

suchs der Anstiftung verurteilt werden; denn Bevorzugung eines Gläubigers ist bloss ein Vergehen (Art. 167, Art. 9 Abs. 2 StGB), und nach Art. 24 Abs. 2 StGB ist die versuchte Anstiftung nur strafbar, wenn der Anstifter den andern zur Begehung eines *Verbrechens* bestimmen will. Falls dagegen Schödler schuldig befunden wird, ist auch Hagenbucher schuldig zu sprechen.

Denn die subjektiven Voraussetzungen der Anstiftung sind erfüllt. Das Obergericht stellt in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht verbindlich fest, dass Hagenbucher die Zahlungsunfähigkeit Schödlers kannte und dass er wusste, dass die Bestellung des Faustpfandes seine Lage als Gläubiger zum Nachteil anderer Gläubiger verbessere. Den Konkurs sah er voraus; gerade deswegen verlangte er ja nach der Auffassung der Vorinstanzen das Pfand. Indem er sein Begehren trotz Kenntnis dieser Tatsachen mit Wissen und Willen stellte, *wollte* er auch, dass ihn Schödler zum Nachteil anderer Gläubiger bevorzuge. Ob er die Anstiftung im eigenen Interesse oder im Interesse des Bürgen Ritter beging, ist nicht erheblich. Bevorzugt im Sinne des Art. 167 ist der Gläubiger, wenn er *aus den Mitteln des Schuldners* zum Nachteile anderer Gläubiger mehr erhält, als er auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erhalten würde. Darauf, ob die Tat letzten Endes dem Gläubiger selber oder vielmehr einem Dritten (Bürgen, Solidarschuldner usw.) zum Vorteil gereicht oder gereichen soll, ja ob sie überhaupt jemandem nützt, kommt nichts an.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 5. Dezember 1947 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

12. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 23 janvier 1948 dans la cause Ministère public du canton de Genève contre Siebenthal.

Art. 217 al. 1 CP.

La condamnation de l'époux en instance de divorce suppose soit une décision du juge civil soit un accord privé constatant l'obligation d'entretien.

Art. 217 Abs. 1 StGB.

Die Bestrafung des in Scheidung begriffenen Ehegatten setzt voraus, dass die Leistungspflicht entweder durch den Zivilrichter festgestellt oder durch die Ehegatten vereinbart worden ist.

Art. 217 cp. 1 CP.

La condanna del coniuge durante la procedura di divorzio presuppone che l'obbligo degli alimenti sia stato stabilito dal giudice o pattuito dai coniugi.

A. — Les époux Marcel et Louise de Siebenthal vivent séparés depuis juin 1942. Par une convention conclue ce mois-là, le mari s'est engagé à contribuer à l'entretien de sa femme par une pension mensuelle de 80 fr. et à régler le solde de la chambre à coucher, dont il lui abandonnait la propriété. Le 26 mars 1943, le président du Tribunal civil du district d'Yverdon a autorisé les époux de Siebenthal à vivre séparés et astreint le mari à « reprendre les versements de 60 fr. sur la chambre à coucher ».

Par une nouvelle convention, du 17 mai 1944, Siebenthal a reconnu devoir à son épouse 1400 fr. « représentant la pension de juin 1942 à mai 1944, soit 23 mois à 60 fr. = 1380 fr. »; il s'est engagé à régler cet arriéré à raison de 60 fr. par mois et à payer en outre régulièrement la pension courante de 60 fr. par mois. Il n'a pas tenu cet engagement. Aussi son épouse a-t-elle porté, le 28 septembre 1946, une plainte, qu'elle a retirée le 20 décembre 1946, après avoir touché un acompte de 300 fr.

Dès cette date, Siebenthal, qui a ouvert, le 16 décembre 1946, une action en divorce devant le Tribunal d'Yverdon, n'a plus rien versé.

B. — Par jugement du 14 juillet 1947, le Tribunal de police du canton de Genève lui a infligé trois jours d'emprisonnement avec sursis en vertu de l'art. 217 CP.

C. — Sur appel du condamné, la Cour de justice l'a libéré de toute peine, le 18 octobre 1947.

D. — Contre cet arrêt, le Procureur général s'est pourvu en nullité au Tribunal fédéral.

Siebenthal conclut au rejet du pourvoi.

Considérant en droit :

1. — D'après la Cour de justice, la plainte du 18 septembre 1946 ayant été retirée le 20 décembre 1946, seule la période postérieure à cette dernière date entre en ligne de compte ; et comme les époux de Siebenthal sont en instance de divorce depuis le 16 septembre, l'obligation du mari de fournir des subsides à sa femme ne pourrait découler que d'une ordonnance fondée sur l'art. 145 CC ; or une telle ordonnance n'a pas été prise.

Dans l'arrêt Isler du 15 septembre 1944 (RO 70 IV 168), invoqué par la Cour genevoise, le Tribunal fédéral a jugé, en vérité, que, s'agissant de conjoints en instance de divorce, l'application de l'art. 217 CP supposait un prononcé du juge civil constatant l'existence et l'étendue de l'obligation d'entretien. Il est parti de l'idée qu'un époux ne saurait être condamné pour violation de cette obligation avant que le montant de ses prestations pécuniaires ait été fixé. Mais il peut l'être aussi bien par une entente des parties que par une ordonnance judiciaire. C'est pourquoi l'arrêt Gmehlin du 5 mars 1943 — cité de manière incomplète par l'arrêt Isler — précise que lorsque les époux plaident en divorce « une décision du juge civil ou un accord privé est une condition préalable de la poursuite pénale ». Il n'y a aucune raison de revenir sur cette jurisprudence, confirmée par l'arrêt du 1^{er} février 1946 dans la cause Reinauer.

En l'espèce, les prestations dues par l'intimé à sa femme ont été fixées à 80 fr. par la convention de juin 1942 et

ramenées à 60 fr. par celle du 17 mai 1944, qui continue de sortir effet malgré l'ouverture de l'action en divorce. Sans doute cette dernière convention n'a-t-elle pas été ratifiée par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 CC) et la première ne l'a-t-elle été qu'en ce qui concerne le paiement de la chambre à coucher. Mais une telle ratification, qui ne pourrait consister que dans une décision du juge, n'est pas nécessaire, puisqu'un accord privé suffit. Du reste, le Code civil ne la prescrit que pour les conventions destinées à régler les effets accessoires d'un divorce ou d'une séparation de corps judiciaire (art. 158 ch. 5). Celles qui prévoient le versement de contributions pendant une simple séparation de fait n'ont pas à être approuvées (RO 70 III 80). Contrairement à l'opinion de la Cour genevoise, Siebenthal ne saurait opposer l'art. 173 CC à une poursuite de son épouse (même arrêt).

2. — Le délit réprimé par l'art. 217 CP se poursuit d'office. Par conséquent, le retrait de la plainte du 28 septembre 1946 — laquelle est en réalité une dénonciation — ne saurait dispenser la juridiction cantonale, à qui la cause doit être renvoyée, de prendre aussi en considération la période antérieure au 20 décembre 1946, à moins que la procédure genevoise ne le permette pas. Selon le jugement du Tribunal de police, le représentant du ministère public a déclaré aux débats que la poursuite ne visait que la période postérieure à cette date. Il n'appartient pas à la Cour de céans de mesurer la portée de cette déclaration (art. 269 PPF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Admet le recours, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle statue à nouveau.