

**RAPPORT POUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE
ITALIENNE
DU PROF. ANTONIO BALDASSARRE
Président Emérite de la Cour constitutionnelle.**

“La liberté d’expression eu égard aux médias”.

Introduction: la Constitution écrite

La Constitution italienne tout comme la majeure partie des constitutions occidentales adoptées immédiatement au lendemain de la seconde guerre mondiale, prévoit un régime juridique de la liberté d’expression qui concerne uniquement l’aspect général de la libre manifestation de la propre pensée, sans prédisposer de régimes différenciés ou plus spécifiques en relation aux différents moyens de communication de masse, à l’exception de celle concernant la presse.

Plus précisément, l’art. 21 de la Constitution¹, après avoir affirmé que: “Tous ont le droit de manifester librement leur pensée par la parole, l’écrit et tout autre moyen de diffusion”, pose expressément et de façon tout à fait radicale l’interdiction d’une toute forme de censure et d’autorisation (c’est-à-dire de restriction préalable) en matière de presse. Tant le principe de liberté, que l’interdiction d’une quelconque restriction préalable - étant ces derniers l’immédiate manifestation de la valeur démocratique - possèdent une grande force d’expansion qui porte à en étendre l’application tant aux formes d’expression de la pensée des individus, qu’aux formes organisées de celle-ci, propres des modernes mass médias.

Ce même art. 21 prévoit, ensuite, deux garanties fondamentales pour la protection de la liberté d’expression: le principe de la “réserve de la loi” et le principe de la “réserve de juridiction”.

La “réserve de la loi” prévue en matière de manifestation de la pensée est une réserve absolue et renforcée. Par la première qualification on entend dire que la liberté d’expression peut être limitée uniquement dans les cas et selon les modalités prévues par la loi (ordinaire), laquelle doit discipliner la matière de façon à exclure que l’administration publique puisse jouir, au moment de l’application, d’une marge de pouvoir discrétionnaire.

Par réserve de la loi “renforcée” on entend dire que le législateur peut limiter la liberté de manifestation de la pensée uniquement sur la base des valeurs, des principes ou des intérêts protégés dans d’autres normes de rang constitutionnel.

Comme tous les autres droits fondamentaux, celui prévu par l’art. 21 est soumis de façon particulièrement rigoureuse à ce qu’on appelle la “réserve de

¹ Le texte intégral de l’art 21 est le suivant:

“Tous ont le droit de manifester librement leur pensée par la parole, l’écrit et tout autre moyen de diffusion.

La presse ne peut être sujette à autorisation ou à censure.

Il ne peut être procédé à une saisie que par un acte motivé de l’autorité judiciaire dans les cas de délits pour lesquels la loi sur la presse l’autorise expressément, ou en cas de violation des normes établies par cette même loi sur l’indication des responsables.

Dans ces cas, lorsque l’urgence est absolue et lorsque l’intervention de l’autorité judiciaire ne peut s’effectuer en temps utile, la saisie de la presse périodique peut être exécutée par des officiers de police judiciaire, qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, en avvertir l’autorité judiciaire. Si celle-ci ne valide pas dans les vingt-quatre heures suivantes, la saisie est considérée comme révoquée et dénuée de tout effet.

La loi peut établir, par des normes de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique soient rendus publics.

Les publications imprimées, les spectacles et toute autre manifestation contraires aux bonnes moeurs sont interdits. La loi établit les mesures aptes à prévenir et à réprimer les violations”.

juridiction" comme il a déjà été mentionné. Ceci signifie que les limites à la liberté d'expression prévues par la loi, ne peuvent être appliquées que par l'autorité judiciaire, seule autorité publique pouvant les faire valoir *in concreto* par un acte motivé, c'est-à-dire un acte dans lequel sont allégués les motifs à la base de la mesure répressive adoptée, de façon à permettre l'évaluation de la légitimité.

Ce dernier principe est directement exprimé par l'art. 21 de la Constitution en relation au cas spécifique de la presse, laquelle peut être mise sous saisie uniquement par acte motivé du juge dans le cas de délits ou de violations des normes sur l'indication des responsables des publications, qui l'autorisent expressément.

Cependant, lorsqu'il y a urgence absolue, et que l'intervention immédiate de l'autorité judiciaire n'est pas possible, la saisie de la presse périodique - et uniquement celle-ci - peut être provisoirement disposée par la police, qui immédiatement et non au-delà de vingt-quatre heures, doit en donner communication au juge pour la validation. Si cette dernière ne devait intervenir dans les termes de vingt-quatre heures, successives à la déclaration de la police, la saisie perd toute efficacité depuis le début.

Bien que la Constitution italienne fasse référence, dans l'art. 21, à une seule limite substantielle, celle des bonnes moeurs, tant la doctrine que la jurisprudence, y compris celle constitutionnelle, retiennent toutefois que d'ultérieures limites peuvent être déduites des valeurs protégées dans d'autres normes de rang constitutionnel. On retient, en effet, que les expressions "aptes à perturber l'ordre public (matériel)", celles qui interfèrent avec la "vie privée", ou relatives à une sphère de caractère confidentiel, celles qui portent atteinte à l'honneur et aux devoirs de réserve et du secret, sont interdites.

Les principes affirmés par la Cour Constitutionnelle.

