

schwerdeführer einen Verzicht darin, dass sie zwei Tage vor der oberinstanzlichen Verhandlung zuhanden des Gerichtes ihr « Desinterressement » am hängigen Strafprozess erklärte. Wenn sie in diesem Augenblick geglaubt haben sollte, der Beschwerdeführer werde ja ohnehin von Amtes wegen bestraft werden, so war ihre Meinung unbeachtlich, denn es kommt nicht darauf an, was sie sich vorgestellt, sondern was sie dem Gericht gegenüber erklärt hat. Diese Erklärung konnte nur so verstanden werden, dass Julia Hug mit Rücksicht auf die ihr durch den Beschwerdeführer bezahlte Abfindungssumme nicht verlange, dass er bestraft werde. Eine weniger strenge Auslegung würde dazu führen, dass Julia Hug die Vorteile des Vergleichs geniessen könnte, ohne das Opfer erbringen zu müssen, welches den Beschwerdeführer bewogen hat, ihr die Abfindungssumme zu bezahlen. Die Auffassung der Vorinstanz, die Verletzte habe gegenüber dem hängigen Betrugsprozess ihr « Desinterressement » erklären können, ohne den staatlichen Strafanspruch hinfällig zu machen, da Betrug von Amtes wegen zu verfolgen sei, wäre dann richtig, wenn sich der Beschwerdeführer des Betruges oder sonst einer von Amtes wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung schuldig gemacht hätte. Die Vorinstanz nimmt nun aber selber an, dies sei nicht der Fall, sondern er könne nur wegen boshafter Vermögensschädigung bestraft werden. Bloss für diese rechtliche Qualifikation das Antragsrecht behalten und bezüglich der Qualifikation als Betrug das « Desinterressement » erklären, konnte Julia Hug nicht. Der Strafantrag ist die Willenserklärung des Verletzten, dass der Schuldige wegen einer *Tat* bestraft werden solle. Die rechtliche Qualifikation derselben ist Sache des Richters. Der Antragssteller kann darauf keinen Einfluss nehmen, indem er erklärt, die *Tat* solle nur unter bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden, und er kann daher auch nicht bloss teilweise auf das Antragsrecht verzichten, in dem Sinne, dass er sich vorbehalten könnte, gegebenenfalls doch noch die

Beurteilung der *Tat* unter einzelnen von mehreren in Frage stehenden rechtlichen Gesichtspunkten zu verlangen. Der Verletzte, der auf Bestrafung des Schuldigen verzichtet, verhindert die Bestrafung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten, die einen Strafantrag erfordern, selbst wenn er nicht an alle in Frage kommenden rechtlichen Qualifikationen der *Tat* gedacht hat.

Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer daher freisprechen sollen.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 18. Februar 1942 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**14. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 11 juillet 1942 en la cause Tornare c. Ministère public du canton de Fribourg.**

1. Les conditions objectives du sursis étant réunies (art. 41 ch. 1 al. 1, 3 et 4 CPS), le juge ne peut le refuser arbitrairement ni pour des motifs incompatibles avec le but de l'institution. Dans ces limites, le juge décide librement de l'opportunité du sursis eu égard aux circonstances personnelles de l'inculpé, et notamment aux perspectives d'amendement qu'ouvrent ses antécédents et son caractère (art. 41 ch. 1 al. 2 CPS). Cons. 2 et 3.
  2. La gravité de l'infraction prise en soi, ni sa gravité in casu ne suffisent à justifier le refus du sursis. Cons. 5.
  3. Le juge doit motiver le refus du sursis par un considérant topique, à moins que ses raisons ne ressortent à l'évidence des autres motifs du jugement (art. 277 PPF). Cons. 4.
1. Wenn die objektiven Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1, 3 und 4 StGB) erfüllt sind, darf ihn der Richter nicht willkürlich oder aus Gründen, welche mit dem Zweck dieses Instituts unvereinbar sind, verweigern. Innerhalb dieser Grenzen entscheidet er frei über die Zweckmässigkeit des bedingten Strafvollzuges, indem er die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten und namentlich die Besserungsaussichten berücksichtigt, welche dessen Vorleben und Charakter eröffnen (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Erw. 2 und 3.
  2. Weder die Schwere der strafbaren Handlung an sich, noch ihre Schwere im konkreten Fall genügen, die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges zu rechtfertigen. Erw. 5.

