

Art. 50 BB gewährleisteten Kultusfreiheit und es muß daher das sie aussprechende Urteil des Obergerichtes aufgehoben werden, ohne daß es einer Prüfung der Frage bedürfte, ob der § 1 Abs. 4 des kantonalen Medizinalgesetzes überhaupt den vorliegenden Tatbestand erfasse, also mit Recht zur Begründung der Verurteilung herangezogen worden sei. Denn wenn dies der Fall wäre, wenn ihm also tatsächlich die vom Obergerichte angenommene weite Bedeutung zukäme, so wäre er eben insoweit mit Art. 50 BB nicht vereinbar und daher bundesrechtlich ungiltig.

Zimmerhin mag bemerkt werden, daß die Anwendung der genannten Gesetzesvorschrift auch an sich, d. h. abgesehen von dem Gesichtspunkte der Kultusfreiheit, erheblichen Bedenken rufen muß. Denn einmal ist nicht zu übersehen, daß dieselbe jedenfalls ihrem Wortlaute nach nicht jede auf Heilung von Krankheiten gerichtete Tätigkeit, sondern nur die Besorgung von in einen Zweig der Heilkunde einschlagenden Verrichtungen unter Strafe stellt. Von einer solchen dürfte sich aber doch wohl nur dann sprechen lassen, wenn sich der Behandelnde der Methoden der Heilkunde d. h. der wissenschaftlichen Medizin entweder wirklich bedient oder doch wenigstens, wie die Kurpfuscher, vorgibt, dies zu tun, d. h. besondere zur Herbeiführung der Heilung geeignete persönliche Kenntnisse zu besitzen, was alles auf den Rekurrenten nach den Akten nicht zutrifft. Andererseits erscheint es jedenfalls verfehlt, das Verfahren des Rekurrenten mit den in der wissenschaftlichen Medizin verwendeten Mitteln der Suggestion und Hypnose schlechtthin auf gleiche Linie zu stellen, da das Wesen der letzteren in einer Beeinflussung des Willens des Kranken durch den Behandelnden besteht, während der Rekurrent eine solche Beeinflussung direkt nicht vornimmt, sondern diese sich, sofern sie überhaupt eintritt, nur indirekt aus den religiösen Überzeugungen der Kranken ergibt. Es könnte sich daher ernsthaft fragen, ob nicht die Subsumtion des vorliegenden Tatbestandes unter den § 1 Abs. 4 des kantonalen Medizinalgesetzes weil mit dessen Wortlaut und dem anerkannten Begriffe der Heilkunde nicht vereinbar, über die bloße Gesetzesauslegung hinausgehe und daher eine gegen Art. 4 BB verstößende unzulässige Ausdehnung des Bereiches des strafbaren Unrechtes enthalte (vergl. über die Befugnis des Bundesgerichtes, in dieser Beschränkung die

Beobachtung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ zu überwachen NS 35 I Nr. 116 auf S. 760 und die dortigen Zitate; ferner Burchardt, a. a. O. S. 92). Nachdem das angefochtene Urteil schon wegen Verletzung des Art. 50 BB aufgehoben werden muß, rechtfertigt es sich indessen, diese Frage offen zu lassen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und das damit angefochtene Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern vom 27. April 1912 aufgehoben.

VI. Pressfreiheit. — Liberté de la presse.

80. Arrêt du 27 septembre 1912 dans la cause Moritz contre Berne.

Liberté de la presse. Obligation imposée à l'éditeur d'un journal de fournir la liste de ses abonnés de manière à permettre de porter à leur connaissance un article rectificatif qu'il s'est refusé à insérer dans son journal malgré qu'il ait été condamné à le faire. Obligation compatible avec le principe de la liberté de la presse.

A. — Par jugements du Juge de police du district de Porrentruy du 28 septembre et du 17 octobre 1911, l'éditeur du « Pays », Gustave Moritz à Porrentruy, a été condamné à publier dans son journal deux rectifications adressées au dit journal par M. Nussbaumer, maître secondaire à Delémont. Moritz n'ayant pas exécuté ces jugements, il a été condamné à deux amendes par le Juge de police de Porrentruy. En outre, après l'avoir sommé de publier dans son journal les deux rectifications, le vice-préfet du district de Porrentruy lui a, en date du 14 décembre 1911, fixé « pour ce faire un délai expirant le 20 décembre courant, faute de quoi la rectification sera publiée à ses frais dans la « Feuille offi-

cielle du Jura » ; à l'appui de cette sommation, le vice-préfet invoquait l'art. 533 CPP et, par analogie, l'art. 392 Cpc.

