

geahndet werden darf. Ob ein solches qualifiziertes Schweigen vorliegt, hängt im einzelnen Falle davon ab, was vernünftigerweise als Wille des Gesetzgebers angesehen werden muss. Dabei ist von Bedeutung, ob der Bundesgesetzgeber ein bestimmtes strafrechtliches Gebiet überhaupt nicht behandelt, ob er bloss einige wenige Tatbestände daraus unter Strafe gestellt, oder ob er die Materie durch ein geschlossenes System von Normen geregelt hat. In den beiden ersten Fällen bleibt Raum für kantonale Übertretungen, nicht dagegen im letzten, es sei denn, dass der Gesetzgeber ausnahmsweise im geschlossenen System eidgenössischer Strafnormen absichtlich Lücken gelassen habe, um den von Kanton zu Kanton wechselnden Ansichten über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Tatbestandes Rechnung zu tragen. Der Kassationshof hat hinsichtlich der gewerbsmässigen Unzucht solche Lücke im Titel des StGB über die strafbaren Handlungen gegen die Sittlichkeit verneint und die Zuständigkeit der Kantone, sie als Übertretung unter Strafe zu stellen, ausgeschlossen (BGE 68 IV 40). Das hat natürlich *a fortiori* von der einfachen Unzucht zu gelten; es ist nicht denkbar, dass der eidgenössische Gesetzgeber zwar die gewerbsmässige Unzucht straffrei lassen, dagegen die Bestrafung der einfachen Unzucht den Kantonen vorbehalten wollte.

Entfällt aber die Strafbarkeit der einfachen Unzucht nach dem neuen Recht, dann hat dieses als das mildere gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB auf die Beurteilung der vor seinem Inkrafttreten begangenen Unzucht zurückzuwirken.

*Demnach erkennt der Kassationshof:*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 28. Mai 1942 aufgehoben und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 25. — Voir aussi n° 25.

## II. VERFAHREN

### PROCÉDURE

#### 24. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 10 septembre 1942 dans la cause Kuehlin contre Ministère public du canton de Vaud.

Le pourvoi en nullité est recevable contre tout jugement de dernière instance cantonale tranchant une question de droit fédéral, même si le jugement ne met pas fin à l'action pénale dans le canton (renvoi par la cour de cassation cantonale au juge de répression, décision d'un point préjudiciel). Art. 268 al. 2 PPF.

Il en est de même quant au prononcé du juge pénal sur l'action civile.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen jedes Urteil der letzten kantonalen Instanz zulässig, welches eine Frage des eidgenössischen Rechts entscheidet, selbst wenn es das kantonale Strafverfahren nicht abschliesst (Rückweisung durch den kantonalen Kassationshof an den Sachrichter, Entscheid einer präjudiziellen Frage). Art. 268 Abs. 2 BStrP.

Gleich verhält es sich in bezug auf den Entscheid des Strafrichters im Zivilpunkt.

Il ricorso in cassazione è ricevibile contro ogni sentenza dell'ultima giurisdizione cantonale che decida una questione di diritto federale, anche se la sentenza non pone fine all'azione penale davanti all'autorità cantonale (rinvio da parte della corte cantonale di cassazione al giudice di merito, decisione di un punto pregiudiziale). Art. 268 cp. 2 PPF.

Lo stesso vale per la sentenza del giudice penale sull'azione civile.

Le Tribunal de police correctionnelle de Lausanne a reconnu Kuehlin coupable d'actes contraires à la pudeur sur des enfants, et l'a, en application de l'art. 191 ch. 2 CPS, condamné à un mois d'emprisonnement avec sursis.

Sur recours du Ministère public, la Cour de cassation du Tribunal cantonal vaudois, estimant que les conditions du sursis n'étaient pas réunies, a annulé ce jugement et renvoyé la cause au Tribunal de police pour fixer à nouveau la mesure de la peine.

Kuehlin s'est pourvu en nullité contre cet arrêt à la Cour de cassation du Tribunal fédéral.