Bien que la Constitution italienne reconnaisse et garantisse la liberté d'expression de la pensée selon la classique formulation des constitutions libérales, c'est-à-dire en tant que droit de l'individu, l'interprétation que la Cour Constitutionnelle donne de l'art. 21 a enrichi cette liberté d'une dimension "institutionnelle" qui concerne non seulement, cela est évident, la presse et la radiotélévision, mais aussi la liberté d'opinion et d'information considérée en soi.

Ce double aspect résulte évident surtout dans l'arrêt, n° 105/1972, rédigé par un Maître du droit constitutionnel italien, Vezio Crisafulli.

A travers cette décision, on peut lire que l'art. 21 garantit d'un point de vue actif, la "liberté de donner et de divulguer des informations, opinions et commentaires" et, garanti du point de vue des destinataires, "l'intérêt général" à l'information, comme l'appelait alors la Cour, (cf. aussi arrêts n° 225/1974; 94/1977), "lequel, dans un régime de libre démocratie, implique la pluralité des sources d'informations, le libre accès à ces dernières, l'absence d'obstacles juridiques injustifiés, même temporaires à la circulation des informations et des idées". L'arrêt précise encore que, dans tous ses aspects, la liberté d'expression constitue un des "principes caractérisant le système démocratique en vigueur", c'est-à-dire un des principes suprêmes que la Cour constitutionnelle, en une autre occasion (arrêt n° 1146/1988), a reconnu être une limite infranchissable même face au pouvoir de révision constitutionnelle.

L'aspect individualiste et l'aspect institutionnel sont les deux volets de la valeur constitutionnelle de la "liberté d'expression". Ces deux aspects ne se contredisent pas puisque, "institutionnel" ne signifie pas nécessairement - et en l'espèce cela ne signifie point du tout - "fonctionnel". L'idée opposée, manifestée déjà dans les années 30 par Carl Schmitt (Freiheitsrechte, 167) et reprise par de nombreux auteurs contemporains en Italie, est fondée sur une schématisation de la réalité juridique, basée sur l'opposition entre liberté (individuelle) et institution (collectif/public), qui peut-être correspondait à une vérité lorsqu'elle fut originairement prononcée, mais qui est certainement erronée et mystifiée dans un système de démocratie pluraliste, tel que celui actuel, où les libertés constitutionnelles non seulement représentent le "statut de la personne humaine", c'est-à-dire la valeur en soi de l'individu ("liberté négative"), mais délimitent également la "structure normative de la société civile", c'est-à-dire la "liberté positive", reconnaissable concrètement dans les relations sociales inspirées aux valeurs de liberté et, donc, opposées à la poursuite de l'intérêt général personnifié en l'Etat et, dans tous les cas, au développement du pouvoir public.

La primauté de la valeur constitutionnelle "liberté d'expression" dans un ordre juridique comme celui italien, qui s'inspire aux principes de la démocratie pluraliste, ressort aussi bien de la nature des limites "substantielles" identifiées par la Cour constitutionnelle, que du rapport modal, pour ainsi dire, de ces limites avec la liberté de manifestation de la pensée.

Dans l'arrêt n° 199 de 1972, en déclarant inconstitutionnelles les normes qui interdisaient la circulation des opinions ou des idées contraire "aux institutions constituées de l'Etat" ou bien "qui portent atteinte au prestige de l'Etat ou de l'autorité" ou encore "offensifs pour le sentiment national" la Cour rattache la prééminence absolue de la liberté d'expression au principe premier de la Constitution, c'est-à-dire celui démocratique (art. 1).

Un Etat démocratique, dit-elle, "non seulement consent la critique des institutions en vigueur, mais de plus il s'alimente de celle-ci pour assurer, à travers la libre dialectique des idées, l'adaptation de ces dernières aux changements intervenus dans la conscience sociale".

La Cour constitutionnelle, en d'autres termes, épouse l'idée que la "liberté de discussion entre les citoyens" est l'essence même de la démocratie et, pour autant, est la base de l'Etat (démocratique), Etat qui justement pour cela, ne peut être opposé comme entité "supérieure" à la liberté de discussion des citoyens.

Pour la Cour constitutionnelle italienne, donc, le droit de libre manifestation de la pensée, comme tout autre droit fondamental, rencontre ses propres limites uniquement dans les valeurs de rang constitutionnel, surtout face aux autres droits reconnus par la Constitution et, de façon générale, face aux intérêts que la Cour constitutionnelle elle-même considère comme méritant une protection (cf. spéc. arrêt. n° 133 de 1973). De telle sorte, dans la jurisprudence constitutionnelle on retrouve une position fondamentale soutenue par la Cour de façon explicite en relation à la liberté d'expression, selon laquelle la démocratie pluraliste comporte l'existence d'un ordre des valeurs constitutionnelles en tant qu'ordre supérieur en soi complet, conformément à la nature de cette démocratie comme "Etat de droit constitutionnel".

Sur cette base, les limites de la liberté de manifestation de la pensée ont été déduites par la Cour constitutionnelle aussi bien des valeurs liées à d'autres droits

inviolables - comme le droit à la privacy reconnu implicitement par les articles 2,13,14,et 15 de la Constitution (cf. par exemple arrêt n° 63/1994), le droit à l'honneur reconnu par les articles 2 et 13 (cf. arrêts n° 175/1971; 188/1971; 103/1973), la liberté de circulation (arrêt n°133/1973), la liberté d'instituer et de gérer les écoles privées qui poursuivent des finalités idéologiques déterminées (art 33; cf. arrêt n°195/1972, auquel doit être joint l'arrêt n° 203/1989 sur le devoir d'impartialité dans l'enseignement en école publique) -, que des valeurs communautaires se rapportant aux intérêts collectifs ou publics, comme les bonnes moeurs (cf. arrêts n° 9/1965;191/1970; 369/1992), la paix publique et la tranquillité (cf. par exemple arrêts n° 199/1972; 15/1973; 20/1974), le devoir de garder le secret pour des raisons publiques (judiciaires, militaires etc.: voir par exemple arrêt n° 68/1977.).

