

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	60 (1941)
Artikel:	Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale, après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse
Autor:	Bourgknecht, Jean
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896305

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale, après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse

Rapport présenté
par
Me. Jean Bourgknecht, docteur en droit,
Avocat à Fribourg.

TABLE DES MATIERES.

Page

Introduction.

Section I. Objet du rapport	4a
Section II. Code pénal suisse et juridiction cantonale	7a
Section III. Code pénal suisse et procédure cantonale	8a
Section IV. Code pénal suisse et recours au Trib. féd.	9a
Section V. Plan du rapport	10a

Titre I.

La voie et le motif du recours.

Chapitre I. Le pourvoi en nullité	10a
Section I. Sa nature juridique	10a
Section II. Le but du pourvoi en nullité	13a
Section III. Rapport entre le pourvoi en nullité et les autres voies de recours	15a
Section IV. Le pourvoi en nullité et les recours possibles contre la partie civile du jugement	21a

Chapitre II. La violation du droit fédéral, motif du pourvoi	21a
Section I. Le droit fédéral	21a
Section II. La violation du droit fédéral	22a
Section III. Relation de cause à effet entre la violation du droit et le dispositif du jugement	28a
Section IV. Questions de droit et questions de fait	29a

Chapitre III. La constatation, par le Tribunal fédéral, de la violation du droit fédéral	32a
Section I. Le jugement doit être motivé	32a
Section II. Le verdict du jury	34a

Titre II.

La décision contre laquelle il peut être recouru.

Chapitre I. La législation en vigueur	37a
Section I. Caractères généraux de la décision suscep- tible de recours	37a
Section II. Caractères particuliers de la décision . .	39a
Chapitre II. Faut-il apporter des restrictions à l'exercice du droit de recours ?	44a
Section I. Le problème	44a
Section II. Les solutions proposées	45a

Titre III.

La légitimation au recours.

Chapitre I. La qualité	50a
Section I. En général	50a
Section II. L'accusé	51a
Section III. L'accusateur public du Canton	52a
Section IV. L'accusateur privé	55a
Section V. Le plaignant	57a
Section VI. Le Procureur général de la Confédération	59a
Section VII. Confédération, Cantons et Administra- tions	60a
Section VIII. Autres personnes ayant qualité pour re- courir	62a
Chapitre II. L'intérêt au recours	63a
Chapitre III. De quelques faits qui ont une in- fluence sur la légitimation au re- cours	65a

Titre IV.

La procédure de recours.

Chapitre I. Considérations générales	69a
Chapitre II. Commencement et fin de la procé- dure; le retrait du recours	71a
Chapitre III. Conditions formelles du recours . .	73a
Section I. La déclaration et le mémoire de recours .	73a
Section II. Les délais	78a
Section III. La transmission du recours au Tribunal fédéral	82a
Section IV. Les parties et leurs représentants	84a
Section V. Droits particuliers des parties	84a
Chapitre IV. Les effets du recours	85a

Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale.	3a
Chapitre V. Les arrêts rendus préliminairement	86a
Section I. La suspension de la cause	86a
Section II. Le refus d'entrer en matière	86a
Section III. Le renvoi immédiat de la cause à l'instance cantonale, sans instruction préalable . .	87a
Section IV. Le rejet du pourvoi sans instruction préalable	88a
Chapitre VI. L'instruction du recours	90a
Section I. L'échange des écritures	90a
Section II. Les débats oraux	91a
Chapitre VII. Le pouvoir de cognition de la Cour de Cassation	91a
Section I. La Cour et les conclusions du recourant	91a
Section II. La Cour et les moyens des parties	92a
Section III. La Cour et les constatations de fait de la juridiction cantonale	94a
Chapitre VIII. L'arrêt de la Cour de Cassation	95a
Section I. Le dispositif de l'arrêt	95a
Section II. Les délibérations de la Cour de Cassation	96a
Section III. Prononcé, communication, force exécutoire et exécution de l'arrêt	97a
Section IV. La nouvelle décision cantonale et les considérants de l'arrêt	97a
Chapitre IX. Les frais	98a
Section I. Attribution des frais et dépens	98a
Section II. L'avance des frais et les sûretés	98a
Section III. L'assistance judiciaire	100a

Titre V.

Le recours contre la partie civile du jugement.

Chapitre I. La législation en vigueur	100a
Section I. Considérations générales	100a
Section II. Exposé et critiques du système actuel . .	102a
Chapitre II. Les bases de la législation future . .	105a

Titre VI.