Sur la recevabilité du pourvoi, la Cour s'exprime ainsi :  
 L'arrêt attaqué de dernière instance cantonale renvoie la cause pour nouvelle décision au Tribunal de première instance. Ce n'est donc pas un jugement de la juridiction cantonale, qui met fin à la poursuite pénale. D'après le texte allemand de l'art. 268 al. 2 PPF, le pourvoi en nullité n'est recevable que contre les « Endurteile » (jugements finaux), qui ne sont pas susceptibles d'un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral. En revanche, les textes français et italien n'exigent qu'« un jugement de dernière instance » (sentenza dell'ultima istanza) ; ce peut donc être un simple jugement de renvoi. Tels étaient aussi les termes du texte allemand dans le projet de loi (art. 170), et on voit mal pourquoi ils ont été modifiés. Le texte de l'ancienne loi (art. 160 OJ) avait d'ailleurs le même sens : il parlait sans doute de « Endurteile », mais sans l'adjonction « qui ne sont pas susceptibles d'un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral », en sorte que ce « Endurteil », par opposition certes voulue au « Haupturteil » de l'art. 58 de la même loi, visait simplement le jugement de dernière instance cantonale (le jugement définitif et non le jugement final ; c'est donc inexactement que le texte français de l'art. 160 OJ avait rendu « Endurteil » par « jugement au fond »). Il faut, à l'art. 268 PPF, donner la préférence au sens fixé par les textes français et italien. Ce serait en effet prolonger sans raison la procédure que d'obliger une partie, après l'arrêt de cassation de dernière instance cantonale, à attendre le jugement de la juridiction inférieure rendu dans le sens des motifs de cassation, puis le nouvel arrêt de la cour de cassation statuant dans le même sens comme dernière juridiction cantonale, avant de pouvoir soumettre la question litigieuse à la censure suprême de la Cour de cassation pénale fédérale. Le recours immédiat au Tribunal fédéral suppose naturellement que l'arrêt de la dernière juridiction cantonale a ordonné le renvoi pour des motifs de droit fédéral et non pour des raisons de procédure cantonale (art. 269 PPF).

L'interprétation résultant des textes français et italien a pour conséquence de faire admettre le pourvoi en nullité non seulement contre l'arrêt de renvoi, mais aussi contre les autres prononcés de dernière instance qui ne terminent pas la procédure dans le canton, à savoir les prononcés sur des questions préjudicielles ou incidentes de droit fédéral, telles que le for, la plainte (art. 28-31 CPS), la prescription, la responsabilité. Cette conséquence contredit l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, qui s'en tenait à la notion de jugement au fond de l'art. 58 OJ et exigeait pour la recevabilité du pourvoi en nullité une décision qui mit définitivement fin à la poursuite pénale sur le terrain cantonal (RO 36 I 301). Mais l'analogie prise du recours en réforme civil n'appelait pas seulement des réserves de caractère formel, qui découlaient de la comparaison des textes de l'art. 160 OJ (Endurteil) et de l'art. 58 (Haupturteil) ; elle se heurtait à des objections de fond. La collectivité a, en effet, pour les raisons les plus diverses, un intérêt considérable à ce qu'un procès pénal ne soit pas instruit sous tous ses aspects et terminé dans le canton, lorsqu'il y a doute sur une question préjudicielle de droit fédéral. Cette question doit pouvoir être soumise à la décision du juge suprême, quel que soit le sens dans lequel elle a été tranchée par la dernière juridiction cantonale, c'est-à-dire, soit que le jugement préjudiciel ait clos la procédure dans le canton, comme lorsque la prescription a été admise, soit qu'il ait levé l'obstacle à la continuation de l'instance, comme lorsque la prescription a été rejetée. Ce système peut, certes, comporter que le Tribunal fédéral soit appelé ici ou là à se prononcer plus d'une fois dans le même procès ; mais en face de l'intérêt mentionné, cet inconvénient doit être accepté. D'ailleurs, la procédure du pourvoi en nullité étant plus simple que celle du recours en réforme civil et le nombre des questions préjudicielles et incidentes de droit pénal fédéral étant relativement restreint, l'inconvénient signalé n'a pas la gravité qu'il aurait pour la procédure de réforme. De plus, la tendance législative

est actuellement d'atténuer l'exigence d'un jugement au fond même pour le recours en réforme (cf. art. 48 a et 49 Av.-proj. OJ rev.), et la décision préjudicielle sur le for en matière civile est maintenant déjà susceptible d'un recours distinct (cf. art. 87 ch. 3 OJ et RO 50 II 411, 57 II 133).