Toutefois, en rapport avec ces dernières limites (valeurs communautaires), la Cour a précisé qu'étant considéré le contenu potentiellement indéterminé des concepts tels que bonnes moeurs ou paix publique, le législateur doit respecter la règle fondamentale selon laquelle la liberté ne peut être restreinte que dans la mesure où cela est, strictement nécessaire, afin de protéger les valeurs susindiquées sur le présupposé du principe en vertu duquel ce " plus de liberté supprimée constitue un abus" (cf. arrêts n° 487/1989; 368/1992 : par lesquels on été considérés non répréhensibles les actes obscènes librement accomplis entre adultes dans leurs relations privées).

Le caractère privilégié de la liberté de manifestation de la pensée résulte évident dans le rapport avec ses propres limites. La règle selon laquelle la liberté est le principe et les limites constituent l'exception, a en effet une incidence directe tant sur le plan interprétatif, que sur celui du rapport "modal" de ces mêmes limites avec la liberté.

Sur le plan interprétatif, à travers l'examen de la législation portant des limites, la Cour constitutionnelle est toujours partie du principe de la force d'expansion de la liberté et du caractère "suspect" de la limitation, de façon telle que la légitimité de cette dernière ne se justifie que si elle est dictée par des exigences constitutionnelles démontrables de protection des valeurs prééminentes et dans la mesure où cette limitation est nécessaire par rapport à la protection effective de ces valeurs (cf. par exemple arrêts n° 10 et 81 de 1993). C'est en cette règle que consiste le principe du scrutin étroit, tel que définit par la jurisprudence italienne (cf. par exemple arrêt n° 63/1994) d'après l'analogie propre à la jurisprudence de la Cour Suprême Américaine .

Sur le plan du rapport "modal" des limites à la liberté de manifestation de la pensée, la Cour constitutionnelle a déclaré les lois portant des limitations indéterminées du point de vue de leur contenu illégitimes, en identifiant dans l'imprécision de la limite, un danger pour la protection de la valeur de liberté, conséquente au fait de laisser la ligne de frontière indéterminée entre le licite et l'illicite et de ne point prévenir de façon adéquate les éventuels abus de l'autorité appelée à appliquer la législation limitative (cf. arrêts n° 108/1974; 344/1993). Sur cette même ligne, la Cour a déclaré des lois limitant la liberté de manifestation de la pensée inconstitutionnelles lorsqu'elles rendaient plus difficile - et dans certains cas impossible - l'expression de la pensée (cf. arrêt n°131/1973): comme pour d'autres droits inviolables (par exemple le droit de défense) le caractère privilégié de la liberté comporte l'inconstitutionnalité de la limite dans tous les cas où il subsiste

une possibilité que ce dernier produise un effet "gélifiant", si ce n'est paralysant, pour l'exercice de cette même liberté.

En dernier lieu, il est nécessaire de rappeler une particularité de la jurisprudence constitutionnelle italienne. Selon celle-ci lorsque la manifestation de la pensée est exercée dans le domaine économique, comme par exemple dans le cas de la publicité commerciale et du délit d'agiotage, elle ne bénéficie pas seulement de la protection apprêtée par la Constitution à la liberté d'expression (art.21) mais doit être aussi tempérée par les diverses valeurs connexes à la protection de la liberté d'initiative privée économique (art.41) ou à la direction publique de l'économie à buts sociaux (art.41-47) en considération du caractère instrumental de ces manifestations de la pensée pour l'activité économique (cf. arrêts n° 68/1968; 123/1976; 73/1993 231/1985; 1/1995).

Le discours est analogue en ce qui concerne le boycottage en rapport à la liberté syndicale (cf. arrêt n° 84/1969). Au contraire, quand la liberté d'expression se déroule dans le cadre de la recherche scientifique et de la conséquente divulgation de la pensée, la manifestation de la pensée jouit d'une protection accrue, au point de ne pas être soumise aux limites (par exemple les bonnes moeurs) applicables aux ordinaires manifestations de la pensée.

Liberté de manifestation de la pensée et opinion publique.

a) L'institution "presse libre".

L'aspect "institutionnel" de la liberté de manifestation de la pensée naît de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du caractère relationnel du droit d'information et à l'information, en ce sens que le droit de chacun à élaborer et divulguer des opinions, des nouvelles, ou des idées, correspond au droit (ledit droit d'information), également de tous, à recevoir une information libre, correcte et responsable (ledit droit à l'information). Comme il a déjà été rappelé, cette perception a clairement émergé de la jurisprudence constitutionnelle italienne dès l'arrêt n° 105/1972, mais les bases "philosophiques" de celle-ci ont été petit à petit développées par les décisions antérieures et successives.

Dans de nombreuses décisions dirigées à circonscrire le concept d'"instigation" à commettre des actes délictueux, et adoptées pour la plupart au cours des années 60, la Cour a constamment admis que la finalité de la persuasion, de la stimulation à agir et à revoir les propres convictions et celles d'autrui constitue la composante essentielle de la manifestation de la pensée.

