

*Considérant en droit :*

1. — .....

2. — D'après la conception dite subjective de la participation, dont s'inspire le Code pénal suisse, conception dans laquelle on prend avant tout en considération l'intensité de la volonté coupable, le coauteur est celui qui, sans accomplir nécessairement des actes d'exécution, participe et s'associe à la décision dont est issu le délit, ou à la réalisation de celui-ci, dans des conditions et dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal. A la différence du complice, qui veut seulement prêter assistance à l'infraction d'autrui, le coauteur accepte de jouer un rôle de premier plan (arrêt Ischy et consorts du 2 juillet 1943, RO 69 IV 97 s.).

Il ressort de ces principes que Brulhart et Cassat sont coauteurs du délit de faux dans les titres. Ils se sont associés pour fabriquer les faux coupons, les mettre en circulation et en retirer un avantage illicite. Toute leur activité a procédé d'une décision et d'un plan communs. La répartition des rôles entre eux est dès lors sans importance. Dès avant que les faux coupons eussent existé Cassat avait décidé de les négocier et de se procurer ainsi un bénéfice. C'est parce qu'il savait que Brulhart pouvait et voulait les fabriquer et les lui remettre qu'il fournit l'argent censé nécessaire pour l'achat de matériel, allant même jusqu'à contracter une dette onéreuse. Inversement, Brulhart n'a fabriqué les faux coupons que parce qu'il savait que Cassat les lui achèterait ; il a travaillé en quelque sorte sur commande et a remis pratiquement tous les coupons fabriqués à Cassat. Celui-ci l'a pressé de se mettre à l'ouvrage et de faire la livraison dans le plus bref délai possible. Cassat était si fort engagé dans l'opération qu'au début de juillet, il en a parlé à Gerber et lui a promis de lui remettre des coupons. En définitive, il n'a pas joué, dans la consommation du faux, le rôle d'un simple comparse d'importance secondaire, mais bien un rôle de premier plan. S'il avait eu les connaissances

et l'habileté nécessaires, on peut penser qu'il n'aurait pas hésité à fabriquer au besoin lui-même des faux titres.

3. — Il n'y a dès lors aucun motif de distinguer entre les actes qu'il a commis avant la fabrication des coupons et ceux qu'il a commis après. Son activité forme un tout indivisible, comme sa volonté coupable. La mise en circulation des faux titres de rationnement constituait la dernière conséquence de sa participation au délit de faux et ne saurait être punie séparément. Il est dès lors exclu qu'il se soit rendu coupable du délit d'usage de faux ou de recel.

Sa participation au délit comme coauteur exclut de même qu'il ait fait acte de complicité en fournissant aide et conseil à Brulhart.

4 et 5. — .....

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

Rejette le pourvoi.

28. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale  
du 5 avril 1944 en la cause Augsburger  
c. Procureur général du Canton de Neuchâtel.

*Sursis, réparation du dommage.*

Lorsque le dommage n'est, avant la condamnation pénale, fixé ni judiciairement ni par accord avec le lésé, le défaut de réparation n'est pas, au regard de l'art. 41 ch. 1 al. 4 CP, un obstacle à l'octroi du sursis.

Le juge peut toutefois tenir compte, dans le cadre de l'al. 2 du même article, de l'attitude adoptée par le condamné eu égard au tort qu'il a causé.

*Bedingter Strafvollzug, Ersatz des Schadens.*

Das Nichtersetzen des Schadens, der vor der Strafverurteilung weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellt ist, steht nicht gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 4 StGB der Gewährung des bedingten Strafvollzugs im Wege.

Der Richter kann jedoch im Rahmen des Abs. 2 des gleichen Artikels der Haltung, die der Verurteilte in Anbetracht des verursachten Schadens eingenommen hat, Rechnung tragen.

*Sospensione condizionale, risarcimento del danno.*

Se, prima della condanna penale, il danno non è fissato giudizialmente o mediante transazione col leso, il mancato risarcimento di esso non è di ostacolo al beneficio della sospensione condizionale a' sensi dell'art. 41, cifra 1, cp. 4 CP.

Il giudice può tuttavia tener conto, nel quadro del cp. 2 dello stesso articolo, dell'atteggiamento del condannato in relazione al danno causato.

