

Anwendung dieser Bestimmung nach Art. 191 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziffer 2, Art. 63 und Art. 68 Ziff. 1 StGB auszufallen, womit auch Art. 41 StGB unanwendbar wird.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Land vom 19. August 1949 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**35. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 14 octobre 1949 dans la cause S. contre Ministère public du canton de Vaud.**

*Art. 1<sup>er</sup> CP et 277bis PPF.* Appréciation des preuves.

*Art. 41 ch. 1 CP.*

1. Les dénégations de l'accusé ne justifient pas dans tous les cas le refus du sursis.
2. Le tribunal qui émet une appréciation sur le prévenu doit indiquer les faits à l'appui.

*Art. 1 StGB, Art. 277bis BStP.* Beweiswürdigung.

*Art. 41 Ziff. 1 StGB.*

1. Das Leugnen des Angeklagten rechtfertigt die Nichtgewährung des bedingten Strafvollzugs nicht in allen Fällen.
2. Das Gericht, das den Charakter des Angeklagten bewertet, muss die Tatsachen angeben, auf die es sich stützt.

*Art. 1 CP e 277bis PPF.* Valutazione delle prove.

*Art. 41, cifra 1, CP.*

1. I dinieghi dell'accusato non giustificano in tutti i casi il rifiuto della sospensione condizionale della pena.
2. Il tribunale che esprime un apprezzamento sul carattere dell'accusato deve indicare i fatti su cui si basa.

Par jugement du 11 février 1949, le Tribunal de police correctionnelle du district de Vevey a infligé à S. six mois d'emprisonnement sans sursis pour avoir, à cinq reprises, touché les organes génitaux d'une fillette de 5 ans et demi, en passant la main sous ses culottes (art. 191 ch. 2 CP). Le prévenu niant les faits, il s'est fondé, en l'absence de témoins, sur les dires de l'enfant, qui n'ont pas varié, et sur un rapport de l'Office médico-pédagogique vaudois, qui est arrivé à la conclusion que la fillette n'était pas

suggestionnable et que ses affirmations étaient vraisemblables.

La Cour de cassation vaudoise ayant maintenu ce jugement, S. s'est pourvu en nullité au Tribunal fédéral.

*Considérant en droit :*

1. — Prétendant avoir été condamné sans preuve, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 1<sup>er</sup> CP. Cette disposition interdit de punir un acte qui ne présente pas les caractères juridiques d'une infraction réprimée par la loi. Or les faits imputés à S. constituent manifestement le crime d'attentat à la pudeur des enfants au sens de l'art. 191 ch. 2 al. 1 CP. Quant à leur constatation, elle est étrangère à l'art. 1<sup>er</sup>. Elle dépend de l'appréciation des preuves, à laquelle les premiers juges procèdent souverainement, sans que la Cour de céans ait à vérifier où ils ont puisé les éléments de leur conviction (art. 277bis et 273 al. 1 litt. b PPF). C'est dès lors en vain que le recourant invoque le principe *in dubio pro reo*. Outre que ce principe ne ressortit pas au droit fédéral (RO 74 IV 145), le jugement du 11 février 1949 ne trahit aucun doute.

2. — Les conditions objectives du sursis étant remplies, il s'agit de savoir si les antécédents et le caractère de S. font prévoir que cette mesure le détournera de commettre de nouveaux crimes ou délits. Adoptant le pronostic émis par le Tribunal de police, la Cour vaudoise a estimé que les dénégations du recourant et son caractère sournois dictaient une réponse négative.

La conscience de sa faute étant la première condition de l'amendement, le Tribunal fédéral a toujours approuvé le refus du sursis à un accusé qui s'obstine à nier ses torts (RO 73 IV 87 consid. 3 ; arrêts Borgeaud et Moser du 4 juin 1948, Trachsel du 30 mai 1949, Finger du 27 juin 1949). Mais cette jurisprudence vise uniquement le cas d'un accusé qui, reconnaissant son acte, n'en conçoit aucun repentir et laisse entendre qu'il serait prêt à recommencer. En l'espèce, la situation est différente, car S. a contesté

les faits. On ne peut donc en déduire sans autre qu'il ne regrette pas l'acte dont il s'est en réalité rendu coupable et qu'une peine conditionnelle ne constituerait pas un avertissement suffisant. Il n'en irait différemment que s'il avait nié contre toute évidence, manifestant ainsi l'absence de remords (arrêts Fleury du 14 septembre 1945, Mercante du 10 juillet 1946, Boden du 25 février 1949, Hirschi du 27 mai 1949). Tel n'est pas le cas, puisque les premiers juges ont fondé leur conviction sur les déclarations d'une fillette de moins de six ans.