"Every idea is incitement" écrivait dans une notoire opinion le fameux juge américain Oliver Wendell Holmes; toute idée a une intime force de suggestion, inévitablement liée à son inhérence à un rapport de communication privée ou publique, a répété la Cour constitutionnelle italienne (arrêt n° 96/1981). Cette conception de la manifestation de la pensée comme "liberté positive" provient de l'étroite interrelation reconnue à telle liberté avec le principe démocratique, et donc, avec le principe de la libre discussion "publique". Si cette liberté doit être garantie non seulement du côté de ceux qui donnent les nouvelles ou les expriment et les divulguent, mais aussi en ce qui concerne les modalités de divulgation et d'influence et sur la formation de l'opinion publique - alors il n'y a pas d'autre voie que celle

portant à considérer les diverses formes d'interrelation de la liberté d'information avec le droit à l'information comme des "institutions".

La plus ancienne et la plus structurée de ces institutions c'est la presse ou, plus précisément, l'institution "presse libre". La Constitution de 1948 parle déjà d'elle de façon diffuse, en prévoyant, à l'art. 21, tant sa qualification comme "presse libre" - alors-qu'est posée l'interdiction absolue de censures ou de restrictions préventives, ainsi que l'interdiction, tout aussi absolue, de l'apposition des limitations concernant les contenus de la pensée - que certaines exigences tendant à structurer l'institution de façon à garantir la responsabilité de l'information (alors qu'il est fait référence aux normes sur l'indication des responsables), la diverse discipline en relation aux divers types de presses (périodiques ou non) et à la particularité du phénomène (alors que le renvoi est fait à la loi sur la presse), la transparence de la propriété et de la gestion (alors que le renvoi est fait à la loi pour la prédisposition des normes générales tendant à rendre notoires les moyens de financement de la presse périodique).

La Cour constitutionnelle est intervenue au sujet de problèmes spécifiques concernant la presse, en confirmant implicitement la nature "institutionnelle" de la garantie constitutionnelle la concernant, bien qu'en manifestant non rarement des incertitudes face à l'établissement de la juste conciliation des valeurs constitutionnelles au fur et à mesure impliquée.

Un premier aspect duquel se déduit aisément la garantie constitutionnelle de l'institution "presse libre" est donné par la "séparation" structurelle entre la titularité du droit à manifester la propre pensée par tout écrit et la garantie du droit d'accès aux moyens d'expression de la pensée : l'une reconnue à "tous" et l'autre réglementée de façon à assurer, plus simplement, le "pluralisme" des sources d'informations, ce qui équivaut à dire l'une "universelle" et l'autre "nécessairement" limitée.

Dès la décision n°105 de 1972 citée à plusieurs reprises, la Cour a en effet explicitement affirmé: " Naturellement , que "tous" aient le droit de manifester leur pensée "par tous moyens", ne peut signifier que tous doivent avoir, de fait, la disponibilité matérielle de tous les moyens possibles de diffusion, mais signifie , de façon plus réaliste, que la loi doit garantir à tous la possibilité juridique d'en user et d'y accéder, par les modalités et dans les limites rendues éventuellement nécessaires par les caractéristiques particulières de chaque moyen ou de l'exigence d'assurer l'harmonieuse coexistence de l'égal droit de chacun ou pour la protection des autres intérêts constitutionnellement appréciables".

L'acquisition relativement aisée des moyens dans le domaine de la presse, liée aussi à la variété de la presse même (journaux nationaux, locaux et urbains, journaux d'étudiants, revues spécialisées, presse murale, prospectus, etc.) ainsi qu'à la mineur "capacité intrusive" de tel moyen, par rapport à d'autres mass medias, a rendu moins dramatique, par rapport à la télévision, le problème du droit d'accès aux moyens.

Ceci ne signifie pas, cependant, que le problème n'existe pas à l'heure actuelle, même en présence de prises de positions fermes de la part de la Cour constitutionnelle, laquelle a défini "essentielle" la garantie effective du "pluralisme" de l'information et a retenu que les exigences constitutionnelles dépendantes de la liberté d'entreprise devaient tendanciellement céder face à celles

relatives à la valeur de la liberté d'information et du droit à être informé à travers la presse (cf. arrêt n°155/1990).

Un second aspect portant à interpréter la jurisprudence constitutionnelle italienne qui vise à reconnaître la "presse libre" comme institution et à privilégier tel type de garantie par rapport à celle concernant les relatifs droits individuels, réside dans la reconnaissance du caractère dominant dans le secteur d'un intérêt "objectif" et le "filtre" conséquent, pour l'accès dans le secteur de la part des sujets qui entendent y entrer comme opérateurs (non pas comme détenteurs des moyens de manifestation de la pensée).

La dominance dans la presse (nationale ou régionale) d'un intérêt "objectif", est déjà exprimée dans l'arrêt n° 94 de 1977, bien que en des termes qui aujourd'hui (m') apparaissent discutables et fourvoyants .