Le Tribunal de police a refusé d'accorder le sursis, parce que « le prévenu ne s'est pas offert à réparer le dommage qu'il a causé à la plaignante, mais qu'il l'impute à l'état de santé de dame Guyot ». La Cour de cassation cantonale retient le même motif ; elle estime que s'il est vrai que le montant du dommage n'avait pas été fixé judiciairement ni par accord avec le lésé, Augsburger pouvait du moins « faire une offre conditionnelle, c'est-à-dire une déclaration de principe ». Le recourant soutient qu'il a fait une telle offre au cours des pourparlers de transaction qui eurent lieu depuis le dépôt de la plainte en mai 1943 jusqu'au 29 octobre 1943 ; que, partant, la condition de l'art. 41 ch. 1 al. 4 CP relative à la réparation du dommage doit être considérée comme remplie.

Il est constant qu'au moment du jugement l'inculpé n'avait pas dédommagé dame Guyot. Mais cette circonstance ne suffit pas — comme l'admettent d'ailleurs les juridictions cantonales — pour justifier le refus du sursis. L'art. 41 ch. 1 al. 4 subordonne le bénéfice de cette mesure à la condition que le condamné ait « autant qu'on pouvait l'attendre de lui, réparé le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé ». D'après ce texte, il ne peut s'agir que des dommages-intérêts dont le principe aussi bien que le montant sont liquides. Dans ce cas — mais dans ce cas seulement — le législateur a lui-même jugé indigne du sursis le condamné qui n'a pas réparé le tort qu'il a causé. En revanche lorsque, comme en l'espèce, le dommage n'est pas établi de la sorte, l'absence de réparation n'est pas, au regard de l'art. 41 ch. 1 al. 4, un obstacle à l'octroi du sursis. Et l'on ne peut non plus entendre cette disposition en ce sens que le prévenu devrait, dans ce cas, avoir

manifesté d'une manière ou d'une autre l'intention de réparer.

Cette interprétation, qui découle des termes mêmes de la loi, répond bien à la volonté du législateur. Les premiers projets du Code pénal exigeaient que le condamné ait, autant qu'il était en son pouvoir, réparé le dommage causé par lui (cf. art. 46 avant-projet de 1893, art. 47 projet d'août 1894, art. 56 projet de 1901/2, art. 57 projet de septembre 1902). Dans une nouvelle rédaction d'août 1907, Stroos fit préciser, à l'art. 61, qu'il devait s'agir d'un « dommage fixé par le juge ». C'est avec cette précision que le texte a été soumis à la 2<sup>e</sup> Commission d'experts et reproduit dans le projet du Conseil fédéral du 23 juillet 1918. Le 31 août 1921, la Commission du Conseil national fut mise en présence du texte suivant, proposé par sa sous-commission : ch. 1 al. 4 : « und wenn er den gerichtlichen oder vergleichsweise festgestellten Schaden..., soweit es ihm möglich war, ersetzt hat ». Elle décida de maintenir la clause, mais sans les précisions relatives à la fixation judiciaire ou conventionnelle du dommage. La Commission de rédaction libella le texte comme il suit : « et si le condamné a fait tout son possible pour réparer le dommage » (1<sup>er</sup> septembre 1921). Mais, en 1928, la Commission revint sur l'avant-dernier alinéa de l'art. 39 du projet pour le mettre en harmonie avec l'art. 36 ch. 1 al. 4 (art. 38 CP relatif à la libération conditionnelle) ; le 27 juin 1928, elle fit adopter par le Conseil national la disposition dans sa teneur actuelle (Bull. stén. CN (tirage spécial) p. 147 in fine).

Il n'est donc pas douteux que le législateur a voulu, dans l'alinéa 4, ne faire dépendre le sursis de la réparation du dommage que si celui-ci a été fixé judiciairement ou par accord avec le lésé. On peut diverger d'opinion sur le bien-fondé de cette solution législative. Mais le juge doit s'y tenir. Sans doute sera-t-il rare que le dommage soit fixé judiciairement avant le jugement pénal, mais le cas peut se présenter, soit que le juge civil ait déjà statué, soit que,

le cas échéant, le juge pénal se prononce préalablement sur la question civile. Il arrivera plus souvent que le dommage soit fixé avant le jugement par accord avec le lésé ; le juge pourra même surseoir à statuer pour donner aux intéressés la faculté de parvenir à une entente. La loi permet d'ailleurs de lier d'une autre manière la question du sursis à la réparation du dommage ; selon le ch. 2 de l'art. 41, le juge peut imposer au condamné qui a obtenu le sursis l'obligation de réparer dans un délai donné.