3. Der Richter muss die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges durch eine diesbezügliche besondere Erwägung begründen, es sei denn, dass seine Gründe augenscheinlich aus den anderen Erwägungen des Urteils hervorgehen (Art. 277 BStP). Erw. 4.

1. Il giudice non può rifiutare arbitrariamente, o per motivi incompatibili con lo scopo dell'istituto, la sospensione condizionale della pena, se le condizioni oggettive (art. 41 cifra 1, cp. 1, 3 e 4 CPS) si verificano.

Entro questi limiti, il giudice apprezza liberamente l'opportunità della sospensione condizionale della pena, tenuto conto delle condizioni personali del condannato e in particolare avuto riguardo alle probabilità di emendamento che lasciano supporre la vita anteriore e il carattere del condannato (art. 41 cifra 1 cp. 2 CPS). Consid. 2 e 3.

2. La gravità del reato in sé, né la gravità che esso presenta in concreto, non bastano a giustificare il rifiuto della sospensione condizionale della pena. Consid. 5.

3. Il giudice deve motivare il rifiuto della sospensione condizionale della pena mediante un considerando apposito, a meno che questi motivi risultino in modo evidente dagli altri considerandi della sentenza (art. 277 PPF). Consid. 4.

A. — En août-septembre 1940, Ida Tornare, âgée de 21 ans et alors domiciliée dans la vallée du Motélon, eut des relations sexuelles, à deux reprises, avec le nommé Charles Auderset, puis en janvier 1941 — une seule fois — avec le nommé Jean Braillard. Dès le mois d'avril 1941, elle ne put plus douter qu'elle était enceinte ; elle attribua cependant sa grossesse à ses relations de janvier 1941, et non pas à celles de la fin de l'été 1940. Le 19 mai 1941, Ida Tornare fut prise de maux violents ; à un moment donné, ses douleurs empirant, elle se fit conduire aux cabinets où elle accoucha. L'enfant tomba directement dans la fosse d'aisance. Persuadée, prétend-elle, qu'il s'agissait d'une fausse couche, la jeune fille ne s'en préoccupa pas. Une fièvre puerpérale s'étant déclarée, on dut toutefois faire appel à une sage-femme, qui ordonna le transfert à l'hôpital et avertit les autorités de l'accouchement clandestin.

B. — L'enquête de la police amena la découverte du corps de l'enfant dans la fosse d'aisance. L'autopsie révéla qu'il s'agissait d'un enfant bien développé, pesant 3 kg. 500, parfaitement viable. Il n'était pas possible de dire

s'il avait vécu ou respiré, après l'accouchement. Le corps ne portait aucune trace de traumatisme.

Inculpée d'homicide volontaire, Ida Tornare fut déférée au Tribunal de la Gruyère qui, par jugement du 23 janvier 1942, la reconnut coupable d'homicide par imprudence au sens de l'art. 117 CPS et la condamna à la peine de neuf mois d'emprisonnement sans sursis. Le Tribunal déclare au sujet du refus du sursis : « Attendu qu'étant donnée la gravité des faits retenus à la charge d'Ida Tornare, il se justifie de lui infliger une peine d'emprisonnement effectif, sans la mettre au bénéfice du sursis... ». Le CPS était appliqué à titre de *lex mitior*.

L'inculpée se pourvut à la Cour de cassation du canton de Fribourg. Elle invoquait la violation des art. 37 et 40 CPP fribourgeois, ainsi que celle de l'art. 41 CPS en ce sens que le Tribunal de la Gruyère lui avait refusé le bénéfice du sursis sans donner les motifs de ce refus.

Par arrêt du 17 mars 1942, la Cour de cassation fribourgeoise a rejeté le recours. Elle laisse ouverte la question de savoir si le refus du sursis doit, comme son octroi (art. 41 ch. 2 al. 2 CPS), être motivé ; elle estime en effet qu'en parlant de la « gravité des faits retenus à la charge d'Ida Tornare », le Tribunal a fait allusion « non pas à des faits constitutionnels d'une infraction considérée en général comme grave, mais au cas particulier, soit à l'attitude de l'accusée et à l'ensemble des circonstances de la cause dont il a pu apprécier la gravité avec objectivité au cours des débats ».