Moritz a recouru contre cette décision au Conseil exécutif du canton de Berne. Celui-ci a, par arrêté du 29 février 1912, écarté le recours et prononcé : « Le vice-préfet du district de Porrentruy est autorisé à publier dans la Feuille officielle du Jura, aux frais du recourant, les rectifications auxquelles celui-ci a été condamné les 28 septembre et 17 octobre 1911 par jugements du juge de police de Porrentruy et à faire parvenir ce numéro de la Feuille officielle, également aux frais du recourant, à tous les abonnés du « Pays », après s'en être procuré la liste. » Cet arrêté est motivé en résumé comme suit :

Le vice-préfet de Porrentruy se trouvait dans la nécessité de pourvoir aux frais de Moritz à l'exécution de la chose à laquelle celui-ci a été condamné et qu'il se refuse à faire. Vu ce refus de Moritz, l'insertion de l'article dans le journal même indiqué dans le jugement se heurte à de sérieuses difficultés ; la publication dans la Feuille officielle est une mesure moins onéreuse pour le condamné et n'est d'ailleurs pas une mesure extraordinaire en droit bernois, car l'art. 243 CP prévoit qu'en matière de calomnie et de diffamation la publication du jugement doit être ordonnée non seulement dans la feuille qui renfermait l'outrage, mais encore dans la Feuille officielle. Il importe que l'Etat ait le droit d'insérer des rectifications dans son journal de publicité s'il ne lui reste plus d'autre moyen d'obtenir que satisfaction soit donnée à l'offensé. Cela ne pourra naturellement avoir lieu d'une manière efficace que si le numéro de la Feuille officielle est adressé à tous les abonnés du journal qui avait publié l'article.

B. — Moritz a formé contre cet arrêté un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral. Il invoque les moyens de recours suivants :

a) L'arrêté viole le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires (art. 10 et 51 Const. bernoise) en substituant à la mesure ordonnée par le juge — publication dans « Le Pays » — une mesure toute différente

— publication dans la Feuille officielle. L'autorité d'exécution n'avait pas le droit de modifier ainsi le jugement qu'elle prétendait exécuter ; elle ne peut invoquer l'art. du Cpc qui prévoit l'exécution « par un tiers », car on ne peut, en matière pénale, appliquer par analogie les dispositions des lois civiles.

b) L'arrêté implique une différence de traitement au préjudice du recourant et par conséquent une violation de l'art. 4 Const. féd. En effet, dans un cas identique concernant le journal « Le Démocrate », la Direction de Police du canton de Berne a déclaré au préfet de Delémont que le jugement était inexécutable, l'autorité exécutive ne disposant d'aucun moyen pour pourvoir à l'insertion ordonnée.

c) L'arrêté viole le principe de la liberté de la presse (art. 55 Const. féd.), car il est inadmissible qu'une autorité administrative oblige un journal à divulguer le nom de ses abonnés ; l'éditeur qui donnerait suite à cette invitation se trouverait dans une situation très défavorable vis-à-vis de ses abonnés dont certains désirent ne pas être connus ; il pourrait même être de ce chef recherché en dommages-intérêts.

d) Enfin, le Conseil exécutif a donné comme instruction au vice-préfet de demander à la Direction de l'arrondissement postal de Neuchâtel la liste des abonnés du « Pays », si Moritz se refuse à la fournir. C'est là une violation du secret postal.