Au surplus, lorsque le dommage n'est pas fixé avant la condamnation pénale, le juge peut éventuellement tenir compte, dans sa décision sur le sursis, de l'attitude adoptée par le condamné eu égard au tort qu'il a causé. L'art. 41 al. 4 ne régit pas cette hypothèse. Or, la mauvaise volonté manifeste mise par l'auteur à réparer, dans la mesure de ses ressources, un préjudice d'emblée certain, l'indifférence ou l'insouciance dont il fait preuve pour les conséquences de son acte, peuvent justifier le refus du sursis en vertu de l'alinéa 2 de l'art. 41 ; pareille attitude peut en effet jeter un jour défavorable sur le caractère du condamné et permet, le cas échéant, de conclure qu'une mesure de faveur ne le détournerait pas de commettre de nouveaux crimes ou délits.

En l'espèce, les tribunaux neuchâtelois ont refusé le sursis par application de l'art. 41 al. 4. Motivée de la sorte, cette décision ne peut être maintenue. Quant à savoir si elle pourrait se justifier en vertu de l'al. 2 du même article, la juridiction cantonale ne s'est pas prononcée sur ce point. Il convient donc de lui renvoyer la cause à cet effet, en relevant ce qui suit :

La plaignante a subi un préjudice évident du fait des sévices dont elle a été victime, ne s'agirait-il que des frais de consultation d'un médecin et de constitution d'un mandataire. Le recourant ne pouvait donc raisonnablement décliner toute responsabilité quant aux conséquences de son acte, même s'il pouvait se croire fondé à imputer à l'état de santé de dame Guyot les troubles physiques et

psychiques dont elle se plaignait. Or l'arrêt attaqué constate à la suite du jugement de première instance que le condamné « ne s'est pas offert à réparer le dommage ». Le recourant critique cette constatation, mais en l'état elle lie le Tribunal fédéral, car, si elle est peu conciliable avec l'existence avérée de pourparlers transactionnels, elle n'est pas manifestement erronée (art. 275 al. 1 PPF). Il appartiendra toutefois à la juridiction cantonale, appelée à statuer à nouveau sur le sursis, de revoir ce point de fait, si le droit de procédure l'y autorise. Il lui sera loisible également de tenir compte à ce sujet de la déclaration de la Caisse nationale du 11 janvier 1944 et de la lettre du conseil du prévenu du 25 septembre 1943, pièces que le recourant a produites pour la première fois devant le Tribunal fédéral et qu'à ce titre celui-ci n'aurait pu prendre en considération dans la présente instance (art. 272 bis litt. b PPF).

**29. Urteil des Kassationshofes vom 30. Juni 1944 i. S. Gammenthaler gegen Generalprokurator des Kantons Bern.**

*Art. 41 Ziff. 3 StGB.* Die Strafe ist auch dann vollziehen zu lassen, wenn dem Verurteilten für das während der Probezeit begangene neue Verbrechen oder Vergehen wiederum der bedingte Strafvollzug zugebilligt worden ist.

*Art. 41 ch. 3 CP.* Le juge doit ordonner l'exécution de la peine même lorsque le condamné qui encourt durant le délai d'épreuve une nouvelle peine pour un crime ou un délit est mis à nouveau au bénéfice du sursis.

*Art. 41, cifra 3 CP.* Il giudice deve ordinare l'esecuzione della pena anche se il condannato che incorre in una nuova pena per un crimine o un delitto durante il periodo di prova è messo nuovamente al beneficio della sospensione condizionale.

A. — Am 30. März 1944 hat das Obergericht des Kantons Bern den bedingten Strafvollzug, welchen das Amtsgericht von Bern Wilhelm Gammenthaler am 27. Mai 1942 für eine in Anwendung eidgenössischen Rechts ausgesprochene Gefängnisstrafe von fünfunddreissig Tagen