La demande en révision et le recours en matière de compétence.

I. En général	109a
II. La demande en révision	110a
III. Le recours en matière de compétence	110a

Introduction.

Section I. Objet du rapport.

I. Le Code pénal suisse entrera en vigueur le 1er janvier 1942. Partisans et adversaires se trouvent aujourd’hui devant un fait accompli.

Les uns et les autres, lorsqu’ils ont le privilège de collaborer à l’administration de la Justice, n’ont plus qu’un devoir: être les bons serviteurs du droit nouveau et lui assurer des conditions d’application telles qu’il rende au pays et à chacun les services qu’ils en attendent.

L’organisation judicieuse du recours au Tribunal fédéral, dans les causes jugées par les tribunaux cantonaux et relevant du droit pénal suisse, est un facteur important de la bonne application de la loi.

La Société Suisse des Juristes est bien dans son rôle lorsqu’elle met ce recours à l’étude, à la veille de l’introduction du Code pénal. La préoccupation à laquelle elle répond fixe le cadre de ce rapport: examiner exclusivement le recours au Tribunal fédéral lorsque les autorités cantonales auront prononcé dans un domaine relevant du Code pénal suisse. Nous ne nous occuperons pas des cas où une instance fédérale aura statué, ni de ceux où une instance cantonale aura appliqué des normes de droit pénal fixées par la législation spéciale de la Confédération¹⁾.

II. Le Code pénal laisse subsister la troisième partie (art. 247/278) de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934, concernant la procédure devant les tribunaux cantonaux en matière pénale fédérale. Si, par son art. 398 litt. o, il en abroge les art. 260, 261, 262, 263 al. 1, 2 et 4 et, par son art. 399 litt. d, il en modifie l’art. 263 al. 3, il ne touche en rien au pourvoi en nullité adressé à la Cour de Cassation du Tribunal fédéral tel qu’il est organisé par les art. 268 à 278.

¹⁾ Relevons, cependant, que la procédure sera, dans la plupart des cas, la même, que l’instance cantonale ait appliqué le C. P. ou la législation pénale spéciale de la Confédération.

Ces dispositions demeurent „*sedes materiae*“.

Nous avons à les exposer. Encore qu'elles ne soient entrées en vigueur que le 1er janvier 1935²⁾, elles ont fait l'objet de nombreux travaux aussi récents que complets³⁾. Ces travaux rappellent la doctrine et l'état de la jurisprudence et, à certains égards, épuisent la matière. Nous leur devons beaucoup, sans que nous ayons la possibilité d'y renvoyer chaque fois que nous y aurons fait appel.

III. Nous devons faire plus. L'entrée en vigueur du Code pénal suisse augmentera dans une considérable proportion le nombre des jugements pénaux dont il pourra être recouru au Tribunal fédéral.

La Confédération, par ce code, le code pénal militaire, ses lois spéciales et sa législation fiscale, aura créé un droit pénal suisse uniifié ne laissant subsister les compétences des cantons qu'en matière de certaines contraventions de police, ou encore de contraventions au droit cantonal fiscal, administratif ou de procédure (art. 335 CP) et abrogeant, au surplus, le droit pénal des cantons (art. 400 CP)⁴⁾.

²⁾ Elles ont remplacé les art. 105—170 de la LOJF du 22 mai 1893, abrogés par la PPF.

³⁾ Gut Hans, Die Kassationsbeschwerde im eidgenössischen Strafprozeß, 1929 (Diss. Zür.); Stämpfli Fritz, Das BG über die Bundesstrafrechtspflege nach dem Strafgesetz und Strafprozeßentwurf, 1931 (Z.SchwR N. F. 50 S. 1a ss.); Du même, Das BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (Stämpfli et Cie, Berne 1935); Rais Albert, Juridiction fédérale en matière pénale d'après les projets du CP et du CPP, 1931 (Z.SchwR N. F. 50 p. 113a 33); Clerc François, Du pourvoi en nullité au Tribunal fédéral suisse, 1938 (F. Rouge et Cie, Lausanne, et A. Pedone, Paris); Huber Harald, Das Verfahren in Bundesstrafsachen, die von kantonalen Behörden zu beurteilen sind, 1939 (Diss. Zür.).