Par cette décision, la Cour affirme que: " on ne peut douter qu'il subsiste, et que soit implicitement protégé par l'art.21 un intérêt général de la collectivité à l'information, de sorte que les grands moyens de diffusion de la pensée (dans son acception la plus ample, comprenant les nouvelles) sont à bon droit susceptibles d'être considérés dans nôtre ordre juridique, comme en général dans les démocraties contemporaines, tels que des services objectivement publics ou de toute façon d'intérêt public". La référence finale au service public, en soi équivoque étant considérée l'extrême latitude acquise par une telle notion, dénote simplement l'exigence constitutionnelle de contrôles publics en rapport aux activités de manifestation de la pensée par le biais de la presse. Mais ce qu'il est nécessaire de souligner c'est que, contrairement à ce que semble suggérer certaines expressions dans cette décision, les susdits contrôles ne sont pas finalisés à garantir un bien public ou de la collectivité générale (par exemple, une orientation de l'opinion publique vers des valeurs de démocratie ou de liberté), mais tendent, comme la Cour l'a précisé successivement en rapport à la télévision, à garantir l'intérêt constitutionnel "objectif" d'une information libre, et donc véridique, responsable et transparente encore que hétérodoxe et anticonformiste.

Le caractère d'institution reconnu à la presse, sous le profil de la garantie constitutionnelle, a été ensuite confirmé par de nombreuses décisions, conséquentes à la décision n° 11/1968, lesquelles n'ont pas retenu la liberté de manifestation de la pensée en contradiction avec la prévision par la loi d'un "ordre des journalistes", auquel doivent être obligatoirement inscrits les directeurs des périodiques et ceux qui exercent professionnellement l'activité de journaliste.

L'existence d'un "ordre des journalistes" a été considérée par la Cour comme une forme de protection des journalistes face entre autre au pouvoir des éditeurs et comme une organisation ayant pour but d'assurer la professionnalité d'une activité d'énorme importance pour la vie démocratique, à condition que, a précisé la Cour, la discipline de l'ordre même ne soit pas telle qu'elle porte préjudice à la liberté du journaliste dans l'exercice du propre droit-devoir d'informer et de protéger les propres droits dans les formes ordinaires de la protection juridique.

Au caractère "institutionnel" de la presse on peut rattacher encore les responsabilités particulières encourues pour les délits commis par le biais de la presse, et imputées au directeur et au vice-directeur responsables de la presse périodique ainsi qu'à l'éditeur de celle non-périodique. Cette responsabilité, liée à un pouvoir de contrôle confié à la loi aux dits sujets afin d'interdire que des délits soient commis par le biais de la publication, a été retenue conforme à la Constitution

par la Cour constitutionnelle, laquelle l'a justifié d'un côté sur la base de l'exigence, expressément rappelée par l'art. 21 de la Constitution, d'indiquer un sujet immédiatement identifiable qui réponde devant la loi, et de l'autre côté, elle l'a limité en l'excluant "toutes les fois où le cas fortuit, la force majeure, la contrainte physique ou l'erreur inévitable interdisent d'affirmer que l'ommission ait été consciente et volontaire" (cf. arrêt n° 198/1982).

Une exception apparente à la configuration "institutionnelle" de la garantie constitutionnelle de la "presse libre" semble provenir de la décision n° 1/1981 qui a exclu la protection du "droit au secret" du journaliste sur la source d'information quand ce droit entre en conflit avec les exigences relatives aux contrôles de la justice. Pour autant que la décision ait été critiquée et soit en effet criticable, il est juste préciser qu'elle ne nie pas de façon absolue le droit du journaliste à conserver le secret sur les propres sources d'informations: celui-ci, au contraire, obtient une reconnaissance implicite, liée au caractère professionnel de l'activité de journaliste, dès que se réalise l'établissement de la juste conciliation de la valeur constitutionnelle de ce droit par opposition à "l'intérêt au bon fonctionnement de la justice". En conséquence d'une telle reconnaissance, la conception institutionnelle de la "presse libre", par référence à la jurisprudence constitutionnelle, est confirmée plutôt que démentie.

Toutefois, la Cour, ayant posé l'établissement de la juste conciliation des valeurs constitutionnelles comme si cela se produisait entre le droit (liberté) de chronique et l'exigence de l'établissement de la vérité judiciaire, elle a évidemment retenu l'intérêt au secret du journaliste (implicite pour le droit de chronique) doit céder la pas par rapport à celui du bon fonctionnement de la justice, en procédant, à mon avis, à une comparaison abstraite et "apparente" entre deux intérêts point du tout généraux et au résultat tout à fait évident. Ceci a été fait en contraste avec les positions successives de cette même Cour, d'après laquelle celle constitutionnelle ne peut être considérée une table de valeurs ordonnées selon une hiérarchie abstraite et rigide, mais présuppose des intérêts concurrents ou opposés dont le contenu doit être sauvegardé dans les limites de l'établissement de la juste conciliation des valeurs articulés dans le cadre d'un contexte normatif se référant à des cas concrets. Si dans le cas considéré elle s'était comportée de telle sorte, la Cour aurait probablement sauvé le secret professionnel du journaliste, lié à un droit constitutionnel fondamental, sans porter préjudice aux exigences également primaires, relatives au bon fonctionnement de la justice, à travers la prévision de garanties adéquates pour la protection de la véracité de l'information divulguée par le journaliste (cf. ainsi Barile P, Droits de l'homme, p.236).

b) L'institution radiotélévision

Des arguments analogues à ceux qui induisent à identifier une garantie constitutionnelle de la liberté de presse essentiellement comme "institution", valent aussi vis-à-vis de la radio et de la télévision, par rapport auxquelles les éléments déjà rappelés apparaissent encore plus évidents.

Dans ce dernier cas aussi, on a une "séparation" structurelle entre la reconnaissance ("à tous") du droit de liberté et la garantie nécessairement limitée *in*

concreto de l'accès à l'utilisation du système radiotélévisé, avec la conséquente transformation de la garantie du droit de liberté de chaque sujet en une garantie de la valeur "objective" de pluralisme, comme une fin justifiant l'institution "radiotélévision libre"; même en ce cas la radio et la télévision, bien que confiées à des personnes privées, sont organisées comme un secteur particulier, dont l'accès et dont le développement sont soumis au contrôle public; enfin, même dans l'hypothèse considérée le secteur est organisé à travers une distribution des rôles, dans le cadre desquels le développement de la liberté constitutionnelle se reflète dans une multiplicité de positions juridiques subjectives, tant actives (droits, facultés, intérêts légitimes) que passives (obligations, devoirs, sujétions).

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, comme dans la législation nationale, en matière radiotélévisée il faut distinguer trois phases différentes:

1) la première commence au début de l'expérience Républicaine jusqu'à la moitié des années 70; 2) la seconde, occupe la période entre 1975 et les débuts des années 80; 3) enfin la troisième parvient jusqu'à nos jours.

La première phase est caractérisée par un régime de monopole public sous le contrôle exclusif du Gouvernement; la seconde correspond à un régime de monopole public sous le contrôle du Parlement de la télévision par éther ou par câble national et à la libéralisation de celle locale; enfin la troisième, consiste en un régime "mixte" dans lequel le public cohabite avec le privé.

L'arrêt le plus important de la première période est celui n° 59 de 1960, rédigé par un des Maîtres du droit constitutionnel et administratif, Aldo Sandulli. D'après cet arrêt, la radiotélévision en raison de la limitation des "canaux" en ce temps là utilisables, serait devenue telle qu'une activité destinée à être à la disponibilité d'une ou de quelques personnes privées, c'est-à-dire une activité relevant de la figure de l'oligopole privé de fait dans le cas où elle eut été laissée en régime de libre initiative. Puisque, sur la base de l'art. 43 de la Constitution, "la loi peut à des fins d'utilité générale, réserver originairement à l'Etat ou aux établissements publics(...) des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées, qui se réfèrent aux services publics, essentiels ou (...) à des situations de monopoles et qui aient le caractère d'intérêt général prééminent", pour la Cour le fait que les services radiotélévisés eussent été soustraits à l'initiative privée n'était pas arbitraire, cela se justifiait justement dans le but d'éviter une des situations (monopole privé de fait) représentées par l'art.43 de la Constitution légitimant ainsi l'acquisition des entreprises par la main publique.

Du reste, ajoute la Cour, c'est uniquement dans le cas où le détenteur du monopole est l'Etat que le service radiotélévisé pourrait être rendu, comme l'exige une correcte vie démocratique, en condition d'objectivité, d'impartialité, de continuité et de façon exhaustive sur tout le territoire national: qualités qui seraient carentes dans l'hypothèse d'oligopoles privés, là où le service serait de façon prévisible orienté vers les intérêts partisans.

Alors que dans la décision à peine citée, l'argumentation entière de la Cour résulte comprimée sous l'aspect "dominicale"² de la radiotélévision, avec pour conséquence pratique l'absorption de la problématique juridique-constitutionnelle de la liberté de manifester la pensée à travers le système radiotélévisé dans celle de

² Ce dit de l'aspect de la propriété des moyens de manifestation de la pensée.

l'entreprise (art.43 de la Constitution);), la seconde phase de la jurisprudence, inaugurée par les décisions n° 225 et 226 de 1974 s'ouvre par l'entrée sur l'avant-scène en tant que co-protagoniste de l'art.21 de la Constitution jusqu'alors resté dans le fond de celle-ci. La prise en considération effective de cet article par la Cour comporte qu'à partir de ce moment là, la valeur de référence de la légitimité du régime radiotélévisé devient le pluralisme, c'est-à-dire la garantie que le régime prévu consente au maximum possible l'accès aux "informations les plus importantes" à travers lesquelles s'exprime la "pluralité des voix présentes dans notre société" (cf. arrêts n° 225/1974 et pour la période successive spéc. arrêts n° 826/1988 et 348/1990).

Plus précisément, dans les deux arrêts qui marquent le début de la deuxième phase jurisprudentielle sont maintenues toutes les justifications déjà exposées dans la précédente décision (limitation des "bandes de transmission" disponibles) qui portent à légitimer le monopole étatique pour la radiotélévision (par voie éther et par voie de câble) nationale (c'est uniquement en rapport à la télévision par câble national que s'ajoute la justification de coût élevé des installations, tel à donner lieu à la naissance de sérieux dangers de situations oligopolistiques). Mais, c'est justement l'exigence d'assurer le pluralisme qui découle de l'art.21 (restée dans l'ombre dans la première décision) qui conduit la Cour à déclarer le contrôle gouvernemental sur l'établissement gérant le service radiotélévisé national inconstitutionnel et à retenir comme légitime le monopole public uniquement à condition que: a) l'information réponde à des critères d'impartialité et reflète le pluralisme des courants de pensées présents dans la société; b) son contrôle soit confié au Parlement, institutionnellement représentatif de l'entière collectivité nationale; c) l'action des journalistes s'inspire des valeurs d'objectivité et de professionnalité; d) la publicité soit réglée de façon à garantir des ressources adéquates à la presse aussi; e) l'accès à la radiotélévision soit ouvert de façon impartiale aux groupes politiques, religieux, culturels à travers lesquels s'expriment les différentes idéologies présentes dans la société; f) le droit de rectifier soit garanti à tous, comme cela est requis par respect des droits fondamentaux de l'homme.

Le "décalogue" énoncé par la Cour a été à la base de la réforme législative réalisée l'année suivante (loi du 14 Avril 1975, n°103). En vertu de celle-ci il a été entre autre instituée une Commission parlementaire, formée de façon proportionnelle par des groupes politiques représentés au Parlement, ayant pour tâche de veiller sur l'activité radiotélévisée publique et sur sa relative gestion, ainsi que d'émaner les directives ayant pour but d'assurer les finalités requises par la Cour constitutionnelle et transfusées dans la nouvelle loi.

Le système radiotélévisé national a été ainsi profondément modifié grace aux décisions rappelées, lesquelles ont aussi produit deux "libéralisations" limitées: l'arrêt n° 225/1974 a en effet exclu que l'activité desdits répéteurs de stations radios étrangères qui n'opèrent pas sur les bandes (limitées) de transmission assignées à l'Italie puissent être objet de monopole public; l'arrêt n° 226/1974 a, en outre, libéralisé les télévisions locales par câble (dont l'installation est toujours subordonnée à autorisation), vis-à-vis desquelles il n'était pas possible de distinguer le danger d'oligopole privé en raison de la dimension locale et du coût limité des installations et de leur exercice. Cette dernière décision a anticipé de deux ans

seulement l'arrêt n° 202/1976 par lequel la Cour a libéralisé le secteur entier des transmissions radiotélévisées à l'échelle locale (tant par éther que par câble), celles-ci ne courant pas le danger de devenir un oligopole privé en raison de la limitation des "fréquences" utilisables. Enfin, par des motivations analogues, la Cour a aussi libéralisé une dizaine d'années après, la transmission des programmes destinés à la diffusion circulaire vers l'étranger, tout en conservant l'obligation de soumettre celle-ci à autorisation (arrêt n° 153/1987).

L'arrêt n°148 de 1981 représente le point de passage de la phase à peine décrite à celle du "système mixte", qui caractérise le régime juridique actuel. Cette décision, en effet, a été adoptée en présence du début d'un procès de grande transformation du secteur aussi bien sous l'aspect technologique (comportant la possibilité du dépassement de la limitation des "fréquences") que sous celui de la naissance de fait de radios et télévisions locales de plus en plus nombreuses, opérant en réciproque interconnexion, de façon à irradier en même temps leur propre signal sur d'amples extensions de territoire national. C'est en relation à ces phénomènes que doivent être appréciées les nouveautés contenues dans l'arrêt considéré.

La première importante nouveauté est due par l'importance du fait que la limitation des "fréquences" disponibles considérée comme un motif de légitimation des monopoles publics, se rapproche de la considération du caractère essentiel du service radiotélévisé national par rapport à l'intérêt prééminent, ceci en raison des devoirs fondamentaux qu'il acquitte envers le bon fonctionnement de la démocratie et, plus précisément, par rapport à la formation de l'opinion publique et du développement culturel du pays.

Partant de cette dernière considération, la Cour exclu - en l'absence d'une efficace législation antimonopolistique aussi bien au regard des émetteurs qu'au regard du recueil de la publicité - la possibilité de légitimer l'entrée des personnes privées dans le secteur, pouvant constituer, en absence de ces garanties, un danger pour le fonctionnement du système démocratique et une excessive compression du droit à la libre manifestation de la propre pensée des personnes privées de potentialités économiques et techniques nécessaires pour implanter et gérer les lignes radiotélévisées sur le plan national.

La seconde importante nouveauté de l'arrêt, consiste à observer qu'elle peut être lue à l'inverse, comme en effet elle l'a été par cette même Cour dans les arrêts successifs: en ce sens que dès l'introduction d'une efficace législation anti-trust et d'adéquats contrôles publics pour la sauvegarde des valeurs du pluralisme, de la liberté et de la démocratie, les privés auraient pu entrer dans le secteur des radiotélévisions opérant sur le plan national.

L'actuelle troisième phase de la jurisprudence constitutionnelle a pour objet un régime législatif de la radiotélévision nationale dans lequel des opérateurs publics et privés cohabitent à l'intérieur d'un système "mixte".

La première décision importante de cette phase est celle de l'arrêt n° 826/1988, intervenu après qu'un décret-loi (D.L du 4 Février 1985 n°10) ait légitimé l'existence d'émettrices nationales privées à côté de celles publiques sans toutefois introduire de contrôles publics adéquats et des normes anti-trust. Les difficultés et l'embarras de la Cour face à une réalité sociale appesantie, liée à l'existence d'un grand groupe privé employant du personnel et des moyens en nombre important, sont évidents à la lecture de la décision. Dans celle-ci, toutefois, la Cour, reprend tous les principes exprimés dans les précédentes décisions, en soulignant

particulièrement la valeur du pluralisme qui se déduit "principalement de l'art. 21, outre que de l'art. 41 de la constitution". Elle soutient péremptoirement que l'absence de normes anti-trust comportait la non observation de l'arrêt rappelé n° 148 de 1981, la situation de duo-pôles (c'est-à-dire un sujet en position dominante dans le pôle privé et un émetteur dans le secteur public), se vérifiant dans la réalité de l'époque, ne satisfaisant pas l'exigence du pluralisme des sources d'émission radiotélévisée sur le plan national. Toutefois, la Cour n'a pas procédé à une déclaration d'inconstitutionnalité, mais s'est limitée à sauver le décret-loi saisi en tant que "discipline de passage" et donc provisoire, en vue d'une réforme complète de la matière.