C. — Ida Tornare s'est pourvue en nullité contre cet arrêt auprès de la Cour de cassation pénale fédérale, en concluant à son annulation et au renvoi de la cause aux autorités cantonales. Elle déclare attaquer l'arrêt dans la mesure où il n'a pas retenu le grief de violation de l'art. 41 CPS, « und zwar wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung ».

La Cour de cassation cantonale se réfère aux motifs de son arrêt.

*Considérant en droit :*

1. — Aux termes de l'art. 275 PPF, la Cour de cassation ne peut dépasser les conclusions du demandeur. La recourante déclare expressément n'attaquer l'arrêt cantonal qu'en ce qui concerne le refus du sursis ; elle ne soulevé aucune objection contre la condamnation en elle-même. La Cour de cassation ne peut ainsi revoir que l'application de l'art. 41 CPS.

2. — Cette disposition soumet le sursis à des conditions déterminées. Lorsque ces conditions sont réunies, « le juge », dit la loi, « pourra suspendre l'exécution de la peine ». Il semble, à première vue, légitime d'en inférer que le juge jouit ici d'une entière liberté. Tandis que le législateur a tracé à son appréciation des limites précises pour l'octroi du sursis, il l'aurait laissé absolument libre de le refuser, en lui conférant un pouvoir discrétionnaire analogue à celui du souverain qui détient le droit de grâce. C'est le point de vue de la jurisprudence française, adopté par la pratique de certains cantons (en ce sens, pour le Code pénal suisse, CLERC, Du pouvoir d'appréciation du juge en matière de sursis à l'exécution de la peine, J. d. T. 1941, p. 130 ss). Et en effet, le juge de répression, par sa constatation directe des faits de la cause, par sa connaissance personnelle du prévenu, apparaît naturellement appelé à disposer du sursis, puisque aussi bien l'octroi ou le refus de cette mesure dépendent étroitement des circonstances de l'infraction et du caractère du condamné. Le juge du fait déciderait donc entre l'emprisonnement avec sursis et l'emprisonnement sans sursis, comme il choisit entre deux genres de peine, lorsque ce choix est prévu par la loi. Seul dispensateur du sursis, le juge n'aurait pas à en motiver le refus ; le sursis étant une exception au droit de punir, le juge doit en justifier l'octroi, mais il n'a pas à motiver l'application de la règle autrement que par les considérants même de la condamnation. Le sursis est une

grâce du juge ; il n'existe jamais de droit de l'accusé à en bénéficier.

Cette conception n'est cependant pas celle du législateur suisse. Cela ressort déjà des travaux préparatoires du CPS : ZÜRCHER, dans la 2<sup>e</sup> Commission d'experts, déclare : « Die juristische Natur des Institutes ist nicht Gnade, sondern es handelt sich um Strafersatz » (Procès-verbal, I, p. 418). Cette opinion n'a pas été combattue. Dans son message de 1918 (p. 16), le Conseil fédéral, rappelant l'origine de l'institution dans le système anglo-américain de la « mise à l'épreuve », ajoute : « A celui qui, pour la première fois, est condamné à une courte peine privative de liberté, on *doit* offrir l'occasion, non pas de se laisser passivement améliorer par la peine, mais de s'amender et de se mettre en état de mieux résister à la tentation, par sa volonté personnelle et par une auto-éducation sévère ; on *doit* lui permettre de prouver, par sa bonne conduite pendant le délai d'épreuve qui lui est imparti que, pour lui, la peine n'est pas nécessaire. Cette possibilité *doit* lui être ouverte quand on peut présumer qu'il en fera usage. »

Ainsi, tandis que la grâce est accordée pour des raisons d'équité, d'apaisement ou de commisération, qui n'ont souvent rien à voir avec le mérite du condamné, le sursis répond à une idée de prévention spéciale : la peine est conditionnellement remise lorsqu'on a sujet d'espérer que cette mesure aura une meilleure influence sur l'amendement du coupable que l'exécution de la condamnation, lorsque, en particulier, « les antécédents et le caractère du condamné » font prévoir que le sursis « le détournera de commettre de nouveaux crimes ou délits » (art. 41 ch. 1 al. 2). Certes la loi statue-t-elle en outre certaines conditions objectives — touchant la gravité de l'infraction, les condamnations subies, la réparation du dommage (art. 41 ch. 1, al. 1, 3 et 4) — en l'absence desquelles le sursis ne peut être octroyé même si l'on devait en attendre les plus heureux effets pour le condamné. Mais, ces conditions

une fois remplies, le sursis ne saurait être refusé s'il doit, *in casu*, atteindre le but visé par la loi.