Le Conseil exécutif a conclu au rejet du recours. Il se réfère aux considérants de son arrêté et ajoute que, dans une consultation qu'il lui a fournie le 19 janvier 1912, le professeur Dr Thormann a déclaré admissible l'application par analogie de l'art. 391 Cpc au cas présent. Quant à la prétendue inégalité de traitement, le Conseil exécutif fait observer que jamais il n'a eu à s'occuper d'une affaire semblable et que par conséquent il n'a jamais pu prendre de décision contraire à celle qui fait l'objet du recours de Moritz.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière sur le recours en tant qu'il se fonde sur une prétendue violation du

secret postal, cette matière rentrant dans la compétence du Conseil fédéral (art. 189 OJF, loi féd. sur les postes art. 10 et 11, ordonnance d'exécution art. 4). Il est par contre incontestablement compétent pour statuer sur les trois autres moyens invoqués par le recourant.

Avant d'en aborder l'examen, il convient d'observer que le recours n'est pas dirigé contre les jugements par lesquels Moritz a été condamné à insérer dans son journal les deux rectifications adressées par M. Nussbaumer et que le recourant ne conteste en aucune façon la constitutionnalité des dispositions de la loi bernoise reconnaissant en principe et réglementant le droit de réponse. Aussi bien, le Tribunal fédéral a-t-il déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce point et de décider que le droit de réponse institué par l'art. 241 CP bernois n'implique pas une violation de la liberté de la presse (RO 33 I p. 302 et suiv.; cf les auteurs et les lois cités dans cet arrêt). La sanction du dit art. 241 est double: d'une part, l'éditeur qui n'obtempère pas au jugement qui le condamne à insérer une rectification est passible d'une amende de 10 fr. à 100 fr. (art. 242 1^{re} al.) et, d'autre part (art. 242 2^e al.), l'intéressé conserve le droit de requérir l'exécution du jugement conformément à l'art. 533 Cpp. Cet article dispose que « dans le cas de condamnation de l'accusé à faire quelque chose, il sera sommé d'obtempérer . . . Si le condamné ne s'exécute pas, le préfet y pourvoira d'office, aux frais du condamné ». En l'espèce, Moritz ayant refusé d'exécuter volontairement les deux condamnations prononcées contre lui, il a été frappé d'une amende et de plus il a été sommé d'exécuter, c'est-à-dire d'insérer les rectifications dans le « Pays ». Cette sommation étant demeurée sans résultat, les autorités exécutives bernoises ont ordonné les mesures d'exécution forcée. Ce sont ces mesures d'exécution que le recourant regarde comme inconstitutionnelles pour les raisons qui vont être examinées.

2. — Moritz soutient tout d'abord que les autorités exécutives ont violé le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires (Const. bernoise

art. 10 et 51) en substituant à l'insertion dans le « Pays » l'insertion dans la Feuille officielle et en modifiant ainsi le dispositif du jugement qu'elles prétendaient faire exécuter.

Le recourant argumente comme si l'autorité avait fait abstraction du jugement prononcé contre Moritz, y avait substitué une autre mesure et avait poursuivi l'exécution de cette mesure. En réalité, ce n'est pas ainsi que les choses se sont passées. Le vice-préfet n'a ni méconnu ni travesti le dispositif du jugement qu'il avait mission de faire exécuter; il a sommé Moritz de l'exécuter et c'est pour en assurer l'exécution qu'il a recouru au moyen indirect qui est critiqué. Le Cpp bernois prévoit le cas où un condamné refuse de se soumettre à un jugement et il donne à l'autorité le droit de pourvoir à son exécution aux frais du condamné; il permet donc de substituer à l'exécution par le condamné — la seule qui soit indiquée par le jugement — l'exécution par un tiers. En vertu de cette disposition, l'autorité aurait eu le droit de faire composer et imprimer les rectifications dans les ateliers du « Pays » et, au besoin, de recourir à la force pour pénétrer dans ces ateliers et pour disposer du matériel nécessaire. Le recourant lui-même reconnaît que ce moyen aurait été légal. Mais on voit immédiatement les difficultés auxquelles il se serait heurté et les inconvénients qu'il aurait présentés, notamment pour Moritz. Dans ces conditions et pour éviter une atteinte aussi grave aux intérêts du recourant on comprend que l'autorité ait songé à un moyen indirect d'arriver au même résultat. Toute la question est de savoir si le moyen qu'elle a employé était admissible en procédure bernoise; c'est là une question de droit cantonal pour l'examen de laquelle la compétence du Tribunal fédéral est limitée. Il doit se borner à rechercher si en déclarant ce moyen licite, l'autorité bernoise a donné des textes légaux une interprétation évidemment insoutenable et s'il a fait ainsi preuve d'arbitraire. Or, tel n'est pas le cas. Sans doute le procédé imaginé par le vice-préfet n'est pas prévu par le code de procédure pénale; on peut donc dire qu'il n'est pas conforme à la lettre de ce code, mais il n'en dénature pas l'esprit. En effet, il

