

gemacht, wenn auf ein- und dieselbe Rechtsfrage gleichzeitig das Recht des Bundes und des Kantons zur Anwendung komme, so z. B., wenn bei Handhabung des kantonalen Rechtes vorfrageweise über materielles Recht des Bundes zu entscheiden sei und eine Verletzung des letzteren behauptet werde. Um einen derartigen Fall handelt es sich hier, da der Beschwerdeführer nicht wegen Übertretung des MFG bestraft worden ist, sondern diese Frage nur vorfrageweise bei der Entscheidung über das Verschulden bei dem kantonalrechtlichen Delikt der fahrlässigen Körperverletzung geprüft worden ist. Das zürcherische Kassationsgericht wäre somit auf eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das obergerichtliche Urteil eingetreten, weshalb der Kassationshof des Bundesgerichtes auf die vorliegende Beschwerde nicht eintreten kann.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Auf die Kassationsbeschwerde wird nicht eingetreten.

**31. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 24 mai 1937
dans la cause Ministère public de la Confédération
contre Lebet et consorts.**

Recevabilité d'un recours en cassation contre un jugement fondé sur un verdict. Jugement n'ayant pas fait l'objet d'un recours de droit cantonal. Portée plus étendue du recours de droit fédéral (art. 268 PPF).

Attitude du TF à l'égard de jugements rendus sur la base d'un verdict. Inapplicabilité de l'art. 277 PPF. Le TF doit examiner si les réponses du jury impliquent une violation du droit fédéral (art. 269). La décision d'un jury qui résout en même temps le fait et le droit, notamment quant à la culpabilité, échappe pratiquement à l'examen de la Cour de cassation.

A. — Par jugement du 11 janvier 1937, le Tribunal correctionnel de Neuchâtel a libéré André Lebet, Charles Tissot et Charles Grivaz du chef d'infraction à l'arrêté fédéral du 21 juin 1935 tendant à garantir la sûreté de la

Confédération. Le Tribunal était assisté d'un jury qui répondit de la manière suivante aux questions posées :

1^{re} question : Lebet a-t-il, sur territoire suisse, durant l'année 1936, pratiqué dans l'intérêt de la France et au préjudice de l'Allemagne, un service de renseignements militaires, en engageant Charles-André Tissot comme pilote d'avion dans ce service, en survolant avec lui plusieurs fois le territoire allemand où il prenait des vues photographiques de caractère militaire qui lui étaient commandées par les services militaires français et dont il remettait ensuite les films aux services français, sur territoire français, ces vols étant chaque fois effectués au départ de Lausanne ?

Réponse : oui.

2^e question : Lebet est-il coupable ?

Réponse : 3 oui, 3 non.

3^e question : Tissot a-t-il sur territoire suisse, durant l'année 1936, pratiqué dans l'intérêt de la France et au préjudice de l'Allemagne un service de renseignements militaires en acceptant de piloter et en pilotant Lebet depuis Lausanne pour survoler le territoire allemand et lui permettre la prise de photographies destinées au service d'espionnage français ?

Réponse : oui.

4^e question : Tissot est-il coupable ?

Réponse : non.

5^e question : Grivaz a-t-il, sur territoire suisse, dans les premiers mois de l'année 1936, favorisé un service de renseignements militaires dans l'intérêt de la France et au préjudice de l'Allemagne en mettant en relations Lebet avec Serod dit Girard, officier au service de renseignements français qui s'était adressé à lui pour lui demander s'il connaissait quelqu'un, sachant bien l'allemand, de nationalité suisse et qui se chargerait de renseigner l'Etat-major français sur ce qui se passait de l'autre côté du Rhin ?

Réponse : oui.

6^e question : Grivaz est-il coupable ?

Réponse : 3 oui, 3 non.

Le jugement d'acquiescement contient un seul considérant ainsi conçu :

« Vu la déclaration du jury aux questions posées par le président, déclaration prononçant la non culpabilité des accusés ».

B. — Par acte du 21 janvier 1937, le Ministère public de la Confédération s'est pourvu en nullité contre ce jugement auprès de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Il conclut au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Dans son mémoire à l'appui du pourvoi, le recourant prétend que les réponses du jury aux questions 2, 4 et 6 violent la notion de dol du droit fédéral. Or, même en présence d'un verdict, la Cour de cassation peut revoir l'application du droit fédéral, tout au moins en examinant les hypothèses raisonnables qui ont pu former la base de la décision du jury. En l'espèce, les réponses du jury aux questions 1, 3 et 5 établissent clairement les faits et leur donnent même leur qualification juridique ; en revanche, les jurés ont mal résolu la question de droit relative à la culpabilité, car l'existence de l'intention comme aussi la conscience de l'illicéité ressortent nettement des constatations faites.

Considérant en droit :

1. — Il échet d'examiner tout d'abord si le jugement attaqué est un jugement de dernière instance cantonale, comme le soutient le recourant, ou si au contraire il pouvait encore faire l'objet d'un recours de droit cantonal. L'art. 486 du Code de procédure pénale neuchâtelois statue que tout jugement principal peut être soumis à la Cour de cassation. Il résulte d'autre part, tant de cas traités par le Tribunal fédéral (cf. notamment l'arrêt Thorens du 1^{er} février 1937) que des renseignements fournis en l'espèce par la Cour cantonale que le moyen cantonal de la cassation s'étend aussi à l'interprétation du droit pénal fédéral.

On peut seulement se demander s'il y a lieu de faire une exception pour les jugements qui reposent sur un verdict, attendu qu'aux termes de l'art. 449 CPPN la déclaration du jury ne peut jamais être soumise à aucun recours. Mais on ne peut inférer de cet article que la même règle s'applique au jugement que le Tribunal rend sur la base d'un verdict. Il découle en effet de l'art. 445 CPPN que c'est la cour et non le jury qui se prononce sur la qualification juridique de l'infraction (ci-dessous, cons. 3) ; cette circonstance milite en faveur de la recevabilité d'un recours en cassation contre le jugement lui-même. Les parties doivent d'ailleurs disposer d'une voie de droit leur permettant d'attaquer la contrariété du jugement et du verdict. De fait, ainsi qu'il ressort d'une lettre de la Cour de cassation cantonale, cette juridiction se saisit de tels recours. Mais il reste que le point de savoir si le jury a eu tort de répondre à une question *oui* ou *non* ne peut jamais être soulevé, autant du moins qu'on est en présence d'un verdict régulier, c'est-à-dire qui n'est ni incomplet ni contradictoire. L'examen de la Cour cantonale se limite donc aux deux hypothèses envisagées ci-dessus : erreur de qualification et fausse interprétation du verdict. Au contraire, le recours en cassation du droit fédéral a, en principe, des effets plus étendus ; il permet au Tribunal fédéral de revoir même le verdict du jury, en tant que celui-ci résout des questions de droit. Peu importe que cet examen soit « in concreto » rendu impossible par la manière dont les questions ont été posées au jury, notamment lorsque le fait et le droit n'ont pas été distingués : dans ce cas, la Cour est pratiquement liée au verdict (ci-dessous, consid. 2). Mais les deux recours, du droit cantonal et du droit fédéral, n'en conservent pas moins, en eux-mêmes, une portée différente. En l'espèce, le recours critique la décision même du jury ; la Cour de cassation cantonale ne fût dès lors pas entrée en matière. Partant, le jugement attaqué apparaît comme un jugement de dernière instance. Il est d'autre part de jurisprudence (cf. notamment RO 36 I 287) que le pour-

voi en cassation fédéral peut être dirigé contre des jugements fondés sur le verdict d'un jury. Le présent recours est donc recevable.

2. — La recevabilité du recours ne préjuge pas l'attitude que le Tribunal fédéral doit prendre à l'égard de jugements dont les motifs consistent en une simple référence à la décision des jurés. On pourrait soutenir que de tels jugements fussent, en vertu de l'art. 277 PPF, être annulés et renvoyés à l'autorité cantonale ; celle-ci devrait motiver son prononcé de manière à permettre à la Cour de cassation de revoir l'application de la loi. Cette solution aurait pour conséquence que les cantons ne pourraient plus déférer la connaissance des infractions de droit fédéral aux cours d'assises, ou qu'en dérogation à la règle communément admise les verdicts devraient dans ces cas être motivés. Mais le Tribunal fédéral a déjà déclaré — il est vrai, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure fédérale — qu'un tel renvoi ne saurait être envisagé ; les art. 160 ss de l'OJ, qui s'appliquaient alors, ne contenaient aucune disposition relative à la forme des jugements cantonaux et les cantons étaient libres d'organiser la juridiction chargée de connaître des infractions de droit fédéral (cf. RO 35 I 177/8). La loi nouvelle ne permet pas de dire que l'on ait voulu restreindre la liberté des cantons à cet égard ; on n'y trouve en particulier aucune disposition correspondant à l'art. 63 OJ prescrivant la forme que doivent revêtir les jugements civils susceptibles d'un recours en réforme. Le législateur ne pouvait pourtant pas ignorer les difficultés rencontrées par le Tribunal fédéral dans l'examen des jugements reposant sur un verdict ; ces difficultés avaient aussi été signalées par la doctrine. Il n'a cependant pas voulu poser une règle qui eût signifié pour les cantons l'abandon ou la transformation radicale de l'institution du jury, du moins dans toutes les causes pénales de droit fédéral. La Cour de cassation n'a donc pas de raison de se départir de sa jurisprudence constante. Elle ne peut en principe se refuser à examiner si les réponses données par le jury impliquent une violation du droit fédéral.

Mais sa mission est rendue singulièrement difficile lorsque les jurés tranchent non seulement la question de fait mais aussi la question de droit, et lorsque, dans leur verdict, ils répondent par une seule phrase aux deux questions. On s'est demandé si, en pareil cas, la Cour ne pouvait pas elle-même reconstituer les faits d'après le dossier et prendre pour base de sa décision les faits ainsi établis. La jurisprudence a rejeté cette solution, parce qu'on ne peut pas faire abstraction des faits qui ont pu résulter des débats, en particulier des dépositions des témoins dont il ne subsiste aucune trace. Elle a admis en revanche que le Tribunal fédéral pouvait exercer son contrôle en envisageant successivement tous les états de fait que le jury a pu considérer comme constants ; le jugement ne pourra alors être cassé que si, dans toutes les hypothèses entrant en ligne de compte, il implique une violation de la loi pénale (cf. RO 33 I 657 ; 35 I 177/8). Dans ces conditions, il est souvent impossible au Tribunal fédéral, ainsi que le relèvent les arrêts cités, de revoir l'application du droit. On ne peut cependant affirmer que le recours en cassation n'ait pour autant aucun sens. Il peut principalement atteindre son but en présence d'un jugement de condamnation, car, dans ce cas, les jurés ont dû constater l'existence des faits à la base de l'accusation avant d'y voir une infraction à une disposition du droit pénal fédéral ; la juridiction de cassation peut alors apprécier l'exactitude de cette conclusion. Mais l'examen de la Cour peut, le cas échéant, porter aussi sur un jugement d'acquiescement, à savoir lorsque la position des questions distingue le fait et le droit : le jury affirme p. ex. l'existence d'un certain fait, mais nie qu'une prescription légale ait été violée. En revanche, le recours est voué à l'échec lorsque le verdict ne permet pas de dire si le jury a nié l'existence d'un fait ou s'il a refusé de voir dans le fait incriminé une infraction à la loi. Le jugement peut renfermer une erreur de droit ; celle-ci n'apparaît pas et elle ne peut être redressée. Le moyen de la nullité est en effet dirigé contre le jugement tel qu'il est ; il ne peut soulever d'autres points que ceux qui ressortent du jugement.

La décision d'un jury qui résout en même temps le fait et le droit échappe pratiquement à l'examen de la Cour de cassation.

3. — En l'espèce, le point de savoir si les accusés ont commis les actes qui leur étaient reprochés a été traité pour lui-même. Le recourant estime que les questions 1, 3 et 5 portaient aussi sur la qualification juridique desdits actes et que, dès lors, par leur réponse affirmative, les jurés ont également résolu la question de l'infraction à l'arrêté fédéral de 1935. Cette manière de voir a contre elle les termes mêmes du questionnaire ; elle est en outre en désaccord avec le code de procédure cantonal qui, en son art. 433, prévoit que la première question à poser au jury est celle-ci : « L'accusé a-t-il commis tel fait ? ». En répondant à cette question qui est, il est vrai, souvent conçue dans les termes dont la loi se sert pour définir l'infraction, le jury ne se prononce pas sur la violation de cette loi ; c'est ce qui ressort de l'art. 455 d'après lequel « le tribunal prononce l'absolution si le fait dont l'accusé est déclaré coupable n'est pas défendu par une loi pénale ». Cette prescription n'aurait pas de sens si le jury devait également trancher la question de qualification.

