

oder Tötungsdelikt (Art. 111 ff.) vor. Zum Raufen gehört begriffsnotwendig, dass Stösse, Schläge u. s. f. hin- und zurückgegeben werden. Man kann nicht mit einem raufen, der sich nicht darauf einlässt, sondern passiv bleibt oder den Angriff bloss abwehrt. So wird das Wort raufen im täglichen Leben verstanden, und es ist nicht ersichtlich, dass damit in Art. 133 StGB etwas anderes gemeint wäre.

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Wortlaut dieser Bestimmung, wonach straflos bleibe, wer bloss abwehre oder die Streitenden scheidet. Das wäre nach seiner Auffassung unverständlich, wenn der Vorsatz, aktiv mitzumachen, zum Begriff des Raufhandels gehörte; denn wer bloss abwehre oder die Streitenden scheidet, wäre dann gar nicht am Raufhandel « beteiligt ». Hierin liegt eine *petitio principii*. Allerdings ist nach dem Wortlaut von Art. 133 am Raufhandel an sich auch beteiligt, wer bloss abwehrt oder scheidet. Aber die Beteiligung am Raufhandel setzt voraus, dass ein solcher überhaupt vorliegt, und das ist nach dem Gesagten eben dann nicht der Fall, wenn der Angegriffene oder die Angegriffenen passiv bleiben oder bloss abwehren. Der Nachsatz « sofern er nicht bloss abwehrt oder die Streitenden scheidet » bezieht sich auf Fälle, wo auf jeder Seite mindestens einer aktiv an den Tätlichkeiten teilnimmt, während andere bloss abwehren oder die Streitenden zu trennen suchen.

Richtig ist hingegen, dass die *ratio*, welche zur Aufstellung von Art. 133 geführt hat, nämlich die Schwierigkeit, bei Verletzung oder Tötung eines Beteiligten den Urheber festzustellen, auch dann zutreffen kann, wenn zwar die angegriffene Seite sich passiv verhalten hat, auf der Seite der Angreifer aber mehrere Personen beteiligt sind. Die *ratio* ist jedoch für die Auslegung einer Strafbestimmung nicht allein massgebend. Sie erlaubt nicht, Fälle darunter zu subsumieren, die nach dem allgemein anerkannten Wortsinn nicht darunter fallen.

Wo zwei oder mehrere Personen einen Dritten oder Dritte in einer Weise angreifen, dass die angegriffene Partei nicht zum Dreinschlagen kommt, wird man es übrigens regelmässig mit einem verabredeten Überfall zu tun haben, bei dem die einzelnen Angreifer als Mittäter beteiligt sind. Dann werden sie trotz alleiniger Anwendbarkeit der Bestimmungen über Körperverletzung oder Tötung zum mindesten nicht milder bestraft werden, als wenn Raufhandel vorläge und infolgedessen Art. 133 allenfalls mitanwendbar wäre. Das zeigt auch der vorliegende Fall.

Ebensowenig spricht für die Auffassung des Beschwerdeführers, dass Raufhandel von Amtes wegen, einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) nur auf Antrag verfolgbar ist. Gerade dann, wenn der Verletzte selber nicht tötlich geworden ist und deshalb von der Eröffnung eines Strafverfahrens über den Vorfall nichts zu befürchten hat, wird er den Strafantrag stellen, während dort, wo alle am Kampf aktiv beteiligt waren, ein Antrag normalerweise weniger zu erwarten ist und sich daher angesichts der Gefährlichkeit solcher Schlägereien die Verfolgung von Amtes wegen rechtfertigt.

2. — Hat somit die Vorinstanz den Tatbestand des Raufhandels mit Recht verneint, so kann dahingestellt bleiben, ob und wie weit andernfalls Art. 133 neben Art. 123 in Idealkonkurrenz anwendbar wäre.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**35. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 19 mai 1944
dans la cause Ayygalenq
contre Ministère public du Canton de Genève.**

1. Le pourvoi en nullité est recevable contre les prononcés de la juridiction cantonale supérieure qui renvoient la cause aux premiers juges, et cela aussi sur les points où le jugement de première instance a été confirmé. (Art. 268 PPF.)

