du 25 mars 1944, rejeté par 112 voix contre 60. Bull. stén. CN, 1944, p. 163 ss, p. 237 ss.
Signalons en outre une pétition Nicole, réclamant la levée de l'interdiction de la FSS, Bull. stén. CN, 1943, p. 3 ; Bull. stén. CE, 1943, p. 141.
- ⁴¹⁴ FF 1946 II [256].
- ⁴¹⁵ ATF 58 I [95].
- ⁴¹⁶ ATF 63 I [290].
- ⁴¹⁷ Ces arguments ont été exposés au moins à deux reprises par le Conseil fédéral pour revendiquer un droit de dissolution autonome : cf. déclaration du conseiller fédéral Baumann, Bull. stén. CE, 1937, p. 68 ; déclaration du conseiller fédéral von Steiger, Bull. stén. CN, 1944, p. 260 ; cf. aussi BRUNNER, *op. cit.*, p. 257.
- ⁴¹⁸ RO 56 2082.

- ⁴¹⁹ L'arrêté d'exécution fut discuté au Conseil national, Bull. stén. CN, 1941, p. 171-182.
- ⁴²⁰ Ordonnance I du 27 janvier 1941, RO 57 84.
Ordonnance II du 5 septembre 1941, RO 57 1042.
- ⁴²¹ Ordonnances I et II du 7 octobre 1943, RO 59 808-809.
- ⁴²² Cf. LACHENAL, *Le parti politique*, « Basler Studien zur Rechtswissenschaft », Cahier 17, p. [202].
- ⁴²³ VASELLA, *Die Partei und Fraktiondisziplin als staatsrechtliches Problem*, thèse, Zurich, 1956.
- ⁴²⁴ ACF du 17 décembre 1940 (art. 4), appliqué par extension aux autres formations extrémistes.
- ⁴²⁵ A Bâle-Ville, le Grand Conseil prononça la déchéance de 9 députés communistes. L'un d'entre eux recourut au TF en alléguant que la Constitution bâloise fixait à 130 le nombre des députés, que le CF n'était pas compétent pour modifier une disposition constitutionnelle cantonale. Le TF repoussa cet argument en contestant qu'une telle mesure pût signifier une révision constitutionnelle, qu'en tout cas le droit fédéral brisait le droit cantonal. Arrêt du TF du 31 janvier 1941, ZBl, 42/182.
- ⁴²⁶ Cf. LACHENAL, *op. cit.*, p. [198].
- ⁴²⁷ Cf. LACHENAL, *op. cit.*, p. 206.
- ⁴²⁸ Arrêt du tribunal administratif de Bâle-Ville, du 11 mars 1941, ZBl, 240.
- ⁴²⁹ Arrêt du TF du 22 juin 1944, ZBl, 45/401. Cas d'un communiste présenté sur une liste de combat socialiste. Invalidité de la liste entière. Le TF admit le bien-fondé de la décision cantonale tout en rappelant la compétence exclusive du CF en la matière.
- ⁴³⁰ BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 524.
- ⁴³¹ Cf. les diverses ordonnances d'exécution déjà citées.
- ⁴³² Le député Huber s'est étonné à juste titre de cette confiscation des biens d'un parti sans liens nécessaires avec la commission de délits ou tout au moins avec le caractère dangereux du parti. (*Principe de proportionnalité*), Bull. stén. CN, 1941, p. 176.
- ⁴³³ RO 61 111.

CHAPITRE III

Les survivances du droit d'exception

- ⁴³⁴ Rapport de gestion du Conseil fédéral, 1952, p. 225.
- ⁴³⁵ Confiscation de propagande communiste provenant de Chine et réexpédiée vers l'Amérique du Sud, matériel de propagande du PC camerounais imprimé en Suisse et dirigé contre le gouvernement en place. Rapport de gestion, 1961, p. 224.
- ⁴³⁶ Rapport de gestion, 1948, p. 204.
- ⁴³⁷ Rapport de gestion, 1955, p. 287.
- ⁴³⁸ Rapport de gestion, 1956, p. 304.
- ⁴³⁹ Rapport de gestion, 1956, p. 304.
- ⁴⁴⁰ Rapport de gestion, 1947, p. 210.
- ⁴⁴¹ Rapport de gestion, 1961, p. 224.

- ⁴⁴² Par ACF du 29 mars 1963, le Conseil fédéral chargeait le Ministère public de confisquer de manière générale le matériel de propagande importé en Suisse en vue des élections parlementaires en Italie: rapport de gestion, 1963, p. 265, 1964, p. 175.

CHAPITRE IV

Le contrôle cinématographique

- ⁴⁴³ Cf. WALINE, *Notes de jurisprudence*, RDP, 1961, p. 147.
- ⁴⁴⁴ JEANNE et FORD, *Le cinéma et la presse*, Paris, 1961, p. [164].
- ⁴⁴⁵ JEANNE et FORD, *op. cit.*, p. [181].
- ⁴⁴⁶ LYON-CAEN et LAVIGNE, *Traité du droit du cinéma*, t. 1, p. 34.
- ⁴⁴⁷ PINTO, *La liberté d'opinion et d'information*, Paris, 1955, p. 209-210.
- ⁴⁴⁸ NEIDHARDT, *Die Praxis der Filmzensur im Kanton Zürich*, ZBl, 1946, p. 219.
- ⁴⁴⁹ Rapport du Conseil fédéral sur le postulat Zimmerli, FF 1925 II 577 [578].
- ⁴⁵⁰ ATF 40 I 479, Held, du 19 novembre 1914. Le Tribunal fédéral devait annuler la décision de fermer un cinéma en rappelant que le pouvoir de police se restreint au maintien de l'ordre public et n'a pas pour but d'assurer le bien-être de la population.
- ⁴⁵¹ *Revue de droit suisse*, 1916, p. 489 ss (Rapport GUEX) ; p. 525 ss (Rapport HENCGELER) ; p. 633 ss (discussions).
- ⁴⁵² RDS, 1916, p. 491-492
- ⁴⁵³ RDS, 1916, p. 490.
- ⁴⁵⁴ RDS, 1916, p. 492.
- ⁴⁵⁵ RDS, 1916, p. 567.
- ⁴⁵⁶ RDS 1916, p. 633.
- ⁴⁵⁷ RDS, 1916, p. 512.
- ⁴⁵⁸ L'amélioration de la production cinématographique par l'apparition du film sonore est confirmée par les rapports de la commission de censure zurichoise, cf. NEIDHARDT, *op. cit.*, p. [224].
- ⁴⁵⁹ Rapport sur le postulat Zimmerli, FF 1925 II [577].
- ⁴⁶⁰ FF 1961 II [1029].
- ⁴⁶¹ Citons par exemple Zurich: loi sur le cinéma du 22 septembre 1963; Vaud: loi sur le cinéma du 27 novembre 1963; Saint-Gall: loi sur les représentations publiques cinématographiques, du 21 juin 1965.
- ⁴⁶² Loi sur le cinéma, du 7 juin 1966.
- ⁴⁶³ FF 1956 I [477].
- ⁴⁶⁴ FF 1956 I [455].
- ⁴⁶⁵ ATF 87 I [118].
- ⁴⁶⁶ FF 1956 I [477].
- ⁴⁶⁷ Cf. les statistiques publiées par le Conseil fédéral, FF 1956 I [506]; FF 1961 II [1074]. La production suisse annuelle varie pour la période 1933-1960 entre 1 et 10 films scéniques. En moyenne 5 films environ. Le nombre des films importés annuellement varie lui entre 427 et 482, FF 1961 II [1075].
- ⁴⁶⁸ En 1939, les agences de loueurs étrangers importaient encore 43 % de la production. Ce pourcentage est descendu à 28 % en 1955, FF 1956 I [458]; à 22 % en 1959, FF 1960 II 1964.