⁴⁾ L'art. 336 al. 2 CP leur confère la faculté d'atténuer ou de modifier le CP pour certaines infractions reprochées aux membres de leurs corps législatifs, exécutifs ou judiciaires supérieurs.

Il est difficile de prévoir, actuellement, quel sera le nombre des recours qui seront adressés au Tribunal fédéral, mais on peut penser, qu'au début, du moins, il sera important⁵⁾.

Le moment est donc bien venu de voir si le pourvoi en nullité tel qu'il est organisé, répond aux exigences de la situation nouvelle, ou s'il n'y aurait pas d'utiles modifications à y apporter.

Notre contribution à cette recherche sera d'ordre essentiellement pratique. Tirée de l'expérience professionnelle acquise au contact de la procédure pénale, elle ne s'embarrassera pas plus qu'il ne le faut de considérations historiques ou de controverses de doctrine. Partant de la législation en vigueur dont nous rappelerons les traits essentiels, nous proposerons les innovations qui nous paraîtront le mieux correspondre à ce qu'un recours au Tribunal fédéral peut et doit assurer. Notre tâche sera facilitée par les études en cours entreprises, à la demande du Département fédéral de Justice et Police, qui font l'objet de deux rapports sur la révision de la loi sur l'organisation judiciaire, l'un du 21 mai 1940, demandé à Monsieur le Juge fédéral Ziegler et l'autre, du 14 janvier 1941, exprimant le point de vue du Tribunal fédéral. Ces rapports sont accompagnés tous les deux d'avant-projets de loi envisageant la modification partielle de la PPF.

Sans perdre de vue que l'art. 64bis Const. féd. a réservé le domaine de la procédure aux Cantons et que le CP a respecté cette attribution, nous n'admettons pas que la procédure cantonale puisse rendre illusoire le recours au Tribunal fédéral, et nous estimons qu'il y a lieu, s'il le faut, d'édicter les normes permettant le contrôle effectif de l'application du droit fédéral. La constitution ne s'oppose pas à ce que la législation fédérale fixe les règles dont l'inexistence rendrait impossible, étant donné les procédures différentes de vingt-cinq Etats cantonaux,

⁵⁾ Le chiffre de 300—500 cité par Stämpfli, Z.SchwR 50 p. 102a, paraît en dessous de la réalité.

l'application normale du droit fédéral⁶⁾. Dans le domaine qui nous occupe, les art. 248, 249, 251, 254, 255, 258, 265, 266, 267 PPF ne se comprendraient pas autrement. En matière civile, l'art. 63 OJ, en particulier, ne s'explique qu'à ce point de vue.

Nous ne pourrons, cela va de soi, exposer le détail des législations cantonales de procédure dont nous avons cependant tenu compte, après avoir étudié leurs caractères distinctifs grâce aux renseignements que de nombreux confrères nous ont fournis avec une obligeance dont nous leur sommes reconnaissants.

Section II. Code pénal suisse et Juridiction cantonale.

I. Les autorités cantonales poursuivent et jugent les infractions du droit pénal fédéral qui leur sont attribuées par la législation fédérale ou par le Conseil fédéral (art. 247 al. 1 PPF).

Le pouvoir des autorités cantonales d'appliquer le droit pénal fédéral découle de deux sources: l'attribution par la loi ou la délégation par l'autorité. Il en est ainsi du Code pénal suisse.

II. L'art. 343 CP pose la règle, l'art. 340 l'exception. Aux termes de l'art. 343, les autorités cantonales poursuivent et jugent les infractions prévues par ce code qui ne sont pas soumises à la juridiction fédérale. Le CP doit donc être appliqué, en principe et sauf disposition de la loi, par les Cantons. Il existe une présomption en faveur de leur compétence.

La juridiction fédérale constitue l'exception et n'existe que lorsqu'elle est expressément attribuée, ce qui est le cas aux art. 340 et 344 n° 2 CP.

III. La juridiction cantonale n'est pas seulement attribuée, elle pourra encore être déléguée par le Conseil

⁶⁾ Thormann, Schweizerisches Strafgesetz und kantonale Strafprozeßordnungen, dans Festgabe für Lotmar, 1920, p. 40 ss.

fédéral⁷⁾. Les infractions relevant de la juridiction fédérale sont du ressort, soit des assises fédérales (art. 341 CP), soit de la Cour pénale fédérale (art. 342 CP). Les infractions notées à l'art. 341 litt. a—d sont de la compétence exclusive des assises fédérales, car elles leur sont également dévolues par l'art. 112 CF.