2. L'article 143 CP établit pour la soustraction de choses mobilières, y compris le vol d'usage, un système achevé de répression qui ne laisse place à aucune réglementation cantonale au titre de contravention.
1. Gegen Entscheide der obern kantonalen Instanz, welche die Sache an den erstinstanzlichen Richter zurückweisen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, und zwar auch in Punkten, in welchen das erstinstanzliche Urteil bestätigt worden ist (Art. 268 BStrP).
 2. Art. 143 StGB schliesst für die Entziehung beweglicher Sachen, inbegriffen den Gebrauchsdiebstahl, das System von Strafnormen ab und lässt dem kantonalen Übertretungsstrafrecht keinen Raum.
1. Il ricorso per cassazione è ammissibile contro le sentenze della giurisdizione cantonale superiore che rimandano la causa ai primi giudici, anche sui punti in cui il giudizio di prima istanza è stato confermato (art. 268 PPF).
 2. L'art. 143 CP stabilisce per la sottrazione di cose mobili, compreso il furto d'uso, un sistema completo di repressione che non lascia adito alla legislazione cantonale.

A. — Le recourant a passé la nuit du 24 au 25 décembre 1943 dans la ville de Genève. Vers onze heures du soir, il se trouvait dans un groupe de personnes qui faisaient du tapage. A l'arrivée d'une patrouille de police, elles se dispersèrent. Le recourant, qui était ivre, enfourcha la bicyclette d'un tiers et tenta de s'enfuir. Il fut rejoint et mené au poste de police.

La Cour correctionnelle de Genève a condamné le recourant à un mois d'arrêts avec sursis pendant cinq ans, en vertu de l'art. 37, § 48 de la loi pénale genevoise du 20 septembre 1941 punissant « ceux qui, sans avoir l'intention de se l'approprier, auront sans droit utilisé une chose mobilière appartenant à autrui ». La Cour a estimé que les art. 137 et 143 CPS n'étaient pas applicables, faute d'intention du prévenu de se procurer un enrichissement illégitime et faute de dommage causé au propriétaire de la bicyclette, lequel n'a du reste pas porté plainte. Les juges ont admis une responsabilité restreinte du prévenu (art. 11 et 263 CPS).

B. — Le condamné s'est pourvu à la Cour de cassation du Canton de Genève en reprochant à la Cour correc-

tionnelle : 1° de l'avoir condamné pour « vol d'usage » alors qu'il était prévenu de vol de bicyclette ; 2° d'avoir appliqué l'art. 37 § 48 de la loi genevoise, qui est inconciliable avec l'art. 143 CPS ; 3° d'avoir appliqué l'art. 263 CPS.

Le 29 mars 1944, la Cour a rejeté les deux premiers moyens invoqués par le recourant, mais admis le troisième moyen et renvoyé la cause aux premiers juges pour qu'ils statuent à nouveau.

C. — Aygalenq a interjeté un pourvoi en nullité auprès de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Il attaque l'arrêt de la Cour de cassation cantonale « en tant seulement qu'il a déclaré que le recourant pouvait être condamné pour vol d'usage » en vertu de l'art. 37 § 48 de la loi pénale genevoise, à l'exclusion de l'art. 143 CPS. Selon le recourant, le législateur cantonal n'avait point pouvoir de réprimer le vol d'usage, le législateur fédéral n'ayant pas en cette matière laissé une lacune à combler par les cantons. Le recourant conclut en conséquence à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour que celle-ci statue en vertu de l'art. 143 CPS et exige l'existence d'un dommage et le dépôt d'une plainte.

Considérant en droit :

1. — L'arrêt attaqué est un « jugement de dernière instance » selon l'art. 268 PPF tel que la jurisprudence l'a interprété (RO 68 IV 113). Car, du moment que le pourvoi en nullité est recevable contre les arrêts qui renvoient la cause aux premiers juges pour qu'ils statuent à nouveau, lorsque ce renvoi a des motifs tirés du droit fédéral, il doit être recevable non seulement sur les points où le jugement de première instance a été infirmé, mais aussi sur ceux où il a été confirmé et où il est devenu définitif pour les juridictions cantonales. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, ce serait, en effet, prolonger sans raison la procédure que d'obliger l'intéressé d'attendre

les nouveaux prononcés avant de saisir le Tribunal fédéral (arrêt cité p. 114).