- ⁴⁶⁹ RO 1938 710.
- ⁴⁷⁰ Ordonnance du 26 septembre 1938, RO 1938 713.
- ⁴⁷¹ L'ACF du 26 septembre 1938 fut prorogé à diverses reprises après la Seconde Guerre mondiale jusqu'à la mise en vigueur de la loi sur le cinéma ; en dernier lieu par AF du 29 septembre 1960 (RO 1960 1699), accompagné d'une ordonnance du 29 décembre 1960 (RO 1960 1703), cf. FF 1960 II 161. Durant la période 1947-1962, 9 films scéniques et 5 films documentaires n'ont pas reçu de permis d'importation (lettre du Département fédéral de l'intérieur du 16 octobre 1965).
- ⁴⁷² Il s'agit de l'ordonnance II du 28 décembre 1962, RO 1962 1778.
- ⁴⁷³ Sur la loi sur le cinéma, cf. message du Conseil fédéral, du 28 novembre 1961, FF 1961 II, 1029 ss ; BIRCHMEIER, *Kommentar zum Filmgesetz*, Zurich, 1964.
- ⁴⁷⁴ Nous renvoyons à une importante décision de la Commission fédérale de recours sur le cinéma, du 11 août 1965, ZBl, 1965, p. 500 notamment [502]. La commission avait à décider des conditions mises à l'ouverture d'un nouveau cinéma. De manière générale, elle mit en doute l'effet automatiquement défavorable de l'accroissement du nombre des salles sur le niveau des films projetés, d'où une tendance à appliquer de manière restrictive la loi en sauvegardant le plus possible la liberté du commerce et de l'industrie. Dans le même sens, une décision du 25 juillet 1965, ZBl, 1966, p. 105.
- ⁴⁷⁵ Cf. message du Conseil fédéral, du 24 février 1956, sur l'introduction de l'art. 27ter Cst, FF 1956 I 453. La nouvelle disposition constitutionnelle fut acceptée en votation populaire par 362 806 contre 229 433 voix, le 6 juillet 1958.
- ⁴⁷⁶ BIRCHMEIER, *op. cit.*, p. 72.
- ⁴⁷⁷ BIRCHMEIER, *op. cit.*, p. 72.
- ⁴⁷⁸ La Commission de recours a rendu à ce jour quatre décisions : Idéal Film S. A., du 16 avril 1964, ZBl, 1965, p. 21 (Refus de l'élévation d'un contingent) ; Télécafé AG, du 28 mai 1964, ZBl, 1965, p. 66 (soumission d'une entreprise de télévision publique à la loi sur le cinéma) ; décisions du 11 août 1965, ZBl, 1965, p. 500 ; du 28 juillet 1965, ZBl, 1966, p. 105 (conditions mises à l'ouverture d'un nouveau cinéma).
- ⁴⁷⁹ ATF 87 I [119], Sphinx-Film AG, du 3 mai 1961.
- ⁴⁸⁰ Sur le développement de la censure, cf. rapport du Conseil fédéral, du 26 mai 1925 (Postulat Zimmerli), FF 1925 II 586 ss ; AEPPLI, *op. cit.*, p. 80 ss.
- ⁴⁸¹ FF 1925 II [579] [586] ss.
- ⁴⁸² AEPPLI, *op. cit.*, p. 121-122.
- ⁴⁸³ AEPPLI, *op. cit.*, p. 92-96. Nous nous sommes contenté sur ce point de remettre à jour l'état des législations cantonales.
- ⁴⁸⁴ Loi du 16 novembre 1916, modifiée par une loi du 28 juin 1962.
- ⁴⁸⁵ Règlement du 23 novembre 1945.
- ⁴⁸⁶ Ordonnance du 20 décembre 1916.
- ⁴⁸⁷ Loi du 14 mai 1925.
- ⁴⁸⁸ Loi du 3 mars 1942, ordonnance d'exécution du 8 juillet 1943.
- ⁴⁸⁹ Décret du Conseil d'Etat du 10 janvier 1928.
- ⁴⁹⁰ Ordonnance du 29 juin 1926, décret du Conseil d'Etat sur la censure cinématographique du 24 juillet 1957.
- ⁴⁹¹ Loi du 12 novembre 1915, règlement du 9 mai 1952.
- ⁴⁹² Ordonnance du 29 décembre 1950.

- ⁴⁹³ Loi sur le cinéma du 22 septembre 1963.
- ⁴⁹⁴ Loi du 1^{er} février 1949, règlement d'exécution du 2 mai 1949.
- ⁴⁹⁵ Ordonnance du 11 juillet 1953.
- ⁴⁹⁶ Arrêté du 12 février 1929 (pouvoir conjoint du Département de justice et police et des autorités communales) ; arrêté du 9 mars 1948 (prédominance du Département) ; arrêté du 5 novembre 1954 (suppression des compétences communales) ; enfin loi sur le cinéma du 7 juin 1966 (abolition de la censure pour les adultes).
- ⁴⁹⁷ Ordonnance du 1^{er} décembre 1951.
- ⁴⁹⁸ Loi sur le cinéma, du 27 novembre 1963.
- ⁴⁹⁹ Loi sur les représentations cinématographiques, du 21 juin 1965.
- ⁵⁰⁰ Ordonnance du 27 février 1924.
- ⁵⁰¹ Ordonnance du 29 mai 1946.
- ⁵⁰² Ordonnance du 30 juin 1926.
- ⁵⁰³ Ordonnance du 30 mai 1930.
- ⁵⁰⁴ Loi du 6 septembre 1919.
- ⁵⁰⁵ Ordonnance du 7 août 1948.
- ⁵⁰⁶ Ordonnance des 15 décembre 1960/4 avril 1961.
- ⁵⁰⁷ Sur les organes de censure, cf. AEPPLI, *op. cit.*, p. 97-98.
- ⁵⁰⁸ Ordonnance sur le cinéma, du 20 mai 1930 (art. 7).
- ⁵⁰⁹ Loi complémentaire sur le cinéma, du 28 juin 1962 (art. 18) ; sur le changement du pouvoir d'examen du Tribunal administratif : arrêt *Colombus Film*, du 28 février 1964, BJM, 1964, p. 147.
- ⁵¹⁰ Loi sur le cinéma, du 22 septembre 1963 (art. 19) ; BOESCH, *Une loi sur le cinéma dans le canton de Zurich*, ZBl, 1964, p. 71 ; arrêt du Tribunal administratif, du 24 août 1965, ZBl, 1966, p. 123.
- ⁵¹¹ Sur le moment de la censure et la procédure suivie, cf. AEPPLI, *op. cit.*, p. 101 ss.
- ⁵¹² Typique à ce sujet, le décret schwytois sur la censure cinématographique, du 24 juillet 1957 (art. 3) qui impose à la Commission de censure les classifications opérées par une revue catholique.
- ⁵¹³ Sur ce sujet, la documentation réunie par AEPPLI, *op. cit.*, p. 130-142.
- ⁵¹⁴ BJM, 1964, p. 147.
- ⁵¹⁵ BJM, 1964, p. 151.
- ⁵¹⁶ ZBl, 1966, p. 123.

SOUS-TITRE II

LA GESTION DES SERVICES PUBLICS
LES FONCTIONNAIRES

- ⁵¹⁷ C'est en tout cas l'avis de la doctrine dominante : BUNCKHARDT, *L'Etat et le droit*, RDS, 1931, p. 182a ; GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 242 ss ; IMBODEN, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, « Basler Studien zur Rechtswissenschaft », fascicule 38, p. 41 ss ; ces deux derniers auteurs admettent le principe de légalité sans restriction pour toutes les activités administratives. Le juge fédéral André GRISEL est plus nuancé. Il doute notamment que dans tous les rapports de sujétion spéciaux, les atteintes à la

liberté et aux droits individuels doivent nécessairement reposer sur une base légale. Le principe de légalité ne vaudrait que si la restriction est grave et touche un grand nombre d'individus, cf. *L'administration et la loi*, article paru dans : « Regards sur le droit suisse aujourd'hui et demain », Bâle, 1964, p. 31 ss, notamment p. 43. Le TF a admis tout récemment que la Direction générale des PTT ne pouvait exclure du trafic postal, selon son appréciation, les nouveaux journaux en raison d'une pénurie de personnel. Il a donc reconnu qu'un service public ne pouvait compléter une loi par des instructions internes en défaveur des usagers. Il est vrai que sa décision est avant tout fondée sur le principe d'égalité (ATF 92 I 143, Katholisches Jugendsekretariat, du 26 mars 1966).

⁶¹⁸ ATF 92 I [148-149], TUASON, *Le droit de l'entreprise des PTT*, Berne, 1960, p. 10-11.

CHAPITRE PREMIER

La gestion des services publics

⁶¹⁹ TUASON, *op. cit.*, p. 1.

⁶²⁰ Le principe de légalité est clairement énoncé à l'article 4 de la loi fédérale sur le service des postes, du 2 octobre 1924.

⁶²¹ TUASON, *op. cit.*, p. 13.

⁶²² ATF 79 IV 179, Procureur général Bâle-Ville/Direction générale des PTT, du 9 décembre 1953. Cet arrêt a été vivement critiqué par le professeur HUBER, SJZ, 1955, p. 165-170.

⁶²³ JAAC, 1962-1963, N° 4, p. 22.

⁶²⁴ ATF 92 I 143, Katholisches Jugendsekretariat, du 26 mars 1966.

⁶²⁵ Convention européenne de radiodiffusion (RO 1950, p. 198) ratifiée par AF du 20 décembre 1949. La répartition des fréquences de télévision semble avoir été fixée par la convention de Stockholm de 1952 (FF 1955 I 441).

⁶²⁶ La Cour constitutionnelle d'Allemagne fédérale a magistralement confirmé la liberté radiophonique (art. 5 GG) en déclarant inconstitutionnelle la création par l'Etat fédéral d'une société privée de radiodiffusion dont il aurait été l'actionnaire majoritaire. A ses yeux, la liberté d'expression exclut que l'Etat, directement ou indirectement, domine un établissement ou une société qui organise des émissions radiophoniques BVerfGE 12, 205 ss [263].

⁶²⁷ La perte de l'indépendance technique de la radiodiffusion entraîne pour André Baumann la perte de son indépendance culturelle. Il se refuse dès lors à reconnaître à la Confédération le monopole sur les installations radiophoniques qu'on déduit de l'article 36 Cst, BAUMANN, *Die rechtlichen Grundlagen des Programmierdienstes im schweizerischen Rundspruch und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Radiofreiheit*, thèse, Zurich, 1956, p. 73 ss.

⁶²⁸ Sur l'histoire de ces postes émetteurs privés, rapport du Conseil fédéral, du 27 novembre 1934, FF 1934 II (690-694); BAUMANN, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁶²⁹ FF 1934 II 695; BAUMANN, *op. cit.*, p. 97.