Celles que vise l'art. 341 litt. e ou qui sont attribuées par l'art. 342 CP à la Cour pénale fédérale peuvent, comme par le passé, être déléguées aux Cantons. L'art. 18 PPF n'est pas abrogé qui autorise le Conseil fédéral à déléguer aux autorités cantonales l'instruction et le jugement d'une affaire de la compétence de la Cour pénale fédérale.

La délégation pourra aussi avoir lieu sur base de l'art. 344 n° 1 CP.

C'est donc à un double titre, celui de l'attribution et de la délégation, que les cantons seront appelés à appliquer le Code pénal suisse.

Section III. Code pénal suisse et Procédure cantonale.

I. Les Cantons organiseront librement leurs autorités judiciaires et la procédure (art. 64bis CF; 365 et 343 CP; 1 al. 7 et 247 al. 3 PPF).

Comme nous l'avons relevé, une réserve s'impose dans l'intérêt d'une application effective du droit matériel fédéral. Ce n'est qu'au cas de nécessité qu'une intervention dans le domaine de la procédure cantonale peut se justifier.

II. Le Code pénal suisse fait une seule incursion dans la procédure cantonale. L'art. 397 oblige les cantons à prévoir un recours en révision en faveur du condamné,

⁷⁾ Cette autorité exerce son pouvoir par l'intermédiaire du Dpt. féd. de J. et P, v. art. 23 LF sur l'organisation de l'administration fédérale du 26 mars 1913, modifié par l'art. 50 de la LF sur la juridiction administrative et disciplinaire, du 11 juin 1928, et l'art. 12 no. 9 du règlement du 17 novembre 1914, donnant aux départements et aux services qui en dépendent la compétence de régler certaines affaires (Rec. off. 30, 606).

contre les jugements rendus en vertu de ce code ou d'une autre loi fédérale, quand des faits ou des moyens de preuves sérieux viennent à être invoqués, dont le juge n'avait pas eu connaissance lors du premier procès.

III. Les art. 248, 249, 251, 254, 255, 258, 265, 266 et 267 PPF imposent aux Cantons l'observation de certaines règles de procédure dans les causes qui leur sont attribuées ou déléguées pour être jugées en application du droit fédéral, donc aussi du CP.

Section IV. Code pénal suisse et recours au Tribunal fédéral.

I. C'est en se fondant sur l'art. 114 Const. féd. que le législateur fédéral a prévu un recours au Tribunal fédéral dans les causes relevant du droit fédéral civil ou pénal et jugées par les autorités cantonales⁸⁾.

Après de longs tâtonnements⁹⁾, la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 22 mars 1893 créa enfin¹⁰⁾ un recours régulier contre les jugements cantonaux rendus en application du droit pénal fédéral: le recours en cassation.

Ses dispositions en la matière furent remplacées par celles de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 dont les art. 268—278 font règle aujourd'hui.

II. Le CP, art. 365 al. 2, réserve les dispositions de la PPF sur la procédure devant les tribunaux cantonaux et le pourvoi en nullité contre les jugements rendus par les tribunaux, exprimant ainsi que le recours au Tribunal fédéral est possible dans les causes où les tribunaux cantonaux auront appliqué le droit nouveau.

III. La Cour de Cassation du Tribunal fédéral est l'autorité compétente pour statuer sur le mérite des pourvois en nullité (art. 12 n° 1 litt. c et 268 PPF).

⁸⁾ Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 426/427; Burckhardt, Kommentar der schw. BV, dritte Auflage, p. 793.

⁹⁾ Conf. à ce sujet Huber, op. cit. p. 152 ss.

¹⁰⁾ Art. 160—174.

Il est question de modifier le nombre des membres de la Cour de Cassation, fixé actuellement à 5 (art. 1 n° 5 PPF), problème d'organisation interne du TF qui ne retiendra pas particulièrement notre attention.

IV. Le CP prévoit également que le Tribunal fédéral est instance de recours en cas de conflits de compétence entre cantons (art. 351 CP) tandis que l'art. 264 PPF confie à la Chambre d'Accusation du TF le soin de désigner le Canton chargé de poursuivre et de juger. L'art. 263 al. 3 PPF (modifié par l'art. 399 litt. d CP) autorise la Chambre d'Accusation à déroger aux règles de l'art. 350 CP en matière de compétence lorsqu'il y a concours d'infractions.