2. — L'art. 143 CP punit de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui, sans dessein d'enrichissement, soustrait une chose mobilière à l'ayant droit et lui cause ainsi un dommage. Ce délit ne se poursuit que sur plainte.

Les premiers juges ont déclaré cet article inapplicable vu l'absence de dommage et de plainte. Ils se sont en conséquence fondés sur l'art. 37 § 48 de la loi pénale genevoise. Mais l'applicabilité de cette disposition dépend d'abord du pouvoir du canton de l'édictateur en vertu de l'art. 335 ch. 1 CP, malgré la réglementation de la matière par l'art. 143 CP.

L'arrêt RO 68 IV 40 définit la compétence laissée aux cantons pour réprimer certains actes au titre des contraventions. Il exclut ce pouvoir lorsque la réglementation fédérale est complète, qu'elle embrasse toute la matière et l'épuise. Il l'admet en revanche lorsque le législateur fédéral n'a pas réglé un domaine du droit pénal ou ne l'a réglé qu'en partie, soit qu'il n'ait retenu et déclaré punissables que certains faits, soit qu'il ait laissé subsister exceptionnellement et intentionnellement des lacunes dans son système afin de permettre aux cantons de réprimer tel ou tel acte selon leurs conceptions particulières sur sa punissabilité.

L'article 143 CP appartient aux dispositions qui ne laissent pas place à la législation cantonale. En adoptant cet article, le législateur fédéral a comblé lui-même une lacune souvent ressentie dans le système des infractions contre la propriété et qui existait entre le vol, les détournements et l'abus de confiance d'une part et les dommages à la propriété d'autre part. On ne voit pas quelles lacunes il aurait pu volontairement créer. Dans ce compartiment du droit pénal, les conceptions sur la punissabilité ne sont pas très différentes, notamment quant au « vol d'usage ». Il n'y avait donc aucun motif de faire une brèche dans le système achevé des règles de répression. Au contraire,

il y a tout lieu d'admettre qu'en édictant l'art. 143 CP le législateur fédéral a entendu établir pour les soustractions de choses mobilières, y compris le « furtum usus », un ensemble de principes complets, exclusifs et uniformes pour tout le territoire de la Confédération. Dans l'art. 143, il a rangé la soustraction d'une chose mobilière, lorsqu'elle est commise sans dessein d'enrichissement, au nombre des délits, en exigeant pour la répression l'existence d'un dommage et le dépôt d'une plainte. S'il avait voulu punir au titre des contraventions les faits non dommageables, il n'eût pas manqué d'insérer dans le code une disposition en ce sens. Il ne l'a pas fait. Et sa volonté de ne pas frapper ces cas de sanctions pénales se manifeste au second alinéa de l'art. 143 où il prévoit l'amende pour « les cas de très peu de gravité ». Le silence de la loi ne saurait ainsi être qualifié de lacune voulue, autorisant les cantons à réprimer comme contraventions des soustractions qui ne causent aucun dommage. Au reste, lorsque le législateur fédéral a rangé dans les éléments constitutifs d'une infraction un facteur de gravité — par exemple l'existence d'un dommage —, il indique par là que la punissabilité de l'acte dépend de ce facteur et qu'il veut exclure la répression pénale lorsque cet élément manque. S'il en était autrement, il serait loisible au législateur cantonal de créer des infractions en marge du droit fédéral en omettant tel ou tel élément qui est constitutif du délit selon la définition du législateur fédéral. Admettre une lacune dans l'art. 143 autoriserait au surplus les cantons à prévoir dans le cas le moins grave une simple contravention et à la réprimer d'office alors que le droit fédéral ne prévoit la poursuite du cas plus grave, à savoir du délit, que s'il y a plainte. Ce résultat serait absurde ; il ne peut avoir été voulu par le législateur fédéral.