⁶³⁰ FF 1964 II 1195.

⁶³¹ Cf. BAUMANN, *op. cit.*, p. 135 ss.

⁶³² Message du 3 juillet 1956, FF 1956 I 1545 ss.

⁶³³ Résultats, FF 1957 I 1067.

- ⁵⁸⁴ Dès les débuts de la radiodiffusion, le service des émissions a été soumis à concession. Successivement les diverses sociétés régionales, puis la SSR en furent bénéficiaires. Les émissions télévisées sont actuellement soumises au même statut (Concession du 27 octobre 1964), cf. BAUMANN, *op. cit.*, p. 91 ss.
- ⁵⁸⁵ Statut de la SSR, articles 10-11.
- ⁵⁸⁶ Statut de la SSR, article 17.
- ⁵⁸⁷ L'influence jugée excessive de la Confédération sur la SSR avait donné lieu à des critiques jusqu'au Parlement. Le Conseil fédéral se défendit dans son rapport du 13 janvier 1953, FF 1953 I 17, 26 ss.
- ⁵⁸⁸ FF 1953 I 27.
- ⁵⁸⁹ BVerfGE 12 [263].
- ⁵⁹⁰ Cf. BAUMANN, *op. cit.*, p. 150, n. 19.
- ⁵⁹¹ BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris 1964, p. 259.
- ⁵⁹² BAUMANN, *op. cit.*, p. 107, n. 24.
- ⁵⁹³ Rapport du CF du 13 janvier 1953 sur le statut du service suisse de la Radiodiffusion, FF 1953 I [26].
- ⁵⁹⁴ JAAC 1962-1963, N° 16, p. 49.

CHAPITRE II

Le statut des fonctionnaires

- ⁶⁴⁵ PINTO, *La liberté d'opinion et d'information*, Paris 1955, p. 238.
- ⁶⁴⁶ Sur l'évolution de la doctrine allemande qui tend au départ à soustraire l'administration à la législation, par conséquent à l'influence des libertés constitutionnelles, cf. KÖHL, *Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht*, thèse, Zurich, 1955, p. 20 ss, 46 ss.
- ⁶⁴⁷ Particulièrement clair : JAAC 1959-1960, N° 26, p. 66.
- ⁶⁴⁸ La loi sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927, est aujourd'hui complétée par trois règlements : ordonnance du 10 novembre 1959 (règlement des fonctionnaires I), RO 1959 1141 ; ordonnance du 10 novembre 1959 (règlement des fonctionnaires CFF), RO 1959 1187 ; ordonnance du 29 décembre 1964 (règlement des fonctionnaires du Département politique), RO 1965 157.
Seul l'article 26 de cette dernière ordonnance apporte une précision nouvelle en ce qui concerne la liberté d'opinion de notre personnel diplomatique.
- ⁶⁴⁹ Sur la définition du fonctionnaire, cf. GRISSEL, *op. cit.*, p. 9 ss ; RICHNER, *Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte des Beamten nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1954, p. 37 ss.
- ⁶⁵⁰ ACF 5 juin 1964 sur l'état des fonctions dont les titulaires ont qualité de fonctionnaires fédéraux (RO 1965 290).
- ⁶⁵¹ Règlement des employés, du 10 novembre 1959 (RO 1959 1221) ; règlement des ouvriers, du 10 novembre 1959 (RO 1959 1269). On retrouve dans ces ordonnances bon nombre des dispositions applicables aux fonctionnaires (droit d'association, exercice des charges publiques, occupations accessoires, interdiction de la grève, obligation de dignité, secret professionnel). Une différence frappe d'emblée : les employés et ouvriers ne sont pas tenus à l'obligation générale de fidélité telle qu'elle est définie à l'article 22 LstF.

- ⁵⁵² Il s'agit notamment de deux thèses : GRISEL, *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*, thèse, Neuchâtel, 1937 ; RICHNER, *Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1954. Cf. aussi KÖHL, *op. cit.*
- ⁵⁵³ Caractéristiques cependant du statut des fonctionnaires les restrictions à l'obligation de témoigner en justice (art. 28 LstF).
- ⁵⁵⁴ ATF 57 I 154, Schmid, du 26 mars 1931.
- ⁵⁵⁵ Cette décision du tribunal disciplinaire de Bâle-Ville, en application d'une disposition cantonale, peut sans nul doute être rapprochée de l'application de l'article 22 LstF, ZBl, 1948, p. 533 ; cf. aussi RICHNER, *op. cit.*, p. 163.
- ⁵⁵⁶ C'est le cas notamment de nos agents diplomatiques. L'ordonnance du 29 décembre 1964 (Règlement sur les fonctionnaires III), RO 1965 157, leur prescrit de gagner la considération des autorités et des ressortissants du pays où ils résident. Ils doivent en particulier s'abstenir de tout propos de nature à compromettre la politique des autorités fédérales, notamment la pratique d'une politique extérieure (art. 26).
- ⁵⁵⁷ Dans sa thèse, M. André GRISEL a bien mis en lumière la restriction considérable qu'impose à la liberté d'association l'obligation de fidélité, p. 65 ss. Depuis lors, de nombreuses décisions du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral ont confirmé ce lien.
- ⁵⁵⁸ Affaire Späni-Roner, citée par GRISEL, *op. cit.*, p. 103.
- ⁵⁵⁹ ATF 65 I 236, Nationale-Front, du 17 novembre 1939.
- ⁵⁶⁰ ATF 65 I [245].
- ⁵⁶¹ ATF 65 I [245].
- ⁵⁶² Dans l'arrêt Nationale Front, le Tribunal fédéral admet expressément qu'un parti extrémiste n'a pas besoin d'être dangereux pour l'Etat pour qu'un fonctionnaire, en y adhérant, contrevenne à son obligation de fidélité.
- ⁵⁶³ Citées par GRISEL, *op. cit.*, p. 106, 109, 110.
- ⁵⁶⁴ Cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 107.
- ⁵⁶⁵ RO 48 800, sur les effets de cette ordonnance, cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 111.
- ⁵⁶⁶ RO 61 596.
- ⁵⁶⁷ FF 1950 II 801.
- ⁵⁶⁸ JAAC 1951, Nos 13-17.
- ⁵⁶⁹ JAAC 1951, No 14, décision du CF du 10 juillet 1951.
- ⁵⁷⁰ JAAC 1951, No 15, décision du CF du 17 décembre 1951.
- ⁵⁷¹ Arrêt non publié, du 15 janvier 1937, ZBl, 1937, p. 219 ss.
- ⁵⁷² Arrêt Corswant, du 8 avril 1938, ZBl, 1938, p. 260.
- ⁵⁷³ Arrêt Vocchting-Oeri, du 23 avril 1945, cf. RICHNER, *op. cit.*, p. 161.
- ⁵⁷⁴ Arrêt Ammann, du 7 décembre 1949, cf. RICHNER, *op. cit.*, p. 175-179. La Cour civile du tribunal fédéral accorda cependant au recourant un droit à la pension jusqu'à la fin de la période administrative. Elle jugea que Ammann avait donné lieu à révocation immédiate, mais, qu'en l'ayant réélu deux fois sans réserve, les autorités argoviennes ne pouvaient plus se prévaloir des motifs de révocation sans abus de droit.
- ⁵⁷⁵ ATF 75 II 246, Lœwer, du 19 octobre 1949.

- ⁵⁷⁶ Sur l'affaire Mutzner, cf. les renseignements abondants fournis par RICHNER, *op. cit.*, p. 183-195
- ⁵⁷⁷ JAAC 1959-1960, N° 26, p. 63.
- ⁵⁷⁸ André GRISSEL remarque à juste titre que l'article 22 LstF mériterait de figurer dans la Constitution fédérale, *op. cit.*, p. 30. A notre avis cette norme devrait l'emporter sur toute autre disposition de la LstF et en particulier sur l'article 27 LstF.
- ⁵⁷⁹ Affaire Mutzner, considérants de la Commission disciplinaire, cf. RICHNER, *op. cit.*, p. 191, JAAC 1959-1960, N° 26, p. 66.
- ⁵⁸⁰ JAAC 1959-1960, N° 26, p. 66.
- ⁵⁸¹ JAAC 1959-1960, N° 26, p. 66.
- ⁵⁸² JAAC 1959-1960, N° 26, p. 64.
- ⁵⁸³ Affaire Mutzner, cf. RICHNER, *op. cit.*, p. 185, 194.
- ⁵⁸⁴ JAAC 1959-1960, N° 26, p. 65.
- ⁵⁸⁵ GRISSEL, *op. cit.*, p. 59.
- ⁵⁸⁶ JAAC 1959-1960, N° 26, p. 66.
- ⁵⁸⁷ Ordonnance sur les rapports de service des fonctionnaires du Département politique, du 29 décembre 1964 (art. 26), RO 1965 157.
- ⁵⁸⁸ Article 32 LstF; article 28, règlement I; articles 24, 25, règlement II; articles 40-41, règlement III.
- ⁵⁸⁹ Article 33 LstF; article 27, règlement I; article 39, règlement III.
- ⁵⁹⁰ Article 35, règlement I; article 27, règlement II; article 47, règlement III.
- ⁵⁹¹ Article 33, règlement I; article 29, règlement II; article 45, règlement III.
- ⁵⁹² Ordonnance sur les commissions disciplinaires, du 4 octobre 1930, modifiée par ACF du 8 septembre 1964 (art. 2).
- ⁵⁹³ Loi d'organisation judiciaire, articles 117-123.
- ⁵⁹⁴ ATF 75 II 246, Lœwer, du 19 octobre 1949.
- ⁵⁹⁵ Cf. GRISSEL, *op. cit.*, p. 68.
- ⁵⁹⁶ ATF 56 I [494, 495].
- ⁵⁹⁷ Cf. Affaire Mutzner, cf. RICHNER, *op. cit.*, p. 183-195; FF 1950 II 801; JAAC 1951, Nos 13-17.