Nous croyons utile de rappeler, ici déjà, les pouvoirs accordés à la Chambre d'Accusation.

Section V. Plan du rapport.

Nous examinerons successivement, de lege lata et de lege ferenda.

- 1^o la voie et le motif du recours;
- 2^o la décision contre laquelle il peut être recouru;
- 3^o la légitimation au recours;
- 4^o la procédure de recours;
- 5^o le recours contre la partie civile du jugement;
- 6^o la demande en révision et le recours en matière de compétence.

Titre I.

La voie et le motif du recours.

Chapitre I. Le pourvoi en nullité.

Section I. Sa nature juridique.

I. La voie de recours — Rechtsmittel — est un moyen de procédure mis à la disposition des parties pour leur permettre d'obtenir l'annulation ou la modification d'un

jugement ou encore d'en empêcher l'exécution. Elle doit aboutir, dans l'esprit de celui qui en fait usage, au remplacement de ce jugement par une sentence plus favorable¹⁾. Cette définition, tirée du droit commun, vaut autant en matière civile²⁾ qu'en matière pénale.

Les voies de recours sont très différentes les unes des autres, quant à leurs conditions et leurs effets. Elles peuvent être de rétractation, de réformation ou d'annulation, constituer des moyens ordinaires ou extraordinaire de recours, avoir des effets dévolutifs ou des effets suspensifs³⁾. Elles peuvent conduire à une appréciation de tous les éléments de la cause, par l'instance de recours (*revisio in facto et in jure*), ou à un examen ne portant que sur l'application du droit (*revisio in jure*), parfois même sous l'angle restreint de moyens limitativement énoncés (*cassation stricto sensu*).

La législation ne crée pas toujours un type de recours qui puisse être rangé, sans autre, dans une des catégories du droit commun. Les éléments caractéristiques de certains modes de recours sont fixés différemment, suivant les auteurs. Nous sortirions de notre sujet si nous voulions insister sur ces notions.

II. Le droit fédéral connaît un seul moyen adéquat de recours contre les jugements que rendront les tribunaux des cantons en application du Code pénal suisse : le pourvoi en nullité.

C'est un moyen „sui generis“ empruntant son caractère à divers types de recours. Il tient du recours de droit civil au Tribunal fédéral, comme aussi du recours en réforme, tout en s'apparentant nettement à un recours en cassation.

¹⁾ Waiblinger, *Das Strafverfahren des Kantons Bern*, p. 408; Sträuli, *Strafprozeßordnung*, remarques générales aux paragraphes 398 ss.; Roux, *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, p. 726; Garraud, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. III No. 1254—1259 et t. V No. 1622 ss.

²⁾ Sträuli et Hauser, *Zivilprozeßordnung*, 1938, p. 443 ss.

³⁾ Gut, op. cit., p. 24 ss.

L'instance de recours recherche si le droit fédéral a été violé (réforme), mais, en principe, elle ne juge pas elle-même et en cas d'annulation, renvoie la cause au juge cantonal pour statuer à nouveau (cassation). Le Tribunal fédéral n'apprécie pas les faits, mais uniquement les questions de droit (*revisio in jure*). Le recours est dévolutif (adressé à une instance supérieure). Il n'a pas d'effets suspensifs, à moins qu'ils ne soient accordés par la Cour de Cassation ou son Président (recours de droit civil).

Le pourvoi en nullité doit sa structure spéciale au but qui lui est assigné, comme aussi à l'existence de 25 procédures cantonales différentes acheminant aux jugements portés devant le Tribunal fédéral.

III. Alors même qu'il est ouvert contre tous les jugements rendus en matière pénale fédérale, qu'il permet d'invoquer toute violation du droit fédéral, que les cas de recours ne sont pas fixés limitativement et, qu'au surplus, il est la seule voie adéquate mise à la disposition de chacun par la procédure fédérale, le pourvoi en nullité est un moyen extraordinaire de recours, parce qu'il est dirigé contre un jugement cantonal exécutoire⁴⁾.

Ce n'est point le fait que la Cour de Cassation ne statue qu'exceptionnellement sur le fond et seulement lorsqu'elle veut acquitter qui détermine la nature juridique du moyen, mais bien la circonstance, décisive pour le droit commun, qu'il est dirigé contre un jugement cantonal définitif et exécutoire (*rechtskräftig*). Il ne constitue pas la suite régulière d'une action ne se terminant que par l'expiration d'un délai de recours inutilisé ou le prononcé de l'instance de recours. Le pourvoi en nullité est bien plutôt un procès nouveau contre un jugement en force.