Le Tribunal fédéral en a déjà jugé ainsi en appliquant l'art. 335 (abrogé) PPF (RO 61 I 447 ; 63 I 264 ; arrêts non publiés Schibli c. Aargau et Köbi c. Aargau, du 15 juin 1936 ; Kämpfer c. Zurich, du 6 mars 1939 ; Steiner et Hesse c. Vaud, du 27 novembre 1939 ; Doyon c. Berne, du 15 novembre 1941 ; cf. dans le même sens, Trib. milit. de cass., Rec. II n°s 31 et 36 ; III n°s 25, 65, 81, 105), et c'est ce qu'admettent la quasi-totalité des auteurs (cf. en particulier HAFTER, Lehrbuch, I p. 331/2 ; THORMANN et v. OVERBECK, Comment., art. 41 IV ; LOGOZ, Comment. art. 41, notes 8 ss ; KIRCHHOFER, Rev. pén. s., 1942, p. 14 ss ; PFENNINGER, Festgabe zum Juristentag 1928, p. 145 ss., spéc. 153 ; GERMANN, Rev. pén. s., 1942, p. 27). Le texte de l'art. 41 ch. 1 CPS étant la reproduction presque littérale de l'ancien article 335 PPF, le Tribunal fédéral ne voit aucun motif de s'écarter sur ce point de sa jurisprudence antérieure au CPS.

3. — Il s'ensuit que non seulement le juge ne saurait refuser le sursis pour des motifs arbitraires, mais qu'il n'est pas libre non plus dans le choix des raisons objectives de refus et ne peut retenir que des motifs compatibles avec les principes à la base de l'institution du sursis dans le Code pénal suisse. Il ne saurait par exemple refuser le bénéfice de cette mesure parce qu'elle serait contraire à sa conception de la répression pénale. Il ne serait pas fondé davantage, uniquement pour des raisons de prévention générale, à exclure du bénéfice légal certaines catégories de délits. La Cour de cassation l'a jugé au sujet des infractions à la loi sur la circulation (RO 61 I 449 ; 63 I 264 ; arrêt Köbi, Schibli, cités consid. 2). La loi en effet a tenu compte elle-même, en fixant les conditions du sursis, du besoin de prévention générale ; le juge ajouterait à ces conditions en prononçant de nouvelles exclusives, et restreindrait de la sorte la portée de l'institution telle que l'a comprise le législateur.

Mais si le juge ne peut aller jusqu'à modifier le cadre légal du sursis, il jouit en revanche de la plus grande liberté dans l'appréciation des circonstances personnelles à l'inculpé qui décident de l'opportunité d'une mesure de clémence. Il s'agit avant tout ici — si ce n'est exclusivement — des perspectives d'amendement qu'ouvrent « les antécédents et le caractère du condamné ». Le juge peut fonder son pronostic, quant à l'efficacité du sursis, non seulement sur la conduite antérieure du délinquant, mais sur la nature des mobiles qui l'ont déterminé, sur les particularités de l'infraction elle-même, sur la connaissance personnelle du prévenu que lui procurent les débats. Il aura ainsi toute latitude de refuser le sursis, le cas échéant, à celui qui a agi par conviction, à celui qui a montré dans son acte un mépris particulier des intérêts d'autrui, à celui qui n'a manifesté aux débats aucun repentir ou qui a éveillé l'impression qu'il comptait sur l'impunité pour un premier délit, voire à celui qui songerait à se soustraire à tout contrôle en gagnant l'étranger. Le juge de répression est, à cet égard, le maître du sursis, non pas qu'il statue uniquement en fait, mais en ce que sa décision sur un point de droit — l'octroi ou le refus du sursis — dépend étroitement d'un jugement de fait où il est souverain. Son pouvoir d'appréciation n'est limité que par la défense de l'arbitraire et par l'observation des principes qui sont à la base de l'institution du sursis ; si toutefois il franchit ces limites, il commet une violation du droit fédéral qui appelle l'intervention de la Cour de cassation (art. 269 PPF ; cf. RO 61 I 446 ; 63 I 266).