SOUS-TITRE III

LE STATUT DES ÉTRANGERS

- ⁵⁹⁸ Cf. l'article du professeur J.-F. AUBERT, « Le statut des étrangers », dans la *Revue de droit suisse*, 1958, p. 215-216.
- ⁵⁹⁹ Mais LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, Bâle, 1960, p. 125; BOURQUIN, *La liberté de la presse*, thèse, Lausanne, 1950, p. 163, relèvent à juste titre l'arme redoutable que constitue pour la liberté de la presse l'expulsion politique ou simplement l'ordre de quitter la Suisse.
- ⁶⁰⁰ Il s'agit d'auteurs anciens: BLUMER-MOREL, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts* 1877, p. 403; SCHOLLENBERG, *Kommentar*, 1905, p. 413 et d'autres auteurs cités par Mathilde HAUSER, *Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte*, thèse, Zurich, 1961, p. 92.

- ⁶⁰¹ BURCKHART, *Kommentar*, p. 526 ; FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 368 ; BONBÔTE, *La liberté d'association en droit public fédéral suisse*, thèse, Neuchâtel, 1920, p. 159 ; FEHRLIN, *Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz*, thèse, Berne, 1952, p. 102.
- ⁶⁰² GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 380 ; ABERHALDEN, *Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht*, thèse, Berne, 1938, p. 88 ; HOERNI, *Das Versammlungsrecht in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1938, p. 108. Plus récemment J.-F. AUBERT, RDS, 1958, p. [238] ; Mathilde HAUSEA, *op. cit.*, p. 94 ; FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 1966, p. 311.
- En revanche, le professeur HUBER est plus réticent pour des raisons théoriques (lien avec la liberté d'opinion) et pratiques (importance des migrations internationales). Il incline à accorder aux étrangers un droit d'association général. *Die Grundrechte in der Schweiz*, Bettermann, Neumann, Nipperdey, Bd. I/1, 1966, p. 200.

CHAPITRE PREMIER

La jurisprudence du Tribunal fédéral

- ⁶⁰³ Sur la qualité pour recourir des étrangers : GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes*, p. 158-159 ; HEFTI, *De la qualité pour recourir dans la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral*, thèse, Lausanne, 1958, p. 40 ; HINGEN, *Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde*, thèse, Zurich, 1961, p. 135 ; BONNARO, RDS, 1962, p. 435-436.
- ⁶⁰⁴ ATF 35 I 345.
- ⁶⁰⁵ ATF 39 I 22.
- ⁶⁰⁶ ATF 7, 502.
- ⁶⁰⁷ ATF 12, 93.
- ⁶⁰⁸ Cf., notamment AUBERT, RDS, 1958, p. [239].

CHAPITRE II

La législation fédérale

- ⁶⁰⁹ A titre d'exemples : Traité d'établissement avec l'Allemagne, du 13 novembre 1909 (art. premier) ; avec la Belgique, du 4 juin 1887 (article premier) ; avec la France, du 23 février 1882 (article premier). Sur le sens de la réserve des lois du pays, cf. SCHINDLER, *Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts*, Zurich, 1957, p. 71.
- ⁶¹⁰ J.-F. AUBERT, RDS, 1958, p. [220].
- ⁶¹¹ FF 1945 I 923. Les sanctions pénales prévues dans la 7^e directive n'ont à vrai dire plus de base légale, depuis l'abrogation de l'ACF du 21 février 1945. On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure ces directives ont encore force de loi. L'ACF du 7 août 1945 qui délègue au Département de justice et police fédéral la compétence d'édicter de telles règles a aussi été abrogé (AF 18 décembre 1950).
- ⁶¹² RO 64 111.
- ⁶¹³ Cf. directives 1-458, FF 1945 I 923 ; ACF 27 février 1948 (art. 4).
- ⁶¹⁴ Rapport de gestion, 1950, p. 199.
- ⁶¹⁵ Rapport de gestion, 1958, p. 340.

- ⁶¹⁶ Rapport de gestion 1957, p. 311 (organisation étrangère anticommuniste) ; 1958, p. 340 (Congrès européen contre l'armement atomique) ; 1959, p. 344 (Congrès contre l'armement atomique).
- ⁶¹⁷ Cf. AUBERT, RDS, 1958, p. 233.
- ⁶¹⁸ Nous ne mentionnons pas ici l'expulsion judiciaire. Les délits d'opinion semblent en effet ne jouer aucun rôle dans un tel mode d'expulsion. Cf. TRAUTVETTER, *Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht*, thèse, Zurich, 1957.
- ⁶¹⁹ Cette disposition aggrave encore l'ACF du 17 octobre 1939 (RO 55 1167) qui modifiait déjà la loi de 1931 en prévoyant l'expulsion des étrangers qui lésent sensiblement les intérêts publics. En vertu de cet arrêté de plein pouvoir, les cantons procédèrent à une expulsion massive de ressortissants allemands nationaux-socialistes pour qui l'article 70 Cst n'était pas applicable. Cf. Rapport de gestion du CF de 1945, p. 226-228 ; KAMMERMANN, *Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz*, thèse, Berne, 1948, p. 173.
- ⁶²⁰ BUNKHARDT, *op. cit.*, p. 628 ss ; SCHINDLER, *Die Fremdenausweisung aus politischen Gründen nach schweizerischem Bundesstaatsrecht*, thèse, Zurich, 1930.
- ⁶²¹ Baresi, directeur de l'imprimerie italienne à Genève, accusé d'avoir répandu des tracts menaçant le roi Humbert d'Italie de mort en cas d'exécution de l'anarchiste Passamonte (Salis IV, N° 2047) ; le prince Kropotkine, rédacteur du *Révolté*, pour ses articles glorifiant l'assassinat du tsar et invitant les ouvriers à s'emparer de la propriété privée (Salis IV, N° 2050) ; Schiechi, rédacteur de la *Crocce di Savoie*, pour incitation à la révolution en préconisant le meurtre, l'incendie, le pillage et le vol (Salis IV, N° 2073).
- ⁶²² Affaire Münzenberg (Salis IV, N° 2115).

Annexe

LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ET LES DOCTRINES EXTRÉMISTES EN ALLEMAGNE FÉDÉRALE

Introduction

- ¹ Ilse STAFF, *Justiz im Dritten Reich*, Hamburg, 1964.
- ² Les compétences du Tribunal constitutionnel sont énumérées à l'article 13 de la loi sur le Tribunal constitutionnel (Bundesverfassungsgerichtsgesetz). Les diverses voies de recours font l'objet des articles 36-95 de la loi précitée. Pour un commentaire de cette loi, cf. GEIGER, *Kommentar*, 1952, Berlin-Frankfurt ; LECHNER, *Kommentar*, 1954-1957, München-Berlin ; MAUNZ-SIGLOCH, SCHMID, KLEIN, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1965, München-Berlin.
- ³ L'ouvrage collectif édité par le Tribunal constitutionnel, *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, 1963, contient une rapide biographie de chacun des juges.
- ⁴ BVerfGE 7 [208].
- ⁵ BVerfGE 12 205.
- ⁶ BVerfGE 15 288.
- ⁷ BVerfGE 7 198.

CHAPITRE PREMIER

La déchéance de la liberté d'opinion

- ⁸ BVerfGE 12 113.
- ⁹ Le seul commentaire de l'article 18 GG, qui tient compte des développements récents de la jurisprudence se trouve dans MAUNZ-DURIG, *Kommentar*, ad art. 18 (livraison de mars 1964). Cf. aussi Ernst FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, dans l'ouvrage collectif du colloque d'Heidelberg, 1962, p. 180 ss.
- ¹⁰ Sur les rapports de l'article 18 GG avec le droit pénal, cf. Günther WILLMS, *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main/Bonn, 1962 ; Günther WILLMS, NJW, 1964, p. 225 ; Helmut RIDDER, *Grundgesetz, Notstand und politisches Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1965.
- ¹¹ BVerfGE 11, 282.
- ¹² Le Tribunal constitutionnel fixe lui-même la durée de la mesure (art. 39 BVerfGG). Au cas où aucun délai n'est fixé ou si la mesure dépasse un an, l'intéressé peut en demander lui-même la suppression ou une atténuation. Cette requête peut être renouvelée tous les ans (art. 40 BVerfGG).
- ¹³ Sur les délits politiques : SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuchkommentar*, 11^e édition, München-Berlin 1963 ; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderes Teil*, 3^e édition, Karlsruhe, 1959 ; Diether POSSER, *Politische Strafjustiz*, Karlsruhe, 1961 ; E. KERN, *Der Strafschutz des Staates und seine Problematik*, Tübingen, 1963 ; O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz*, Neuwied et Berlin, 1965.