On dit, parfois, qu'il est, en définitive, un moyen ordinaire de recours au Tribunal fédéral⁵⁾. Il s'agit de s'entendre sur le sens des mots. Il apparaît comme un moyen adéquat, c'est-à-dire ordinaire de recours, si on

⁴⁾ Gut, op. cit. p. 27.

⁵⁾ Rapport Ziegler, p. 109.

l'oppose au recours de droit public interjeté contre un jugement pénal, pour violation du droit cantonal de procédure, par exemple. En effet, le recours de droit public a un caractère subsidiaire. Il n'est pas le moyen spécifiquement créé pour recourir contre un jugement pénal. Au contraire, le pourvoi en nullité n'est prévu qu'à cette fin. A ce point de vue relatif, il est bel et bien un moyen de recours ordinaire, alors que, considéré sous l'angle des notions de droit commun, il marque, dans l'ordre des recours, un caractère extraordinaire.

Le problème est essentiellement d'ordre théorique et ne doit pas nous retenir davantage. Pratiquement, il revêtira de l'importance notamment pour apprécier les effets du décès du prévenu survenu avant le prononcé du Tribunal fédéral. Nous y reviendrons.

Section II. Le but du pourvoi en nullité.

I. Le pourvoi en nullité, comme tout autre moyen de recours, doit permettre de corriger les effets d'une sentence mal fondée.

Un jugement comporte, entr'autres éléments, la fixation d'un état de fait, l'application du droit et, cas échéant, le prononcé d'une peine. Il peut donc être analysé à des points de vue très différents.

C'est tantôt la fixation de l'état de fait qui est critiquée: le juge aurait mal apprécié les preuves: il aurait retenu, comme constants, des faits n'existant pas ou aurait nié la réalité de faits certains. Son erreur peut être de simple interprétation, comme aussi être la conséquence d'un refus d'administrer des preuves. En dépit d'une interprétation correcte du droit, le jugement n'en sera pas moins injuste, parce qu'il partira de prémisses fausses.

C'est souvent aussi l'application du droit qui tombe sous le coup de la critique. Le jugement sera attaqué parce que le Juge, indépendamment des questions de fait, se sera trompé sur le terrain du droit.

Enfin la détermination de la peine, quant à son genre ou à sa quotité, n'échappe pas à la censure de ceux qu'une décision a déçus.

Nous n'insistons pas sur les protestations que soulève souvent la procédure suivie.

II. Le législateur a tranché par la négative la question de savoir si le Tribunal fédéral devait revoir le jugement cantonal à tous ces points de vue (*revision in facto et in jure*) et s'il fallait instituer un recours en appel. Il n'a pas voulu non plus créer un recours en réforme, dont l'aboutissement logique eût été le prononcé d'une peine. L'instance de recours doit, à son avis, se borner à contrôler l'application du droit fédéral et à intervenir dès qu'il aura été violé (*revisio in jure*). Ce système est suffisant pour assurer le respect de la loi fédérale et il tient compte des compétences cantonales en matière de procédure. L'intervention du Tribunal fédéral se présente dans son cadre naturel. Ce n'est point le rôle de cette autorité, du point de vue constitutionnel comme du point de vue pratique, d'être juge du fait ou de prononcer des peines. Une extension des compétences du Tribunal fédéral en qualité d'instance de recours pénale eût nécessité une organisation toute différente du pourvoi, soit des débats contradictoires, sans assurer des jugements toujours satisfaisants. L'intérêt général et les intérêts particuliers ne sont nullement compromis parce que les faits sont fixés, comme en matière civile, par les instances cantonales auxquelles la Constitution fédérale a accordé une juste confiance.

Il n'est pas question de remettre, aujourd'hui, le mode de recours en discussion, mais tout au plus d'exclure, pour l'avenir, la possibilité laissée à la Cour de Cassation de prononcer un acquittement lorsqu'elle annule un jugement.