aboutit en fait au résultat visé par le jugement qu'il s'agit d'exécuter, puisque de cette manière les rectifications aux articles du « Pays » sont portés à la connaissance des lecteurs de ce journal tout comme si celui-ci les avait publiées lui-même; le droit de réponse est ainsi sauvegardé, selon le vœu de la loi. En outre, l'argument d'analogie tiré de l'art. 391 du Code de procédure civile n'est pas dépourvu de valeur, car, bien que régi à Berne par la loi pénale, le droit de réponse sert en première ligne à la protection d'intérêts privés; c'est donc une matière à tout le moins voisine du domaine du droit civil. Aussi bien, dans la consultation que lui a demandée le Conseil exécutif avant de rendre l'arrêt attaqué, le professeur Thormann concluait à la possibilité de cette application par analogie de l'art. 391 et admettait que par conséquent, lorsque la publication dans le journal même n'est pas praticable, elle peut être remplacée par la publication dans la Feuille officielle. Enfin, il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'en France, malgré l'absence de textes légaux la consacrant, la mesure qui consiste à ordonner la publication de la réponse dans un journal autre que celui où a paru l'article donnant lieu à la réponse est considérée comme licite par la doctrine et a été appliquée par les tribunaux, lorsque c'était le seul moyen de remédier à l'impossibilité de faire paraître la réponse dans le journal même où avait paru le premier article (v. LE PORTEVIN, *Traité de la presse*, I p. 223; arrêt de la Cour d'appel de Metz, ch. corr., du 23 mai 1850: SIREY, 1850 p. 662).

De tout ce qui précède on doit conclure que, en sanctionnant le moyen détourné employé pour briser la résistance injustifiée du recourant, le Conseil exécutif n'a pas arbitrairement étendu le cercle des compétences appartenant au magistrat chargé de l'exécution du jugement et que par conséquent son arrêté n'implique pas une violation du principe de la séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaires.

3. — En ce qui concerne la prétendue inégalité de traitement dont se plaint le recourant, il suffit d'observer qu'il n'a pas pu indiquer un seul cas où le Conseil exécutif ait pris

une décision contraire à celle qui fait l'objet du présent recours. Il semble bien que dans une affaire précédente la Direction de police ait exprimé l'opinion que, en cas de refus du condamné de se soumettre, l'autorité ne possédait aucun moyen de pourvoir à l'insertion ordonnée par le juge. Mais il va sans dire que cette opinion d'un des membres du Gouvernement n'équivaut pas à une décision du Gouvernement lui-même, que celui-ci n'était pas lié par elle et qu'il pouvait donc prendre une décision contraire sans porter atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

4. — Il reste à examiner si l'obligation imposée au recourant de fournir la liste de ses abonnés (abstraction faite des mesures qui, en cas de refus de sa part, pourront être prises auprès de la poste et qui relèvent, comme on l'a dit, de la compétence du Conseil fédéral) constitue une violation de la liberté de la presse.

La garantie instituée par l'art. 55 Const. féd. présente deux aspects différents suivant qu'elle s'applique à ceux qui écrivent dans les journaux ou aux journaux eux-mêmes; en ce qui concerne les premiers, elle leur garantit le droit d'exprimer librement leur opinion par la voie de la presse (sur la portée de cette garantie qui n'est pas en question en l'espèce, v. RO 37 II p. 375 et suiv. et p. 398 et suiv.); en ce qui concerne les seconds, elle les met à l'abri des mesures préventives ou répressives de nature à les entraver dans l'accomplissement de leur mission. A ce dernier point de vue, l'art. 55 a eu à l'origine pour but essentiel de supprimer la censure; mais dans la suite il a été appliqué à nombre d'autres mesures par les autorités fédérales (Conseil fédéral et ensuite Tribunal fédéral). Dans la jurisprudence de ces deux autorités on peut discerner une tendance à interpréter toujours plus largement la notion de la liberté de la presse: au début, la portée attribuée à l'art. 55 était simplement de soumettre la presse au régime du droit commun, d'empêcher qu'il fût pris à son égard des mesures exceptionnelles (*privilegium odiosum*); ce critère a ensuite paru insuffisant; dans l'examen de la constitutionnalité des règles cantonales sur la presse on a considéré