Quant au caractère sournois du prévenu, la Cour cantonale ne précise pas sur quoi repose ce jugement de valeur. Le Tribunal de Vevey l'a tiré d'un rapport de police du 3 juillet 1948 qui, lui non plus, n'indique aucun fait à l'appui. Aussi n'est-il pas possible d'en tenir compte (RO 73 IV 154). On ne voit du reste pas en quoi la sournoiserie de S., fût-elle établie, permettrait de conjecturer qu'il serait réfractaire à une mesure de clémence.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

admet partiellement le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle accorde le sursis au recourant.

36. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 23. Dezember 1949 i. S. Blaser gegen Polizeidepartement des Kantons Solothurn.

*Art. 41 Ziff. 3 StGB.*

Vollzug einer bedingt aufgeschobenen Strafe, weil der Verurteilte das in ihn gesetzte Vertrauen enttäuscht. Voraussetzung ist ein so verwerfliches Verhalten des Verurteilten, dass er auch ohne Ermahnung sich bewusst sein muss, pflichtwidrig zu handeln. Einer vorausgegangenen förmlichen Mahnung zum Wohlverhalten bedarf es nicht.

*Art. 41 ch. 3 CP.*

Exécution d'une peine conditionnelle, parce que le condamné trompe la confiance mise en lui. Cela suppose une conduite si répréhensible que, même sans avertissement, il doit se rendre

compte qu'il manque à ses devoirs. Un avertissement formel préalable n'est alors pas nécessaire.

*Art. 41, cifra 3, CP.*

Esecuzione d'una pena condizionale pel fatto che il condannato delude la fiducia in lui riposta. Ne è presupposto una condotta così riprensibile ch'egli deve rendersi conto, anche senz'avvertimento, di mancare ai suoi doveri. Un formale avvertimento non è necessario.

*Erwägungen :*

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 StGB ordnet der Richter den bedingt aufgeschobenen Vollzug der Strafe an, wenn der Verurteilte während der Probezeit vorsätzlich ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht oder trotz förmlicher Mahnung des Richters einer ihm erteilten Weisung zuwiderhandelt oder sich beharrlich der Schutzaufsicht entzieht oder in anderer Weise das auf ihn gesetzte Vertrauen täuscht.

Der Beschwerdeführer ist der ihm vom Richter erteilten Weisung, jährlich dem Dysli Fr. 1000.— und dem Gilgen Fr. 600.— an den ihnen durch Veruntreuung zugefügten Schaden von Fr. 5000.— bzw. Fr. 3000.— zurückzuerstatten, nicht nachgekommen. Das allein rechtfertigt indessen den Widerruf des bedingten Strafvollzugs nicht, weil keine « förmliche Mahnung des Richters » vorausgegangen ist. Das Obergericht hat denn auch nicht diesen Widerrufsgrund angerufen; vielmehr hat es angenommen, der Beschwerdeführer habe das auf ihn gesetzte Vertrauen in anderer Weise getäuscht.

Die Auffassung des Obergerichts, dass in diesem Falle eine vorgängige Mahnung nicht nötig sei, hat, wie bereits im Falle Pulver (BGE 72 IV 148) gesagt worden ist, den Wortlaut von Art. 41 Ziff. 3 StGB für sich. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Ordnung dem Sinne des Gesetzes nicht entspräche und vom Gesetzgeber nicht gewollt wäre. Indem das Gesetz nicht nur die Missachtung von Weisungen, sondern allgemein ein das Vertrauen des Richters enttäuschendes Verhalten als Grund zum Vollzug der Strafe erklärt, verlangt es, dass der unter Bewährungs-