Le pourvoi en nullité permet au Tribunal fédéral d'assurer l'application uniforme du droit fédéral. En exprimant ainsi le but du recours, les auteurs lui confèrent un aspect théorique. Ce n'est pas par simple intérêt scientifique ou dogmatique que le Tribunal fédéral a été institué

suprême interprète du droit fédéral, mais bien pour assurer, dans chaque cas, le maximum de protection aux intérêts que ce droit protège et qu'une fausse application de la loi lèse. La loi n'a qu'un sens exact, sur lequel on peut parfois hésiter. Une interprétation de la loi qui n'est pas uniforme, suppose l'injustice puisqu'elle conduit, dans certains cas, à lui donner un sens qu'elle ne saurait avoir.

La faculté de recourir est une garantie supplémentaire, nécessaire, donnée à ceux qui ont soif de justice. Elle doit conduire à une interprétation juste de la loi dont le sens ne saurait varier suivant les cantons. Notre peuple voit dans le recours au Tribunal fédéral une sécurité à laquelle il est attaché beaucoup plus qu'on ne le croit parfois.

Il est utile de faire cette constatation alors qu'on peut se demander s'il ne faut pas, pour décharger notre haute Cour de justice, restreindre les cas où il pourra être recouru.

Section III. Rapports entre le pourvoi en nullité et les autres voies de recours.

I. Le pourvoi en nullité et le recours de droit public.

Le pourvoi en nullité est la voie normale offerte au recourant.

Le recours de droit public est une voie extraordinaire de caractère subsidiaire, qu'on ne peut suivre qu'à défaut d'un moyen spécial de recours. L'art. 182 OJ ne laisse aucun doute sur ce point⁶⁾.

Sont réservées les exceptions prévues par la loi⁷⁾.

⁶⁾ Art. 182 OJ: „Il n'y a pas de recours de droit public au Tribunal fédéral pour cause de violation des lois civiles ou pénales fédérales par une autorité cantonale“; al. 2. „Est réservé le recours de droit public pour violation de traités internationaux, pour autant que les décisions des autorités cantonales ne peuvent être attaquées par les voies de droit indiquées par la présente loi en matière civile et pénale.“ Cf. Praxis 28 No. 23.

⁷⁾ Härdy, Das schw. Strafgesetzbuch, note 8 ad 343; Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schw. BG, p. 131 ss.

La Cour de Cassation, nantie d'un pourvoi en nullité, peut rechercher, non seulement si le droit pénal fédéral a été violé, mais encore s'il y a eu violation d'autres règles du droit fédéral. Le recours de droit public est exclu pour autant que le pourvoi en nullité permette cet examen.

Le recourant peut invoquer, à l'appui de son pourvoi, la violation des droits constitutionnels. Alors même que, ce faisant, il affirme une violation du droit fédéral, la Cour de Cassation ne pourra pas en connaître. L'art. 175 n° 3 OJ attribue à la Cour de droit public les reclamations formées pour violation de ces droits dont connaît le Tribunal fédéral (art. 113 n° 3 Const. féd.).

Lorsque de l'avis du recourant, le jugement implique la violation tant des droits constitutionnels que d'autres normes du droit fédéral, il est nécessaire d'interjeter un double recours, l'un de droit public, à la Cour de droit public, et l'autre en nullité, à la Cour de Cassation. Monsieur Ziegler et le Tribunal fédéral proposent de s'en tenir à ce principe et de le consacrer par l'adjonction, à l'art. 269 PPF, d'un deuxième alinéa réservant expressément le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels⁸⁾.

Cette thèse du double recours a fait l'objet de nombreuses réserves qui valent aussi bien pour le droit pénal que pour le droit civil à propos duquel elles ont été spécialement exprimées. Dans un rapport du Tribunal fédéral de 1909, elle a été nettement mise en échec par des arguments que nous faisons nôtres aujourd'hui, nonobstant les considérations qui peuvent plaider en faveur du système actuel.

Le Tribunal fédéral a déclaré en outre, dans un arrêt (RO 56 I 369), qu'il n'est pas indiqué d'autoriser deux moyens de recours fédéral contre une décision.

⁸⁾ Rapport Ziegler p. 115/116; l'art. 269 PCF aurait la teneur suivante: „Le pourvoi en nullité n'est recevable que pour violation du droit fédéral. — Le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels demeure réservé.“

Les adversaires du double recours se sont demandés, non sans raison, s'il ne serait pas plus simple d'attribuer à l'instance de recours au fond — instance ordinaire —, le pouvoir de prononcer sur le mérite des griefs faits à un jugement à propos d'une violation d'une disposition quelconque du droit fédéral, y compris les droits constitutionnels.