moins leur conformité avec le droit commun que l'atteinte qu'elles pouvaient porter à la libre publication des opinions et l'on a déclaré inconstitutionnelles des mesures qui, sans être exorbitantes du droit commun, ne tenaient pas suffisamment compte des conditions spéciales de la presse et qui étaient de nature à l'empêcher de remplir sa tâche (v. notamment RO 27 p. 448). Sans doute il serait excessif de dire, comme on l'a fait parfois, que la presse doit occuper une situation privilégiée en dehors du droit commun, mais il est vrai que le droit commun doit être adapté à ses nécessités particulières lorsque l'application stricte de ses règles mettraient en fait la presse dans une situation d'infériorité et paralyserait son activité. En d'autres termes, on doit dans chaque cas rechercher si la mesure incriminée — conforme ou non au droit commun — met en péril, directement ou indirectement, la libre publication du journal qui en est l'objet, si elle l'astreint à des obligations incompatibles avec l'accomplissement de sa mission (v. parmi les arrêts les plus récents, RO 32 I p. 454 et suiv., 33 I p. 72).

Si l'on se place à ce point de vue, il est impossible de voir une violation de l'art. 55 dans l'obligation imposée au recourant de fournir la liste de ses abonnés. Cette mesure est une conséquence forcée du mode d'exécution du jugement qui a été adopté par les autorités bernoises et dont il a été dit ci-dessus qu'il n'avait rien d'arbitraire. Et l'on ne voit pas quel intérêt primordial du recourant elle lèserait. A l'époque actuelle le fait d'être abonné à un journal ne signifie pas qu'on partage les opinions politiques de ce journal; il peut cesser d'être secret sans que ni les abonnés ni le journal lui-même en éprouvent le moindre préjudice; d'ailleurs le mode même de transmission des journaux rend ce secret illusoire. En outre, il ne s'agit pas en l'espèce de rendre publique la liste des abonnés, mais simplement de la communiquer pour une opération déterminée à un magistrat; une pareille communication ne met en péril ni l'indépendance des abonnés ni, par contre-coup, les intérêts du journal; son droit d'exprimer librement ses opinions demeure intact; or, si la sauvegarde

de ce droit constitue le but de l'art. 55, c'est à elle aussi que se circonscrit la portée de la garantie qu'il institue. Aussi bien, le Tribunal fédéral a-t-il déjà jugé compatibles avec le principe de la liberté de la presse des obligations, telles que celles de produire le manuscrit d'un article incriminé ou d'en indiquer l'auteur, qui portent une atteinte bien plus sérieuse aux intérêts du journal (v. RO 15 p. 60 et suiv., 18 p. 636 et suiv., 32 I p. 454 et suiv.). Enfin, à supposer même que la communication de la liste des abonnés entraîne pour ceux-ci ou pour Moritz certains inconvénients, le recourant a un moyen bien simple de les éviter: il n'a qu'à exécuter lui-même les jugements prononcés contre lui, c'est-à-dire à publier dans le « Pays » les rectifications ordonnées — ce qui aura pour effet de faire tomber les mesures de coercition que son refus a rendues nécessaires. On ne doit pas perdre de vue que, à la base des décisions du vice-préfet et du Conseil exécutif il y a une condamnation qui est passée en force de chose jugée et à laquelle Moritz refuse sans aucun droit de se soumettre; sans doute ce refus injustifié ne légitime pas par avance toutes les mesures d'exécution qui pourraient être prises, mais il enlève beaucoup de leur sérieux aux griefs du recourant qui n'invoque la Constitution que pour esquiver les effets d'une condamnation dont il ne conteste même pas la légalité et qui, pour ne pas être menacé dans ses droits constitutionnels, n'aurait qu'à se soumettre à ses obligations légales.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté.