

31. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 19 mai 1944
dans la cause **Ministère public du Canton de Vaud contre Roth.**

Le pourvoi en nullité est aussi recevable contre les décisions ordonnant des mesures à l'égard d'un enfant (art. 268 PPF, 84 CP) et contre les décisions qui modifient ou complètent le prononcé originaire (art. 86 CP). Consid. 1.

Le fait de mettre nu un enfant est contraire à la pudeur si l'auteur agit par lubricité. Consid. 2.

Notion de la convalescence morale. L'autorité pénale saisie du cas en vertu de l'art. 84 CP doit le suivre jusqu'au bout, à l'exclusion de l'autorité civile intervenant en vertu des art. 283 et 284 CC. Importance du milieu pour le « danger de perversion » de l'enfant. Consid. 3.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist auch zulässig gegen Entscheide, welche Massnahmen gegen ein Kind anordnen (Art. 268 BStP, 84 StGB), und gegen Entscheide, welche den ursprünglichen Spruch abändern oder ergänzen (Art. 86 StGB). Erw. 1.

Ein Kind nackt ausziehen, ist eine unzüchtige Handlung, wenn der Täter sie aus Geilheit begeht. Erw. 2.

Begriff der moralischen Genesung. Die Strafbehörde, welche gemäss Art. 84 StGB mit der Sache befasst ist, hat sie bis zum Ende zu verfolgen, unter Ausschluss der gestützt auf Art. 283 und 284 StGB einschreitenden vormundschaftlichen Behörden. Bedeutung des Milieus für die sittliche Gefährdung des Kindes. Erw. 3.

Il ricorso per cassazione è anche ricevibile quando è diretto contro sentenze che ordinano misure nei confronti di un fanciullo (art. 268 PPF e 84 CP) o contro le decisioni che modificano o completano il giudizio primitivo (art. 86 CP). Consid. 1.

L'atto di mettere nudo un fanciullo è contrario al pudore, se l'autore agisce per lubricità. Consid. 2.

Nozione della convalescenza morale. L'autorità penale, che si occupa della pratica conformemente all'art. 84 CP, deve condurla sino in fine, ad esclusione dell'autorità tutoria che interviene in virtù degli art. 283 e 284 CC. Importanza dell'ambiente per il pericolo di perversione del fanciullo. Consid. 3.

A. — Mireille Roth, née en 1932, est la fille de parents désunis. Leur mariage a été rompu en 1937 pour adultère du mari, un repris de justice, dont la conduite était déplorable ; Mireille fut attribuée à sa mère, une femme travailleuse qui gagne sa vie comme concierge, tricoteuse, couturière et journalière. Dame Rochat s'occupe de sa fille, mais manque d'aptitude éducative et n'a pas toujours donné un bon exemple moral, ayant une liaison avec un

homme marié de mauvaise réputation qui passait de longues soirées chez elle.

L'enfant, très retardée, a été mise à l'école dans une classe spéciale. A l'âge de six ans, elle a déjà subi des attouchements de la part d'un homme âgé. Placée en observation au « Bercaill » par sa mère qui la disait difficile, menteuse, voleuse et sexuellement pervertie, elle a été examinée par le Dr Bovet, chef de l'Office médico-pédagogique vaudois. Ce médecin diagnostiqua de la « débilité intellectuelle » avec « déviation caractériologique » par suite de « maléducation ». Sa mère la retira au bout de trois mois. Mireille laissait au home « le souvenir d'une enfant fausse, à l'expression « moralement sale », cherchant toujours à aller dans les coins avec les petits garçons ».

B. — Le 2 juin 1942, Philippe Pache, âgé de quatre ans et demi, fut trouvé dans une cave. L'enquête révéla que c'est Mireille Roth qui l'y avait enfermé à clef après l'avoir maltraité. La Chambre pénale des mineurs, saisie du cas, constata que la fillette s'était livrée sur le petit garçon « à des actes de sadisme, lui ôtant sa culotte, lui donnant des gifles, des coups de pied, une fessée, le mordant avec force à la fesse droite ». Par jugement du 4 novembre 1942, la Chambre reconnut Mireille Roth coupable d'attentat à la pudeur des enfants (art. 191 ch. 2 CP). Se fondant sur l'avis du Dr Bovet, qui admet la possibilité de récidive de sadisme, et sur une enquête faite à l'école, elle considéra que la fillette est atteinte de perversion morale (art. 84 CP) mais qu'elle peut être amendée à condition d'être éloignée de son milieu familial. En conséquence, l'autorité cantonale a ordonné de placer l'enfant dans une maison d'éducation et proposé le home du Châtelard où elle était en observation.

Ce placement s'avéra heureux. Le retard scolaire a diminué, de même le retard mental ; les manifestations sadiques ont disparu. Mais pendant assez longtemps la mère a entravé l'action éducatrice de l'établissement. A

la fin de 1943, son mandataire a requis la Chambre des mineurs de suspendre sa décision et de rendre à Mireille Roth sa liberté sous surveillance ou d'ordonner son placement dans une famille.

La Chambre des mineurs, par jugement du 28 janvier 1944, a rejeté la requête et maintenu la mesure ordonnée. La petite Roth n'est plus en état de perversion, mais elle est encore en danger de perversion. Des rechutes sont possibles. Le milieu familial ne s'est guère amélioré. Un retour de l'enfant risque de la replacer dans un état d'abandon moral et peut-être de perversion.

C. — La mère de Mireille Roth a recouru contre ce jugement à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois.

Par arrêt du 28 février 1944, la Cour a rapporté la mesure de placement ordonnée le 4 novembre 1942. Elle estime que Mireille Roth n'a pas commis d'attentat à la pudeur (art. 191 CP) mais tout au plus des voies de fait (art. 126 CP) et que l'éducation sous surveillance ne se justifie plus (art. 84), tout symptôme de sadisme ayant disparu, de même que le danger de perversion. L'argument tiré de la conduite de la mère n'est pas décisif pour l'intervention pénale; c'est à l'autorité civile de prendre au besoin l'une des mesures prévues aux art. 283 et suiv. CC (art. 48 al. 2 de la loi vaudoise du 3 décembre 1940 sur la juridiction pénale des mineurs).

D. — Contre cet arrêt, le Ministère public vaudois s'est pourvu en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Il reproche au Tribunal cantonal d'avoir jugé inapplicables les art. 191 et 84 CP, rapporté la mesure de placement prise par la Chambre des mineurs et requis la Justice de paix d'examiner l'opportunité d'agir selon les art. 283 et sv. CC.

Considérant en droit :

1. — L'arrêt du 11 décembre 1942 dans la cause Hungerbühler et Schmidhauser (RO 68 IV 158) admet la rece-

vabilité du pourvoi à la Cour de cassation contre les décisions relatives aux mesures à l'égard d'adolescents. Il part, à la vérité, de l'idée que les « jugements » visés par l'art. 268 PPF sont des prononcés statuant une peine et se distinguent par là des décisions ordonnant des mesures éducatrices ou protectrices. Mais, vu notamment l'inscription de ces mesures au casier judiciaire (art. 311 CP), l'arrêt les juge suffisamment voisines de la peine pour que le pourvoi en nullité soit recevable.

Rien cependant n'empêche de ranger au nombre des jugements prévus à l'art. 268 PPF toute décision prise dans une cause pénale relevant du droit fédéral, qu'elle statue une peine ou qu'elle ordonne de simples mesures. Cette acception plus large se justifie du fait que la mesure d'éducation suppose elle aussi que l'adolescent est déclaré coupable d'un acte punissable (art. 89 CP). Et, surtout, elle permet de mieux atteindre les buts du recours en nullité: l'exacte interprétation du droit fédéral et son application uniforme. Cela importe également pour les « mesures » instituées par le code pénal, y compris celles du droit pénal de l'enfance. Car elles posent aussi des questions de principe, encore que l'appréciation y joue un rôle de premier plan. La délimitation de son champ relève d'ailleurs du droit, et son contrôle ressortit plutôt à la Cour de cassation qu'à la Cour de droit public du Tribunal fédéral, qu'on ne pourrait saisir que subsidiairement par le recours pour arbitraire. Au reste, la cognition de la Cour de cassation du Tribunal fédéral ne se limite point au prononcé originaire de l'autorité compétente; elle s'étend à toutes les décisions qui le complètent ou le modifient, ainsi que le prévoient les dispositions du droit pénal de l'enfance et de l'adolescence (art. 84, al. 4 et 5, 86 et 93 CP).

La recevabilité du présent pourvoi n'est dès lors pas exclue parce qu'il tend à l'annulation d'une mesure éducatrice.

2. — Selon la Cour cantonale, il est douteux que Mireille

Roth ait commis des actes punissables en vertu du code pénal, permettant l'intervention de la Chambre pénale des mineurs (art. 82 al. 2 CP). Ce doute n'est pas fondé. Les actes constatés par les premiers juges constituent à tout le moins des voies de fait suivant l'art. 126 CP, et le cas n'était certes pas sans gravité, envisagé par rapport à l'auteur et vu le but essentiellement préventif du droit pénal de l'enfance. Mais même l'application de l'art. 191 n'est pas exclue, contrairement à l'avis du Tribunal cantonal. Sans doute, le fait de mettre nu un enfant et même de le mordre aux fesses n'est pas nécessairement contraire à la pudeur ; mais il le devient quand l'auteur agit par lubricité. Peu importe que la victime ne ressente pas l'acte comme une atteinte à sa pudeur. Et il n'est même pas nécessaire que l'auteur se rende compte du mobile qui l'a poussé à agir ; il suffit que ce mobile existe. Or l'expert a noté dans le cas particulier du sadisme, à savoir de la lubricité accompagnée de cruauté.

3. — Le Tribunal cantonal a rapporté la mesure prise à l'égard de la jeune Roth en considérant que, contrairement à l'avis de la Chambre pénale, elle n'était plus en danger de perversion. Il n'y a point là une simple constatation de fait, mais une appréciation juridique différente de celle des premiers juges : La Cour de cassation vaudoise estime que l'état actuel de l'enfant ne correspond plus à ce que l'art. 84 CP qualifie de « danger d'être perverti ».

Le Tribunal fédéral ne peut se ranger à cette manière de voir. Les premiers juges motivent ainsi leur opinion : L'état de Mirielle Roth s'est amélioré ; mais le progrès est récent ; elle reste une enfant difficile dont l'équilibre est bien fragile et qui est exposée à des rechutes ; sa mère n'est pas l'éducatrice capable de préserver l'enfant du danger d'abandon moral et peut-être de perversion.

L'état actuel de la fillette décrit par les juges — et constaté d'ailleurs pendant qu'elle était dans un milieu favorable — correspond à celui de la convalescence morale. Or celui qui relève de maladie est particulièrement sujet

à des rechutes. Traduit dans le domaine de la santé morale, cela veut dire : le convalescent moral est en danger de perversion.

D'après la Cour cantonale, le danger est conjuré parce qu'il s'agit de circonstances et d'un « incident isolé » dont il n'y a pas lieu de craindre le renouvellement, du moins dans un avenir rapproché. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'enfant était alors pervertie et moralement abandonnée et que cet état, qui l'a conduite à des actes punissables, l'affectait de manière générale. Il se justifie dès lors de prendre des mesures jusqu'à la guérison complète et la disparition de tout danger de perversion. A cet effet, il ne suffit pas que des actes pareils à ceux qui ont donné lieu à la poursuite pénale ne soient plus à redouter.

La Chambre pénale a trouvé important le risque d'abandon moral pour l'enfant s'il était rendu à sa mère. Le Tribunal cantonal juge ce motif sans pertinence parce qu'il est pris de la personne de la mère, non de celle de l'enfant. Mais on ne saurait scinder de la sorte le danger de perversion suivant son origine. Le danger que court un enfant récemment amendé est le résultat de son propre état encore vulnérable combiné avec l'influence du milieu où il vit. En conséquence, c'est l'autorité pénale saisie du cas en vertu de l'art. 84 CP qui doit le suivre jusqu'au bout et non l'autorité civile intervenir à un moment donné en vertu des art. 283 et 284 CC. Répartir la mission de pourvoir aux mesures d'éducation entre l'autorité pénale et l'autorité civile suivant que le motif d'agir réside davantage dans la puissance de l'enfant ou davantage dans celle des parents oublieux de leurs devoirs ou incapables de l'élever, créerait une incertitude constante au sujet de la compétence, tant la distinction serait difficile à faire. On risquerait aussi d'empêcher un traitement suivi et de compromettre ainsi le résultat cherché.

La décision du Tribunal cantonal annulant celle de la Chambre des mineurs par le motif qu'il n'y a plus de

danger pour Mireille Roth d'être pervertie et laissant à l'autorité civile le soin d'aviser aux mesures qu'elle jugera opportunes apparaît ainsi contraire à la loi. Les mesures nécessaires pour parer au danger de perversion qui subsiste sont à prendre par l'autorité pénale. Et il convient de relever que la mère, même si sa conduite personnelle ne prête plus à la critique, n'est pas fondée à demander l'attribution de sa fille aussi longtemps que, d'après l'avis motivé de l'autorité, l'établissement d'éducation offre plus de garantie pour la guérison morale de l'enfant.

Il y aura lieu de tenir compte de ces considérations dans la nouvelle décision à prendre.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause au Tribunal cantonal vaudois pour qu'il statue à nouveau.

32. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 19. Mai 1944 i. S. Spitzmesser gegen Jugendanwaltschaft des Kantons Thurgau.

1. *Art. 268, 270 Abs. 1 BStrP.*
Gegen Erkenntnisse über Massnahmen gegen Kinder (Art. 82 ff. StGB) ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Dem Inhaber der elterlichen Gewalt steht sie zu, nicht aber dem Stiefvater (Erw. 1).
2. *Art. 83 StGB.*
Diese Bestimmung ist nur verletzt bei offensichtlich ungenügender Abklärung des Sachverhalts; sie verleiht dem Kassationshof nicht das Recht zur Überprüfung der Beweiswürdigung (Erw. 3).
3. *Art. 84 Abs. 1 und 2 StGB.*
 - a) Begriff der sittlichen Verwahrlosung und der sittlichen Gefährdung (Erw. 4).
 - b) Die Frage, durch welche in Art. 84 StGB vorgesehene Massnahme die Erziehung zu verbessern sei, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Diese hat sich vom Wohl des Kindes leiten zu lassen (Erw. 5).

1. *Art. 268, 270 al. 1 PPF.*
Le pourvoi en nullité est recevable contre un prononcé ordonnant des mesures à l'égard d'un enfant (art. 82 ss CP). Il peut

être exercé par le détenteur de la puissance paternelle, non pas par le beau-père (consid. 1).

2. *Art. 83 CP.*

Cette disposition n'est violée que si l'élucidation des faits est manifestement insuffisante; elle ne confère pas à la Cour de cassation le droit de revoir l'appréciation des preuves (consid. 3).

3. *Art. 84 al. 1 et 2 CP.*

a) Notion de l'abandon moral et du danger de perversion (consid. 4).

b) L'autorité compétente choisit selon son appréciation celle des mesures prévues à l'art. 84 CP qui doit redresser l'éducation de l'enfant. Elle se laissera guider par le souci du bien de ce dernier.

1. *Art. 268, 270 cp. 1 PPF.*

Il ricorso per cassazione è ricevibile contro un decreto di misure nei confronti d'un fanciullo (art. 82 e seg. CP) e può essere inoltrato dal detentore della patria potestà, ma non dal patrigno (consid. 1).

2. *Art. 83 CP.*

Questo disposto è violato soltanto se l'accertamento dei fatti è manifestamente insufficiente; non conferisce alla Corte di cassazione il diritto di sindacare l'apprezzamento delle prove (consid. 3).

3. *Art. 84 cp. 1 e 2 CP.*

a) Nozione dell'abbandono morale e del pericolo di pervertimento (consid. 4).

b) L'autorità competente sceglierà la misura prevista dall'art. 84 CP che sia, secondo il suo prudente criterio discrezionale, idonea a migliorare l'educazione del fanciullo. Determinante per lei sarà il bene del fanciullo (consid. 5).

A. — Roman Giger, geboren 1932, ist das Kind eines Schizophrenen, der seit 1934 in einer Irrenanstalt weilt. Im Jahre 1937 wurde die Ehe der Eltern geschieden, und in der Folge ging die Mutter des Knaben mit Dionys Spitzmesser eine neue Ehe ein. Vom Februar bis im Mai 1939 war Roman Giger wegen erzieherischer Schwierigkeiten, die er zu Hause wie in der Schule bereitete, im kantonalen Kinderhaus Stephansburg in Zürich. Die Mutter und der Pflegevater erklärten damals, dass er periodisch eine Sucht zum Lügen und Stehlen zeige. Wenn der Knabe unbeaufsichtigt sei, was ziemlich oft vorkomme, da die Mutter sich häufig als Reisende auswärts befinde, suche er in allen Schubladen nach Geld. Er habe schon mehr als fünfzig Franken auf einmal genommen und für Süßigkeiten usw. verwendet. Er habe auch ein Fahrrad