Mais les jurés ne se bornent pas à constater les faits ; ils doivent encore, selon l'art. 433, répondre à la question : « Est-il coupable ? ». Il ne s'agit pas ici non plus de la qualification juridique de l'acte. Cela résulte tant des considérations ci-dessus que de la suite de l'art. 433 : « Dans le cas où l'intention coupable n'est pas un élément constitutif du délit », le président pose au lieu de la question : « Est-il coupable ? », la question : « Est-il punissable pour avoir commis ce fait par imprudence, négligence, légèreté, etc. ? » Les jurés doivent donc, lorsqu'ils ont admis que l'accusé a commis tel acte, se prononcer encore sur la faute, dol ou négligence, qui lui est imputable. Mais c'est le tribunal qui, en vertu de l'art. 455, décide si l'acte commis intentionnellement ou par imprudence constitue un délit ; la parole est donnée à l'accusé pour s'expliquer sur ce point

(art. 454). L'examen de la culpabilité, que l'art. 433 confie au jury, porte donc uniquement sur l'existence des éléments constitutifs du dol ou de la négligence, ainsi que, à n'en pas douter, sur l'existence de causes d'irresponsabilité ou de faits justificatifs.

La question du dol n'est pas, comme paraît l'admettre le recourant, une simple question de droit ; sa solution dépend essentiellement de l'appréciation de circonstances de fait. Il suffit de penser à la conscience de l'illicéité de l'acte, qui est un élément du dol au sens de l'art. 11 CPF. Cela est encore plus vrai de la responsabilité, dont on ne peut décider sans constater l'état mental de l'accusé. La question de la culpabilité a été posée aux jurés d'une manière toute générale ; or on ne sait pas s'ils l'ont résolue négativement parce qu'ils ont considéré que les conditions de fait du dol ou de la responsabilité n'étaient pas réunies, ou parce qu'ils ont faussement appliqué ces notions. On est donc en présence d'un cas où l'examen de la Cour de cassation se heurte à un obstacle insurmontable et où par conséquent le recours doit être rejeté.

La solution ne serait pas différente si l'on appliquait la méthode proposée par le recourant et consistant à envisager toutes les « hypothèses raisonnables » ayant pu former la base de la décision du jury (cf. RO 33 I 657). Il est en effet impossible en l'espèce de reconstituer la véritable pensée du jury ; la procédure étant orale et le jugement n'étant pas motivé, on ne sait même pas quelles questions ont été soulevées ni surtout quels éléments les jurés ont retenus comme décisifs. Il faudrait donc prendre en considération toutes les hypothèses simplement possibles. Or, à cet égard, on pourrait supposer que, retenant certains témoignages, le jury ait estimé que les inculpés n'avaient pas conscience de l'illicéité de leurs actes ; ils auraient cru p. ex. que seul l'espionnage au détriment de la Suisse était interdit par la législation fédérale. S'il admettait en fait cette ignorance, le jury pouvait nier l'existence du dol. Il n'est d'ailleurs pas exclu non plus que la question de

responsabilité ait elle-même été agitée ; le Tribunal fédéral a jugé qu'en présence d'un verdict d'acquittement on était toujours autorisé à penser que les jurés avaient résolu négativement cette question (RO 36 I 287). Il apparaît dès lors possible que le jury ait fondé sa décision relative à la culpabilité sur un état de fait qui légitimait en droit la réponse donnée.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral
rejette le recours.

Vgl. auch Nr. 26. — Voir aussi n° 26.

A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. STIMMRECHT, KANTONALE WAHLEN UND ABSTIMMUNGEN

DROIT DE VOTE, ÉLECTIONS ET VOTATIONS CANTONALES

Vgl. Nr. 34. — Voir n° 34.

II. NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

32. Arrêt du 29 octobre 1937 dans la cause Hirschi contre Conseil d'Etat du Canton de Genève.

Art. 45, al. 3, Const. féd. — La résistance aux agents de la force publique n'est un « délit grave » que si elle est accompagnée de circonstances aggravantes telles que voies de fait, menaces impliquant un réel danger, etc.

Avant de s'établir à Genève en 1933 le recourant, ressortissant bernois, a subi plusieurs condamnations pour vol, complicité de brigandage, favoritisation d'escroquerie, favoritisation de la débauche, dommages à la propriété, vagabondage, violation de domicile et que depuis son établissement il a été condamné le 31 mai 1937 par le Tribunal de police de Genève à deux jours d'emprisonnement et dix francs d'amende pour scandale et rébellion envers les gendarmes.