En effet, deux ans après, le Parlement a voté une loi de réforme, la loi du 6 Août 1990, n° 223, prévoyant des normes anti-trust et des formes de contrôles publics aussi bien sur les émetteurs nationaux privés que sur ceux publics. La loi déferée au jugement de la Cour constitutionnelle a été déclarée inconstitutionnelle par cette dernière dans l'arrêt n° 112 de 1993, qui plus que tout autre dans le passé, déplace nettement les valeurs constitutionnelles de référence sur celles de l'art. 21, plutôt que sur celles de l'art. 41 (liberté économique) et encore moins sur l'art. 43 (entreprise sujette à "réserve" publique ou collective). En conséquence, dans l'arrêt il est possible de recueillir trois importantes nouveautés dans la configuration du système radiotélévisé national.

La première, d'ordre procédural, comporte le renversement d'une précédente décision (n° 102/1990), ayant déclaré non admissible la question de constitutionnalité par défaut de juridiction du juge civil, l'intérêt légitime à l'émission de la radiotélévision, étant soumis à la juridiction du juge administratif. L'arrêt n° 112/1993, en se conformant à l'orientation de la jurisprudence constitutionnelle mise en place dans d'autres domaines, affirme que, si le juge conteste, non sans raison, que du point de vue constitutionnel l'intérêt relevé dans le cas concret puisse être qualifié d'intérêt légitime plutôt que de droit subjectif, la résolution d'un tel doute de la part de la Cour constitutionnelle serait sûrement prioritaire par rapport à la décision de la part du juge concernant la question de la juridiction.

L'arrêt est, en outre, important puisque, dans la diverse représentation de la concession pour l'émission privée par rapport à celle publique, en retenant cette dernière "constitutive" et l'autre "un instrument d'ordre par rapport à des facultés ou des devoirs relatifs à la garantie constitutionnelle de la liberté de manifestation et de la liberté d'initiative économique privée", l'arrêt a relevé dans la concession pour l'émission privée un contenu double et distinct: a) l'intérêt à l'assignation des fréquences, lorsque la loi le prévoit; b) la faculté d'utiliser librement, même dans les limites de la loi, le signal pour la radiodiffusion télévisée.

Sous ce second aspect, la Cour affirme avec force la soumission de l'exercice d'une telle faculté à la garantie de la réserve absolue de la loi, qui découle de l'art. 21 de la Constitution, en identifiant dans ces garanties, une différence importante avec d'autres formes d'anti-trust (par exemple, celles en matière de concurrence entre les entreprises commerciales, caractérisées par des pouvoirs amplement discrétionnaires). Enfin, le même arrêt affirme que l'influence de l'art. 41 de la Constitution en matière de radiotélévision se concrétise en garantissant aux entreprises d'émission privée le but lucratif, le choix des moyens de financement de

la propre entreprise parmi ceux admis par la loi et la la sécurité ainsi que la prédétermination des ressources disponibles.

Plus récemment, la Cour constitutionnelle a effectué deux interventions de grande importance politique outre que juridique. Appelée à se prononcer sur la question de savoir si la norme qui prévoit la possibilité pour une personne privée d'être titulaire de trois chaînes nationales sur neufs pouvant être concédées aux personnes privées était respectueuse du principe constitutionnel du pluralisme des sources d'émission télévisée, la Cour par l'arrêt n° 420 de 1994, a déclaré la norme inconstitutionnelle, en censurant spécialement la tendance législative, qui rend toujours plus difficile l'accès au secteur, de la part de nouveaux sujets en renvoyant ainsi au législateur, dans le terme du mois d'Août 1996, le soin de modifier le rapport consistant à attribuer un tiers des canaux à un seul sujet sur le total (neufs) des canaux pouvant être attribués (rapport qui peut être changé en élevant le nombre total des chaînes privés pouvant être concédées ou en abaissant le nombre maximum de celles qui peuvent être détenues par chaque sujet).

Enfin sur le plan de la liberté d'expression dans le domaine politique l'arrêt n° 161/1995, a été de grande importance, puisque la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité d'une norme qui interdisait la publicité télévisée au moyen de "spot" diffusés pendant les trente jours précédant les votes (la question se référait à des campagnes de référendums, mais le principe s'étendait évidemment à toute campagne électorale): de cette façon, la Cour a réaffirmé que, dans un Etat de démocratie pluraliste le principe de la libre discussion entre citoyens doit être sauvegardé au dessus de tout autre intérêt, spécialement en proximité d'un vote, en garantie de la liberté même du vote .

En conclusion, on peut dire que, dans le domaine de la radiotélévision surtout, le rôle de la Cour constitutionnelle italienne a été central, au point que les tendances importantes ont été anticipées par la jurisprudence constitutionnelle par rapport à cette même législation. C'est grâce à elle si la valeur de la liberté de manifestation de la pensée a toujours été l'étoile polaire de la démocratie italienne et a caractérisé la particulière "ouverture" de celle-ci même dans les moments historiques difficiles pour la cohabitation pacifique entre les citoyens.

Oeuvres citées:

BARILE P., Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, il Mulino, Bologna 1984;

SCHMITT C., Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsterfassung (1931), à présent dans Verfassungsrechtliche Aufsätze, Duncker n. Humblot, Berlin 1958.