Même si l'on considère spécialement le vol d'usage et notamment celui d'un cycle, la réglementation du législateur fédéral ne présente pas de lacune sensible, car les

cas où pareille soustraction ne causera aucun dommage quelconque au propriétaire du véhicule seront très rares et alors, vraisemblablement, de si minime importance qu'une poursuite pénale ne s'imposerait pas.

Faute de lacune à combler, l'art. 37 § 48 de la loi pénale genevoise se révèle incompatible avec l'art. 143 CPS. Il a donc été appliqué à tort dans le cas particulier.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Admet le recours, annule l'arrêt cantonal en tant qu'il est attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle statue à nouveau en tenant compte de l'incompatibilité de l'art. 37 § 48 de la loi pénale genevoise avec le droit pénal fédéral.

**36. Urteil des Kassationshofes vom 22. September 1944 i. S.
Weber gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zug.**

Gewerbmässig handelt auch, wer durch die wiederholte Begehung der Tat ein Erwerbseinkommen nicht sich selbst, sondern einem Dritten verschaffen will.

Fait aussi métier d'une infraction celui qui par la répétition de l'acte ne veut pas se procurer des ressources à lui-même, mais veut en procurer à un tiers.

Fa mestiere d'un' infrazione anche colui che, ripetendo l'atto, non vuole procurare un introito a se stesso, ma ad un terzo.

A. — Johann Weber, der auf Rechnung seines Vaters in Menzingen ein landwirtschaftliches Heimwesen bewirtschaften hilft, setzte der in die Käserei gelieferten Milch von Mitte Mai bis 10. Juni 1941, während vierzehn Tagen im Oktober 1941 und vom Juli bis 31. August 1942 Wasser zu, « damit es einen grösseren Milchzahltag gebe ». Am 26. Juni 1944 verurteilte ihn daher das Strafobergericht des Kantons Zug wegen gewerbmässiger Milchfälschung (Art. 153 Abs. 2 StGB) zu anderthalb Monaten Gefängnis, bedingt vollziehbar, und zu hundert Franken Busse und

verfügte, dass das Urteil im Amtsblatt des Kantons Zug zu veröffentlichen sei.

B. — Der Verurteilte ficht dieses Urteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Er beantragt, es sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie bloss Art. 153 Abs. 1 StGB anwende. Nach seiner Auffassung ist das Merkmal der Gewerbmässigkeit der Milchfälschung nicht gegeben, weil der unrechtmässige Gewinn aus dem Verkauf der Milch nicht ihm, sondern seinem Vater als Inhaber des Betriebes zugekommen sei.

C. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

Gewerbmässig handelt, wer die Tat wiederholt begeht, in der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen (BGE 70 IV 16). Diese Rechtsprechung geht vom Normalfall aus, wo der Täter den Erwerb sich selber verschaffen will. Wie es zu halten ist, wenn er den Gewinn ausschliesslich einem Dritten zuhält, wurde bisher nicht entschieden. Indessen ist auch in diesem Falle die Gewerbmässigkeit gegeben. Sie qualifiziert das Verbrechen oder Vergehen nicht wegen der egoistischen Beweggründe, auf die sie in der Regel zurückgeht, sondern weil der Täter die strafbare Handlung überhaupt als Mittel zur Erzielung von Einnahmen, gleichgültig ob für sich oder für einen andern, betrachtet und dadurch die dem Gewerbebetrieb eigene Bereitschaft offenbart, gegen unbestimmt viele zu handeln, wo immer sich passende Gelegenheit bietet. Diese Bereitschaft, in Verbindung mit der Absicht, das Verbrechen oder Vergehen für jemanden zur Verdienstquelle zu machen, lässt den Täter, der sich wiederholt vergeht, als besonders strafwürdig erscheinen. Es wäre z. B. nicht gerechtfertigt, die Dirne, welche sich öffentlich zur entgeltlichen Unzucht anbietet, bloss dann zu bestrafen, wenn sie den Lohn für sich behält, und nicht auch dann, wenn sie ihn einem Zuhälter abliefern ; im