4. — Dans ces conditions, le refus du sursis doit nécessairement être motivé. On ne peut déduire le contraire de l'art. 41 ch. 2 CPS. Si le législateur prescrit au juge d'indiquer les motifs du sursis, c'est pour une double raison. La première est que le législateur cherchait à prévenir l'octroi abusif du sursis, dont beaucoup craignaient qu'il n'affaiblît la répression pénale. La seconde, qui ressort de la place où se trouve, dans la loi, cette disposition

— c'est-à-dire sous le ch. 2 qui traite du patronage — est que les motifs de l'octroi du sursis déterminent la conduite à imposer au délinquant pendant le délai d'épreuve. En revanche l'obligation de motiver le refus du sursis résulte des principes généraux de la procédure pénale fédérale. Dès le moment qu'une telle décision peut être attaquée pour violation du droit fédéral, il faut que l'autorité chargée d'assurer l'application uniforme de ce droit puisse remplir sa mission. Elle ne pourra le faire que si le refus est suffisamment motivé pour qu'elle puisse se rendre compte comment la loi a été appliquée. S'il n'est pas motivé du tout ou ne l'est pas à satisfaction, la Cour de cassation doit appliquer l'art. 277 PPF (RO 50 I 353 ; 37 I 108). En règle générale, le refus du sursis fera l'objet d'un considérant topique : le tribunal de répression ne pourra s'en dispenser que si les raisons du refus ressortent à l'évidence des autres motifs du jugement.

5. — En l'espèce, le Tribunal de la Gruyère a refusé le sursis « vu la gravité des faits retenus à la charge d'Ida Tornare ». La Cour de cassation cantonale interprète ce considérant en ce sens que le Tribunal n'aurait pas fait allusion à la gravité de l'infraction prise théoriquement, mais à la gravité du cas particulier, tirée de l'ensemble des circonstances de la cause. Mais l'une et l'autre de ces interprétations sont incompatibles avec la raison d'être du sursis.

La gravité d'une infraction, prise d'une manière abstraite et telle que la définit la partie spéciale du code, est un élément dont le législateur a tenu compte pour fixer les conditions objectives du sursis. S'il n'a exclu ce bénéfice que pour les infractions punies de la réclusion, le juge ne saurait le faire de son côté pour telle catégorie d'infractions frappées simplement d'emprisonnement ou d'arrêts. Quant à la gravité de l'infraction *in casu*, elle est mesurée par la peine prononcée. Or le législateur a aussi réglé l'influence de la gravité particulière de l'infraction sur le sursis, en fixant à un an le maximum de l'emprisonnement

qui permette encore l'octroi de cette faveur. Le juge ne peut abaisser cette limite.

La Cour de cassation cantonale laisse entendre que sous les mots de « gravité des faits », le Tribunal de la Gruyère a voulu faire état de circonstances particulières et individuelles du cas qui justifieraient le refus du sursis. Cela serait en soi légitime. Mais rien dans le jugement ni même dans le dossier ne permet à la Cour de céans de voir quels seraient ces motifs particuliers et de dire que les juges du fait n'ont pas refusé le sursis à tort et en se fondant uniquement sur les considérants erronés ci-dessus. Les conditions objectives du sursis étaient remplies. Nulle part le jugement ne s'exprime sur l'effet préventif du sursis eu égard aux antécédents et au caractère de la condamnée. Le recours doit en conséquence être admis et la cause renvoyée à la juridiction cantonale qui — en s'inspirant des considérants du présent arrêt — statuera à nouveau sur l'octroi ou le refus du sursis.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour nouveau jugement.

15. Urteil des Kassationshofes vom 15. Juli 1942 i. S. Högger gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Art. 41 Ziff. 1 StGB. Der bedingte Strafvollzug darf nicht aus bestimmten im Gesetz nicht genannten Gründen *allgemein* verweigert werden.

Art. 41 ch. 1 CP. Le sursis ne doit pas être refusé d'une manière *générale* pour des motifs déterminés non énoncés dans la loi.

Art. 41 cifra 1 CPS. La sospensione condizionale non può essere rifiutata in modo *generale* per motivi determinati non previsti nella legge.

A. — Am 30. April 1942 verurteilte die III. Kammer A des Obergerichts des Kantons Zürich Paul Högger wegen Widerhandlung gegen Art. 2 Abs. 1 des BRB vom 6. Au-