¹⁴ BGH St 13, 32.

¹⁵ BGH St 17, 28.

¹⁶ BGH St 16, 49.

¹⁷ BGH St 19, 63.

¹⁸ BGH St 6, 318.

¹⁹ De façon indirecte en refusant d'appliquer aux membres d'un parti interdit le délit d'association criminelle pour des publications antérieures à la décision du Tribunal constitutionnel, BVerfGE 17, 155.

Deux procès en revision devant la Cour pénale fédérale sont publiés, BGH St 19, 280 ; BGH St 19, 311.

²⁰ BGH St 8 246. La Cour pénale fédérale assouplit par la suite sa jurisprudence en n'admettant plus la notion d'attaque indirecte de la République fédérale par la simple glorification du régime communiste, BGH St 19, 246, sans l'étendre toutefois à la littérature de l'Allemagne de l'Est, BGH St 19, 221, BGH St 19 [252].

²¹ BVerfGE 10, 118. Sur cet arrêt : REISSMÖLLER, JZ, 60, 529.

²² BVerfGE 10 [123].

²³ BGH St 17, 38. Sur cet arrêt, critique de Hans COPIC, JZ, 63, p. 494.

²⁴ BGH St 17 [42].

²⁵ Cf. note 19.

²⁶ C'est le cas de G. WILLMS, *Staatschutz im Geiste der Verfassung*, p. 27 ; NJW, 1964, p. 224 ; de RIDDER, *Grundgesetz, Notstand und politisches Strafrecht*, 1965, Frankfurt am Main.

En sens contraire : MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar*, ad art. 18.

CHAPITRE II

Les interdictions de partis politiques

²⁷ Les principes constitutionnels relatifs à l'organisation interne des partis politiques et à la publicité de leurs ressources restent, à l'heure actuelle, des vœux pieux. Seule une loi sur les partis politiques pourrait leur donner une certaine consistance (MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar*, ad art. 21).

²⁸ Nous renonçons à donner, dans le cadre de cette annexe, ne serait-ce qu'un aperçu de l'abondante littérature sur l'article 21 GG. Nous renvoyons à la bibliographie la plus récente sur ce sujet parue dans le *Bonner Kommentar*, ad art. 21 (livraison mai 1965).

²⁹ Au sujet de l'interdiction du parti communiste, cf. *KPD-Prozess Dokumentarwerk*, 3 vol., Karlsruhe, 1955.

³⁰ Loi du 21 juillet 1956 (art. 4).

³¹ BVerfGE 5 [137].

³² BVerfGE 5 [133-140].

³³ BVerfGE 5 [141].

³⁴ La décision concernant le parti communiste comprend notamment des statistiques de résultats électoraux obtenus par le parti avant et après la guerre, BVerfGE 5 [94], [100-101].

³⁵ BVerfGE 5 [142].

³⁶ BVerfGE 5 [141].

³⁷ BVerfGE 5 [141-142].

³⁸ BVerfGE 2 [47-71].

³⁹ La décision comprend essentiellement trois parties. La première établit le rattachement du KPD à la doctrine marxiste-léniniste, soit à une doctrine révolutionnaire (Teil A, p. 147-207). La deuxième aborde le lien théorique entre cette doctrine et l'action (Teil B, p. 207-237). La troisième étudie les buts et l'activité concrète du parti durant la validité de la Loi fondamentale (Teil C, p. 238-380). La dernière partie est d'importance mineure, elle a trait au style adopté par le parti pour attaquer les institutions.

⁴⁰ Pour une vue d'ensemble de ce problème : *Bonner Kommentar*, ad art. 21 (Livraison mai 1965) ; MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar*, ad art. 21 ; ERNST FRIESENHAIN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, dans l'ouvrage collectif du colloque d'Heidelberg sur la juridiction constitutionnelle à l'époque contemporaine, p. 175-178, Köln-Berlin, 1962.

⁴¹ Il faut cependant signaler que plusieurs membres dirigeants du parti communiste dont son chef Reimann, furent condamnés pour haute trahison sur la base d'un programme dit « de réunification nationale » émanant de la direction du parti. (Jugements des 6 mai 1954 et 13 juillet 1956 publiés dans *Hochverrat und Staatsgefährdung, Urteile des BGH*, Bd. I, p. 74 ss ; Bd. II, p. 11 ss, Karlsruhe, 1957-1958).

Saisi d'un recours, le Tribunal constitutionnel renonça à mettre en doute le bien-fondé de ces jugements, sans prendre toutefois suffisamment garde au fait que la Cour pénale fédérale se servait de la haute trahison pour juger le programme d'un parti qu'il n'avait pas encore interdit. (BVerfGE 9, 162).

⁴² Jugement du BGH, du 30 janvier 1958, *op. cit.*, Bd. II, p. 225 ss.

⁴³ BGH St 15, 259.

⁴⁴ BVerfGE 12, 296. Sur cette décision, cf. F. BERTRAM, NJW, 1961, p. 1099 ss ; J. KÖBLE, *AöR*, Bd. 87, 1962, p. 48 ss.

⁴⁵ Parmi les procès en revision : BGH St 19, 281 ; 19, 311 ; 20, 87.

⁴⁶ BVerfGE 17, 155.

⁴⁷ BGBI 1964 I 593. Sur cette loi : A. ARNDT, NJW, 1965, p. 430 ; W. SCHMID, NJW, 1965, p. 424 ; FRÖHLICH, DVBL, 1964, p. 799.

Répertoire des sources officielles

I. La législation

1° Les mesures pénales

Loi du 12 avril 1894 (anarchisme).

Loi du 12 décembre 1902 (antimilitarisme, rejetée par le peuple le 25 octobre 1903).

Loi du 31 mars 1906 (anarchisme).

Projet de loi du 18 juin 1906 (antimilitarisme, abandonné par le Parlement).

Lex Haeberlin I (socialisme révolutionnaire, rejetée par le peuple le 24 septembre 1922).

Initiative constitutionnelle antibolcheviste (rejetée par le peuple le 18 février 1923).

Lex Haeberlin II (communisme, rejetée par le peuple le 11 mars 1934).

Projet de loi sur la protection de l'ordre public et de la sûreté publique, du 7 décembre 1936 (abandonné par le Parlement).

ACF du 5 décembre 1938 (protection de la démocratie I).

ACF du 20 janvier 1939 (incitation au boycott économique d'Etats étrangers).

ACF du 4 décembre 1939 (propagande subversive dans l'armée).

ACF du 6 août 1940 (interdiction de toute activité communiste ou anarchiste).

ACF du 29 juillet 1941 (relations avec l'étranger).

ACF du 4 août 1942 (défense nationale et sécurité de la Confédération).

ACF du 1^{er} juin 1943 (infractions aux interdictions de partis politiques).

ACF du 27 février 1945 (protection de la démocratie II).

ACF du 7 mars 1947 (protection de la démocratie III).

ACF du 29 octobre 1948 (renforcement des dispositions pénales sur la protection de l'Etat).

Code pénal suisse.

Opinions subversives et trahison (art. 266).

Les informations inexactes ou tendancieuses (art. 266bis).

La propagande étrangère révolutionnaire (art. 275bis).

La participations à un groupement illicite (art. 275ter).

La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276).

Outrages aux Etats étrangers et aux institutions interétatiques (art. 296-297).

La provocation publique au crime (art. 259).

Les atteintes à la liberté de croyance et des cultes (art. 261).

2° Les mesures administratives

ACF du 26 mars 1934 (mesures contre la presse).

ACF du 3 novembre 1936 (propagande communiste).

ACF du 3 novembre 1936 (participation d'orateurs étrangers à des assemblées politiques).

Initiative constitutionnelle sur l'interdiction de la franc-maçonnerie (rejetée par le peuple le 28 novembre 1937).

ACF du 5 décembre 1938 (protection de la démocratie).

ACF du 8 septembre 1939 (sécurité du pays en matière d'information).

ACF du 8 septembre 1939 (création de nouveaux journaux, agences de presse).

ACF du 31 mai 1940 (surveillance de la presse).

ACF du 30 décembre 1941 (contrôle de la presse).

ACF du 30 décembre 1941 (contrôle des écrits politiques, militaires ou économiques).

ACF du 8 novembre 1940 (interdiction de la Schweizerische Gesellschaft der Freunden einer autoritären Demokratie).

ACF du 19 novembre 1940 (interdiction du Mouvement national suisse).

ACF du 26 novembre 1940 (interdiction du parti communiste).

ACF du 27 mai 1941 (interdiction de la Fédération socialiste suisse).

ACF du 17 avril (interdiction de la Défense populaire).

ACF du 29 décembre 1942 (interdiction de la Nationale Opposition).

ACF du 25 mai 1943 (interdiction de l'Eidgenössische Arbeiter- und Bauernpartei).

ACF du 6 juillet 1943 (interdiction du Rassemblement fédéral et de la Nationale Geminschaft Schaffhausen).

ACF du 29 décembre 1948 (propagande subversive).

Loi sur le cinéma, du 28 septembre 1962.

Ordonnance II du 28 décembre 1962.

Loi sur le service des postes, du 2 octobre 1924.

Ordonnance d'exécution du 23 décembre 1955.

Concession des installations de radiodiffusion, du 27 octobre 1964.

Loi sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927.

Règlement I du 10 novembre 1959 (fonctionnaires I).

Règlement II du 10 novembre 1959 (fonctionnaires CFF).

Règlement III du 29 décembre 1964 (fonctionnaires du Département politique).

3° Les principaux messages du Conseil fédéral

Message du 18 décembre 1893 (anarchisme) FF 1893 V 769.

Message du 15 décembre 1902 (anarchisme) FF 1902.V 810.

Message du 11 avril 1921 (lex Haerberlin I)	FF 1921 II	497.
Message du 8 mai 1933 (lex Haerberlin II)	FF 1933 I	769.
Message du 7 décembre 1936 (ordre public)	FF 1936 III	393.
Message du 29 novembre 1901 (antimilitarisme)	FF 1901 IV	1182.
Message du 18 juin 1906 (antimilitarisme)	FF 1906 IV	144.
Message du 24 février 1956 (art. 27 ^{ter} cinéma)	FF 1956 I	453.
Message du 28 novembre 1961 (loi sur le cinéma)	FF 1961 II	1029.
Message du 3 juillet 1956 (art. 36 ^{bis} radio)	FF 1956 I	1545.
Message du 19 octobre 1951 (liberté de la presse)	FF 1951 III	249.

4^o Les principaux rapports du Conseil fédéral

Rapport du 12 novembre 1918 (grève générale)	FF 1918 V	65.
Rapport du 4 septembre 1936 (franc-maçonnerie)	FF 1936 II	517.
Rapport du 27 décembre 1946 sur le régime de la presse en Suisse avant et pendant la période de guerre 1939-1945	FF 1947 I	109 ss.
Rapport sur les activités antidémocratiques exercées par des Suisses et des étrangers en relation avec la période de guerre 1939-1945 (motion Bœrlin)		
I ^{er} partie du 28 décembre 1945	FF 1946 I	1.
II ^e partie du 17 mai 1946	FF 1946 II	165.
III ^e partie du 21 mai 1946	FF 1946 II	203.
Rapport complémentaire du 25 juillet 1946	FF 1946 II	1045.
Rapport sur les poursuites engagées contre des Suisses nationaux-socialistes du 30 novembre 1948	FF 1948 III	957.
Rapport sur le postulat Zimmerli (censure cinéma) du 26 mai 1925	FF 1925 II	586.
Rapport du 27 novembre 1931 (concession SSR)	FF 1931 II	690.
Rapport du 13 janvier 1953 (concession SSR)	FF 1953 I	17.

II. La jurisprudence

1^o La jurisprudence du Tribunal fédéral

A. Recours de droit public

a) Violation d'un droit constitutionnel

ATF 12, 93, Schaaf, du 20 février 1886.

ATF 34 I 254, Bär, du 25 juin 1903.

ATF 55 I 228, Parti socialiste suisse, du 11 octobre 1929

- ATF 57 I 266, Moser, du 10 juillet 1931.
 ATF 58 I 84, Humbert-Droz, du 20 mai 1931.
 ATF 58 I 219, Nationale Front, du 30 septembre 1932.
 ATF 59 I 13, L'Action pour la Paix, du 10 février 1933.
 ATF 60 I 108, Prossunion des Kämpfers, du 23 février 1934.
 ATF 61 I 32, Union syndicale et Union des chômeurs de Lausanne, du 22 mars 1935.
 ATF 61 I 103, Nationale Front, du 3 avril 1935.
 ATF 61 I 264, Graber, Humbert-Droz et Müller, du 20 septembre 1935.
 ATF 62 I 218, Gros, du 20 juin 1936.
 Arrêt Humbert-Droz, du 7 mai 1937 (non publié).
 ATF 63 I 281, Barraud, du 3 décembre 1937.
 Arrêt PC ville de Lausanne, du 22 décembre 1937, ZBI, 1938, p. 50.
 Arrêt Union nationale neuchâteloise, du 18 février 1938, ZBI, 1938, p. 172.
 Arrêt Nieole, du 12 juillet 1940, ZBI, 1942, p. 354.
 ATF 91 I 321, Rassemblement Jurassien, du 14 décembre 1965.
 ATF 92 I 24, Rassemblement Jurassien, du 2 mars 1966.

- Arrêt Burckhardt, du 14 juin 1918 (non publié).
 Arrêt Forum AG, du 21 novembre 1930 (non publié).
 Arrêt Præsens Film AG, du 30 janvier 1931 (non publié).
 Arrêt Tobis Film AG, du 6 juillet 1942, ZBI, 43, p. 398.
 ATF 78 I 298, Ciné-Spectacles SA, du 22 octobre 1952.
 Arrêt Gamma Film SA, du 3 mars 1954, ZBI, 55, p. 432.
 ATF 83 I 111, Sommer, du 13 mars 1957.
 Arrêt Kunz, du 7 décembre 1960 (non publié).
 ATF 87 I 114, Sphinx Film SA, du 3 mai 1961.
 ATF 87 I 283, Filmklub Luzern, du 12 juillet 1961.
 Arrêt Filmklub Luzern, du 19 septembre 1962, ZBI, 1963, p. 364.
 ATF 89 I 166, Kunz et Vietor Film SA, du 1^{er} mai 1963.
 Arrêt W, du 15 janvier 1937, ZBI, 1937, p. 219 ss.
 Arrêt Corswant, du 8 avril 1938, ZBI, 1938, p. 260 ss.
 ATF 65 I 236, Nationale Front, du 17 novembre 1939.
 Arrêt Vœchting-Æri, du 23 avril 1945 (non publié).
 ATF 75 II 329, Ammann, du 7 décembre 1949.

b) Conflit de compétence

- ATF 65 I 106, Confédération/Bâle-Ville, du 23 juin 1939.

B. Recours de droit administratif

- ATF 57 I 154, Schmid, du 26 mars 1931.
 ATF 92 I 143, Katholisches Jugendsekretariat, du 26 mars 1966.

C. Arrêts de la Cour pénale fédérale et de la Cour de cassation pénale

ATF 68 IV 145, Singer, du 20 novembre 1942.

ATF 69 IV 12, Hofmaier, du 1^{er} février 1943.

ATF 69 IV 30, Seiler, du 18 mars 1943.

Arrêt Nicole, du 1^{er} décembre 1951 (non publié).

ATF 69 IV 24, Arnold, du 28 avril 1953.

2° La jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)

JAAC 1951, Nos 13-17.

Série de décisions du CF (non-réélection de fonctionnaires extrémistes).

JAAC 1959-1960, N° 26.

Décision du CF du 1^{er} mai 1959 (*secret professionnel du fonctionnaire*).

JAAC 1962-1963, N° 4.

Décision du Département des transports et communications et de l'énergie du 16 juin 1962 (restriction au trafic postal).

JAAC 1962-1963, N° 16.

Décision du CF du 25 octobre 1963 (répartition des temps d'émission à la télévision entre partis politiques).

Bibliographie

(Classement par matière et par ordre chronologique)

I. Traités et ouvrages généraux

- BURCKHARDT, Walther *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 27. Mai 1874*, 3^e édition, Bern, 1931.
- GIACOMETTI, Zaccaria *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zurich, 1941.
- FLEINER-GIACOMETTI *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949.
- RUCK, Erwin *Schweizerisches Staatsrecht*, 3^e édition, Zurich, 1957.
- BRIDEL, Marcel *Précis de droit constitutionnel et public suisse*
T. I : Notions préliminaires et fondamentales, Lausanne, 1965.
T. II : Les organes de l'Etat, Lausanne, 1959.
- FAVRE, Antoine *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, 1966.
- RUCK, Erwin *Schweizerisches Verwaltungsrecht* (2 vol.), 3^e édition, Zurich, 1951-1953.
- GIACOMETTI, Zaccaria *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, vol. I, Zurich, 1960.
- IMBODEN, MAX *Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung*, 2^e édition, Bâle et Stuttgart, 1964.
- SCHWARZENBACH, H.-R. *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2^e édition, Berne, 1965.
- HAFTER, E. *Schweizerisches Strafrecht*, Berlin, 1943.
- LOGOZ, P. *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchâtel, 1956.
- SCHWANDER, Vital *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich, 1963.

En cours de parution de cette thèse est sorti le *Traité de droit constitutionnel suisse* en 2 volumes, du professeur J.-F. Aubert, de l'Université de Neuchâtel. Cet ouvrage représente la contribution la plus importante et la plus complète à l'étude du droit constitutionnel de la Confédération.

II. Le contrôle de la constitutionnalité des lois

A. Aspects historiques et politiques

- FLEINER, F. *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*, RDS, 1934, p. 1 a ss.

- RAPPAHD, William *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, RDS, 1934, p. 36a ss.
- SCHERRER, J. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitischen Bedeutung in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1937.
- GROSSMANN, R.-H. *Die staats-und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1948.
- PANCHAUD, André *Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral*, RDS, 1950, p. 1a ss.
- NEF, HANS *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde*, RDS, 1950, p. 133a ss.
- SCHINDLER, Dietrich *Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille*, RDS, 1955, p. 289 ss.
- BRAND, ERNST *Eidgenössische Gerichtsbarkeit*, 3 vol., Berne, 1952-1956-1962.
- EICHENBERGER, K. *Bichterstaat und schweizerische Demokratie*, RDS, 1963, p. 1 ss.
- ZELLWEGER, Ed. *Le Tribunal fédéral suisse en tant que tribunal constitutionnel*, dans: *Revue de la commission internationale des juristes*, t. VII, été 1966.

B. Le recours de droit public

- GIACOMETTI, Zaccaria *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich, 1933.
- EGGENSCHWILER, ERNST *Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses*, thèse, Berne, 1936.
- DREYER, G. *Le recours de droit public*, Lausanne, 1940.
- BIRCHMEIER, W. *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16 Dezember 1943*, Zurich, 1950.
- VOGT, H. *Die Überprüfungsbezugnis des Bundesgerichtes bei der Auslegung des kantonalen Verfassungsrechts*, thèse, Zurich, 1954.
- GURNY, Liselotte *Der Begriff der Verletzung verfassungsmässiger Rechte*, thèse, Zurich, 1959.
- MARTI, HANS *Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde*, RDS, 1962, p. 1 ss.
- BONNARD, Claude *Problèmes relatifs au recours de droit public*, RDS, 1962, p. 381 ss.

C. Le contrôle des ordonnances du Conseil fédéral

- BRUNNER, H. *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit*, thèse, Berne, 1953.

- GRISEL, André *Le contrôle des ordonnances fédérales en Suisse, Etudes et documents, Conseil d'Etat, année 1962, p. 187 ss.*

III. Les garanties constitutionnelles de la liberté d'opinion

A. Problèmes généraux

- HUBER, HANS *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, RDS, 1936, p. 1a ss.*
- FAVRE, ANTOINE *L'évolution des droits individuels de la Constitution, RDS, 1936, p. 291 ss.*
- KORNER, H. *Das Recht der freien Meinungsäußerung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, thèse, Fribourg, 1937.*
- BRÜHWILER, H. *Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassung in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, thèse, Berne, 1948.*
- BRIDEL, MARCEL *Sur les limites des libertés individuelles dans : « Freiheit des Bürgers, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung », p. 95.*
- KAPPELER, R. *Der Begriff der Staatsgefährlichkeit, thèse, Zurich, 1952.*
- HUBER, HANS *Grundrechte und Polizeigewalt. ZBl, 1952, p. 233 ss.*
- GIACOMETTI, ZACCARIA *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, Jahresbericht der Universität, Zurich, 1953/1954.*
- BÄUMLIN, R. *Die rechtsstaatliche Demokratie, thèse, Berne, 1954.*
- BUMBACHER, J.-A. *Die öffentliche Ordnung eine Schranke der Freiheitsrechte, thèse, Zurich, 1956.*
- HUBER, HANS *Die Grundrechte in der Schweiz, dans Bettermann, Neumann, Nipperdey, Bd. I-1 1966.*

B. La liberté de conscience et de croyance

- STUDER, BERNHARD *Der konfessionelle Friede, thèse, Fribourg, 1924.*
- CLERC, FRANÇOIS *Les principes de la liberté religieuse, thèse, Genève, 1937.*
- SCHWANDER, V. *Von den Religionsdelikten, Fribourg, 1955.*

C. La liberté de la presse

- SCHERRER, R. *Die Beschränkung der Pressfreiheit durch das Strafrecht. Dargestellt auf Grund der staatsrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, thèse, Zurich, 1929.*
- TOGGENBURGER, P. *Pressfreiheit und demokratische Willensbildung, thèse, Zurich, 1945.*
- FELDMANN, M. *Zur Reform des schweizerischen Pressrechts, RDS, 1948, p. 1a ss.*

- JACOTTET, G. *La réforme du droit de la presse en Suisse*, RDS, 1948, p. 123a ss.
- BOURQUIN, J. *La liberté de la presse*, thèse, Lausanne, 1950.
- KELLIKER, J. *Liberté et statut de la presse moderne. Proposition pour une législation nouvelle*, thèse, Lausanne, 1955.
- LUDWIG, Karl *Schweizerisches Presserecht*, Bâle, 1960.

D. La liberté d'association et de réunion

- BONHÔTE, Serge *La liberté d'association en droit public fédéral suisse*, thèse, Neuchâtel, 1920.
- ARDELHALDEN, ERNST *Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht*, thèse, Berne, 1938.
- HÄRNI, KONRAD *Das Versammlungsrecht in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1938.
- LACHENAL, FRANÇOIS *Le parti politique*, dans : « Basler Studien zur Rechtswissenschaft », fascicule 17, 1944.
- BRUNNER, EDWIN *Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungsstaaten*, thèse, Zurich, 1965.

E. Cinéma et radiodiffusion

- GUEX, R. *Le cinématographe et la liberté d'industrie*, RDS, 35, p. 489 ss.
- HENGGELE, E. *Kinematograph und Gewerbefreiheit*, RDS, 35, p. 523 ss.
- NEIDHART, B. *Die Praxis der Filmzensur im Kanton Zurich*, ZBl, 1946, p. 217 ss.
- ÆPPLI, HEINZ *Die Filmzensur in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1949.
- VON TSCHARNER, R.-M. *Filmgewerbe und Gewerbefreiheit*, thèse, Zurich, 1952.
- BAUMANN, ANDRÉ *Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundspruch und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Radiofreiheit*, thèse, Zurich, 1956.

IV. La réglementation pénale de la liberté d'opinion

A. Historique

a) Thèses

- SCHÜRCH, G. *Der strafrechtliche Schutz der öffentlichen Ordnung*, thèse, Berne, 1936.
- COMTESSE, F.-A. *Der strafrechtliche Staatsschutz gegen hochverräterische Umtriebe im schweizerischen Bundesrecht*, thèse, Zurich, 1942.

KAUER, H. *Der strafrechtliche Staatsschutz der schweizerischen Eidgenossenschaft*, thèse, Berne, 1948.

b) *Articles de revues*

- ROTT, E. *Der Neuenburger Anarchistenprozess* RPS, 1890, p. 51.
 ZÜRCHER, Emil *Das Anarchistengesetz*, RPS, 1894, p. 118.
 KRONAUER, Otto *Das Bundesgesetz vom 12. April 1894*, RPS, 1908, p. 22.
 GAUTIER, Alfred *Le procès Lucheni*, RPS, 1898, p. 333.
 STÄMPFLI, FRANZ *Die Novelle zum Bundesstrafrecht*, RPS, 1922, p. 97 ss.
Das revidierte Sprengstoffgesetz, RPS, 1925, p. 51.
Das Unabhängigkeitgesetz, RPS, 1937, p. 15 ss.
Fragen des strafrechtlichen Staatsschutzes, RPS, 1943, p. 417 ss.
Ausserordentlicher Staatsschutz, RPS, 1946, p. 145 ss.
 PFENNINGER, H.-F. *Zur Teilrevision des Strafgesetzbuches*, SJZ, 1950, p. 49 ss.
 RÉAL, W. *Staatsschutzrevision*, RPS, 1950, p. 61 ss.
 LÜTHI, W. *Der verstärkte Staatsschutz*, ZBJV, 1951, p. 137 ss.
 ZELLWEGER, Edouard *Staatsschutz und Freiheitsrechte*, Recueil de travaux suisses, V^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1958, p. 145 ss.

B. *Les délits d'opinion du Code pénal suisse*

- LÜTHI, W. *Zur neueren Rechtsprechung über die Delikten gegen den Staat*, RPS, 1954, p. 298 ss.
 WENGER, J.-C. *Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Art. 275-275ter StGB*, thèse, Zurich, 1955.
 HÖSSLY, Manfred *Die Delikte gegen die Ehre fremder Staate*, thèse, Berne, 1918.
 HEUBERGER, Hans *Die Belcidigung eines fremden Staates*, thèse, Berne, 1943.
 ZELLWEGER, Edouard *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis*, Zurich, 1949.
 PERRENOUD, G. *De la revision des articles 296, 297, 302 CPS*, RPS, 1950, p. 40 ss.
 LOHNER, ERNST *Die Aufforderungsdelikte*, thèse, Berne, 1937.
 BÜRNER, DORA *Der strafrechtliche Schutz der Glaubens und Kulturfreiheit*, thèse, Berne, 1943.
 SCHWANDER, Vital *Von den Religionsdelikten*, Fribourg, 1955.

V. **La réglementation administrative de la liberté d'opinion**

A. *Problèmes généraux*

- MÜLLER, H. *Über Präventivpolizei*, thèse, Zurich, 1937.
 VOIGT, H. *Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der Bundesgerichtlichkeit* Judikatur, thèse, Zurich, 1945.

- ROTH, J. *Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen*, thèse, Zurich, 1947.
- ORERLE, M. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs*, thèse, Zurich, 1952.

B. *Durant les pleins pouvoirs du Conseil fédéral (1938-1945)*

- SCHINDLER, D. *Presserecht in der Kriegzeit*, SJZ, 1943, p. 477 ss.
- AMMAN, K. *Pressefreiheit und Pressenotrecht*, ZBl, 1944, p. 173 ss.
- POINTET, J. *La neutralité de la Suisse et la liberté de la presse*, thèse, Neuchâtel, 1945.
- WEBER, K. *Die Schweiz im Nervenkrieg Aufgabe und Haftung der schweizerischen Presse in der Krisen und Kriegzeit 1933-1945*, Berne, 1948.

C. *La législation sur le cinéma*

- ÆPPLI, Heinz *Die Filmzensur in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1949.
- BIRCHMEIER, W. *Kommentar zum Filmgesetze*, Zurich, 1964.

D. *La gestion des services publics*

- IMBODEN, MAX *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, « Basler Studien zur Rechtswissenschaft », fascicule 38, p. 41 ss.
- KÖHL, Guido *Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht*, thèse, Zurich, 1955.
- BAUMANN, André *Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundspruch und Fernschwesen*, thèse, Zurich, 1956.
- TUASON, V. *Le droit de l'entreprise des PTT*, Berne, 1960.
- GRISEL, André *L'Administration et la loi*, dans « Regards sur le droit suisse ». Aujourd'hui et demain, Lausanne, 1964.

E. *Le statut des fonctionnaires*

- GRISEL, André *La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse*, thèse, Neuchâtel, 1937.
- RICHNER, E. *Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1954.

F. *Le statut des étrangers*

- SCHINDLER, W. *Die Fremdenausweisung aus politischen Gründen nach schweizerischem Bundesstaatsrecht*, thèse, Zurich, 1930.
- KAMMERMANN, Walter *Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz*, thèse, Berne, 1948.

- FEHRLIN, W. *Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz*, thèse, Berne, 1952.
- SCHINDLER, D. *Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts*, Zurich, 1957.
- TRAUTVETTER, P. *Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht*, thèse, Zurich, 1957.
- AUBERT, J.-F. *Le statut des étrangers*, RDS, 1958, p. 215 ss.
- HAUSER, Mathilde *Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte*, thèse, Zurich, 1961.

Table des matières

Introduction	9
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LE TRIBUNAL FÉDÉRAL ET LA LIBERTÉ D'OPINION

Remarques préliminaires sur le contrôle de la constitutionnalité des lois	15
---	----

LES RÈGLES JURISPRUDENTIELLES APPLIQUÉES A LA LIBERTÉ D'OPINION

CHAPITRE PREMIER

La règle du danger sérieux, direct et imminent ou les limites de la liberté d'opinion	20
1 ^o La règle en droit positif	21
A. Première hypothèse : l'activité verbale incite à des actes illicites Arrêts Bär, Humbert-Droz I, Action pour la paix, Graber, Gros, Nationale Front I	21
B. Deuxième hypothèse : l'activité verbale est dangereuse en raison des circonstances	24
Arrêts Schaaf, Parti socialiste suisse, Moser, Kämpfer, Union syndicale et Union des chômeurs de Lausanne, Nationale Front II	24
2 ^o L'abandon temporaire de la règle	28
Arrêts Humbert-Droz II, Barraud, PC ville de Lausanne, Nicole, Union nationale neuchâteloise	29
3 ^o Le retour à la jurisprudence classique	32
Arrêts Rassemblement jurassien I, Rassemblement jurassien II	33

CHAPITRE II

Les règles limitant les interventions de police	34
1° Le principe d'égalité	34
A. Dans la législation	34
Arrêt Barraud	34
B. Dans l'application du droit	35
Arrêts Kunz, Gamma Film S. A., Kunz et Victor Film S. A.	35
2° Le principe de ne viser que les véritables perturbateurs	36
Arrêts Schaaf, Nationale Front II, Rassemblement jurassien II	36
3° Le principe de proportionnalité	37
Arrêts Forum AG, Barraud, Rassemblement jurassien II	38

CHAPITRE III

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	39
--	-----------

CHAPITRE IV

Un cas particulier : le cinéma	42
1° Le problème de la garantie constitutionnelle	42
Arrêts Burckhardt, Præsens Film AG, Tobis AG, Sphinx Film SA, Filmklub Luzern I, Filmklub Luzern II.	43
2° La censure cinématographique	45
A. L'arrêt Burckhardt	45
B. L'examen des décisions de censure	46
Arrêts Sphinx Film S. A., Kunz et Victor Film S. A., Filmklub Luzern II	46

SECONDE PARTIE

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'OPINION
DANS LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Titre premier

LA RÉGLEMENTATION PÉNALE DE LA LIBERTÉ D'OPINION

Sous-titre premier

Les tentatives de compléter le Code pénal fédéral

CHAPITRE PREMIER

La propagande révolutionnaire	53
1 ^o L'anarchisme	53
A. L'incitation aux crimes anarchistes (loi du 12 avril 1894)	53
B. La répression de l'apologie du crime anarchiste (loi du 31 mars 1906)	55
2 ^o Le marxisme	56
A. La première loi Hæberlin	56
B. La seconde loi Hæberlin	60
C. Le projet de loi sur la protection de l'ordre public et de la sûreté publique (7 décembre 1936)	62

CHAPITRE II

La propagande antimilitariste	65
--	----

Sous-titre II

La législation d'exception du Conseil fédéral 1938-1950

CHAPITRE PREMIER

Les mesures visant la propagande nationale-socialiste	70
--	----

CHAPITRE II

L'interdiction de la propagande communiste	72
---	----

Sous-titre III

Les délits d'opinion du Code pénal suisse

CHAPITRE PREMIER

Les expressions d'opinions portant atteinte à la sûreté de l'Etat	77
1 ^o Opinions subversives et trahison (art. 266 CPS)	77
2 ^o Les informations inexactes ou tendancieuses qui portent atteinte à la sécurité extérieure (art. 266 bis)	79

3° La propagande étrangère révolutionnaire (art. 275 bis)	80
4° La participation à un groupement illicite (art. 275 ter)	82
5° La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276 CPS)	83

CHAPITRE II

L'expression d'opinions portant atteinte aux relations extérieures (art. 296-297 CPS)	85
---	----

CHAPITRE III

L'expression d'opinions portant atteinte à la paix publique	86
1° La provocation publique au crime (art. 259)	86
2° Les atteintes à la liberté de croyance et des cultes (art. 261 CPS)	86

Titre II

**LA RÉGLEMENTATION ADMINISTRATIVE
DE LA LIBERTÉ D'OPINION**

Sous-titre premier

Les mesures de police

Remarques préliminaires sur le pouvoir de police de la Confédération	91
--	----

CHAPITRE PREMIER

Les mesures de police visant la liberté d'opinion (1934-1938)	95
1° La presse et les relations internationales (ACF du 26 mars 1934)	95
2° La propagande subversive	97
A. De provenance étrangère	97
B. De provenance suisse	98
3° Le statut des associations politiques	98
A. Les partis extrémistes	98
B. Un cas spécial : la franc-maçonnerie	100
4° Le régime des assemblées politiques	102

CHAPITRE II

L'extension des pouvoirs de police du Conseil fédéral 1938-1945 . . .	103
1° Le contrôle général de l'information	103
A. Les buts	104
a) Filtrer la propagande étrangère	104
b) Imposer aux moyens d'expression une attitude neutre	105
B. L'organisation	106
C. L'exercice	107
2° Les interdictions de partis politiques	110
A. Les mouvements d'inspiration nationale-socialiste	110
B. Les mouvements communistes	112
C. Les conséquences juridiques des interdictions de partis	113
a) Sur l'organisation du parti	113
b) Sur les membres	114
D. La levée des interdictions	117

CHAPITRE III

Les survivances du droit d'exception	118
---	------------

CHAPITRE IV

Le contrôle cinématographique	121
1° Les raisons de la censure cinématographique	122
A. Les raisons historiques	122
B. Les raisons actuelles	125
a) Les raisons psychologiques	125
b) Les raisons politiques	126
c) Les raisons économiques	126
2° La censure fédérale	126
A. Les sources	126
B. Le régime actuel	127
a) L'autorité de censure	127

b) Procédure et conditions d'octroi du permis	128
c) Les effets du permis	129
d) Sanctions pénales	129
3° Les autres mesures administratives fédérales en matière cinématographique	129
4° La censure cantonale	131
A. La centralisation	131
B. Les organes de censure	132
C. La procédure de censure	133
D. Quelques décisions de censure	134

Sous-titre II

La gestion des services publics. Les fonctionnaires

CHAPITRE PREMIER

La gestion des services publics	137
1° Le service postal	137
2° La radiodiffusion	138
A. Le statut juridique de la radiodiffusion	140
B. L'influence de l'Etat sur la radiodiffusion	141
a) L'influence étatique sur la SSR	141
b) L'influence étatique sur les programmes	143
C. L'autonomie de la radiodiffusion à l'égard des tiers.	146

CHAPITRE II

Le statut des fonctionnaires	147
1° La liberté d'expression dans le service	148
2° La liberté d'expression en dehors du service	149
3° Sanctions et voies de recours	153

Sous-titre III

Le statut des étrangers

CHAPITRE PREMIER

La jurisprudence du Tribunal fédéral	156
---	-----

CHAPITRE II

La législation fédérale	158
1 ^o Les restrictions à l'activité politique	158
2 ^o Les conditions de résidence	160
3 ^o Conclusions	162

Annexe

Le Tribunal constitutionnel et les doctrines extrémistes en Allemagne	
fédérale	165
Notes	177
Notes de l'annexe	211
Répertoire des sources officielles	215
Bibliographie	221