Le pourvoi en nullité est donc recevable contre tout jugement de dernière instance cantonale sur une question de droit fédéral. Il doit en être à cet égard du prononcé du juge pénal dans l'action civile comme du prononcé pénal lui-même, non seulement pour une raison de logique, mais par des considérations d'ordre pratique. C'est précisément l'un des avantages inhérents à l'action jointe de permettre que la décision sur les conclusions civiles soit soumise au contrôle du juge suprême et susceptible d'acquiescer force de chose jugée sous la forme que le juge cantonal a donnée à ces conclusions en vertu des dispositions de procédure qui régissent l'intervention civile et sa disjonction; ces dispositions autorisent partout les tribunaux à user largement des jugements partiels et à tenir ainsi compte pratiquement des besoins du lésé (cf. Exposé des motifs du Tribunal fédéral, pour l'av.-proj. OJ rev., p. 36 in fine).

**25. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 10. September 1942 i. S. Kistler gegen Staat Baselland.**

1. Art. 268 Abs. 1 BStrP. Der Entscheid darüber, ob eine Strafe, für welche der Verurteilte den bedingten Strafvollzug genoss, gestützt auf Art. 41 Ziff. 3 StGB zu vollziehen sei, kann durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.
2. Art. 41 Ziff. 3 StGB. Der Richter, welcher über den Vollzug einer bedingten Freiheitsstrafe erkennt, braucht ein vom zuständigen Gericht gefälltes rechtskräftiges Urteil, das den Verurteilten wegen eines während der Probezeit vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens schuldig erklärt, nicht auf seine materielle Richtigkeit hin zu überprüfen.
3. Art. 41, 105, 336 StGB. Eine vor dem 1. Januar 1942 verhängte Probezeit ist durch das Inkrafttreten des StGB nicht verändert worden.

1. Art. 268 al. 1 PPF. Le prononcé qui décide si une peine, pour laquelle le condamné bénéficiait du sursis, doit être mise à exécution en vertu de l'art. 41 ch. 3 CPS, peut être l'objet d'un pourvoi en nullité.
  2. Art. 41 ch. 3 CPS. Le juge qui statue sur la mise à exécution d'une peine privative de liberté infligée avec sursis, n'est pas tenu de revoir au fond le jugement passé en force, rendu par un tribunal compétent qui reconnaît le condamné coupable d'un crime ou d'un délit commis intentionnellement durant le délai d'épreuve.
  3. Art. 41, 105, 336 CPS. Le délai d'épreuve imparti avant le 1<sup>er</sup> janvier 1942 n'est pas modifié par l'entrée en vigueur du CPS.
1. Art. 268 cp. 1 PPF. La sentenza che decide se una pena, per la quale il condannato era al beneficio della sospensione condizionale, dev'essere eseguita in virtù dell'art. 41 cifra 3 CPS, può essere impugnata con ricorso in cassazione.
  2. Art. 41 cifra 3 CPS. Il giudice che si pronuncia sull'esecuzione d'una pena privativa della libertà personale inflitta col beneficio della sospensione condizionale non è tenuto a rivedere nel merito la sentenza definitiva pronunciata da un tribunale competente che dichiara il condannato colpevole di un crimine o di un delitto commesso intenzionalmente durante il periodo di prova.
  3. Art. 41, 105, 336 CPS. Il periodo di prova fissato anteriormente al primo gennaio 1942 non è modificato dall'entrata in vigore del CPS.

A. — Am 19. Mai 1942 verfügte das Polizeigericht von Arlesheim, die vierzehntägige Gefängnisstrafe, zu welcher es Ernst Kistler am 7. Oktober 1937 wegen fortgesetzter vorsätzlicher Widerhandlung gegen Art. 64 KUVG unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs und Auferlegung einer fünfjährigen Probezeit verurteilt hatte, sei zu vollziehen, weil der Verurteilte am 8. April 1942 durch das Strafericht des Kantons Basel-Stadt wegen am 1. Februar 1941 begangener vorsätzlicher Widerhandlung gegen Art. 38 des BG betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen mit Fr. 200.— gebüsst worden war.

Auf die Appellation des Ernst Kistler trat die Polizeikammer des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft am 26. Juni 1942 nicht ein. Sie nahm an, gegen Entscheide auf Widerruf des bedingten Strafvollzugs sei dieses Rechtsmittel, weil im EG zum StGB nicht vorgesehen, nicht zulässig.