Jung relève qu'il est surprenant d'avoir à diriger deux recours, contre un seul et même arrêt, lorsqu'on entend soutenir que les juges cantonaux ont violé aussi bien la Constitution que le Code:

„Il y a là“, dit-il, „une situation anormale à laquelle le TF lui-même a cherché à remédier en proposant que toute violation du droit fédéral, y compris la Constitution et les traités internationaux, ainsi que des constitutions cantonales donne ouverture au recours en réforme lorsque la cause est susceptible d'un tel recours⁹⁾.“ Mr. Jaeger a défendu cette innovation dans son projet de loi sur l'organisation judiciaire de 1909 ainsi que dans son rapport à la Société des juristes, qui l'a approuvée dans sa séance du 12 septembre 1910¹⁰⁾.

Cette solution serait d'autant plus rationnelle que les deux recours peuvent être, aujourd'hui déjà, en raison du règlement administratif du Tribunal fédéral, jugés par la même section du T. F. siègeant tour à tour et dans la même audience, comme Cour de droit public et comme Cour de Cassation¹¹⁾.

La pratique admet donc que la notion d'arbitraire soit fixée indifféremment soit par une Cour, soit par une autre, et ne craint pas des contradictions possibles de jurisprudence. Cette constatation répond à la crainte exprimée que la jurisprudence manque d'unité si l'art. 4

⁹⁾ Jung Walter, L'organisation judiciaire fédérale doit-elle être modifiée? (ZSchwR 54 p. 437a).

¹⁰⁾ L'assemblée du 10 septembre 1935 n'a pas pris position sur la proposition Jung préconisant la même innovation.

¹¹⁾ Jung, op. cit. p. 397a; rapport TF pour 1934.

Const. féd. est interprété tantôt par une section du Tribunal fédéral, tantôt par une autre section.

Qui, mieux que la Cour chargée d'examiner le jugement au fond, se rendra compte du mérite du grief tiré de l'arbitraire ? Aucune autorité ne mesurera plus exactement l'importance d'une informalité de procédure, par exemple, et ne saura mieux écarter un moyen pour défaut d'intérêt.

Dans le domaine pénal et dès l'entrée en vigueur du CP, on ne voit plus guère de droits constitutionnels dont la violation ne constituerait pas, en même temps, une violation du droit fédéral soumise au contrôle de la Cour de Cassation, si ce n'est le droit inscrit à l'art. 4 Const. féd. S'il n'était modifié, le système actuel maintiendrait la compétence de la Cour de droit public lorsque l'arbitraire serait affirmé, ce qui sera surtout le cas en ce qui concerne la procédure suivie et l'appréciation des preuves. N'est-il pas indiqué que la Cour de Cassation examine ces reproches ?¹²⁾

La suppression du double recours vaudra une décharge pour le Tribunal fédéral et une économie pour les parties.

C'est pourquoi nous serions d'avis de modifier l'art. 269 PPF, mais pour permettre à la Cour de Cassation, en dérogation à l'art. 175 n° 3 OJ, d'examiner également, dans toutes les causes de sa compétence, le moyen tiré d'une violation des droits constitutionnels.

Il va de soi que le recours de droit public demeurerait recevable en matière pénale, dans toutes les causes ne pouvant faire l'objet d'un pourvoi en nullité (affaires jugées en application du droit cantonal, p. ex.). Une manière de procéder aussi simple et aussi naturelle ne présente pas des inconvénients contre lesquels on ne puisse

¹²⁾ Nous n'entendons pas prendre position, pour l'instant, sur la proposition du Tribunal fédéral, de supprimer le recours de droit public, basé sur l'arbitraire (art. 4 Const. féd.) dans le domaine du droit pénal et discutons dans l'hypothèse où la possibilité de recourir serait maintenue.

réagir. Ces inconvénients — s'ils existent — sont au surplus amplement compensés par les avantages nombreux d'une voie unique de recours. Nous ne méconnaissions pas les objections présentées par notre co-rapporteur. Elle sont essentiellement d'ordre pratique, à l'exception de la crainte qu'il exprime d'une rupture éventuelle de l'unité de la jurisprudence. Il redoute l'abus du moyen lorsqu'il n'y aura qu'un seul recours à déposer, la multiplication des recours basés sur l'arbitraire prétendu du juge, la réintroduction du grief tiré de la contradiction entre les pièces du dossier et les constatations de fait de l'instance cantonale.

Il suffit de mettre le juge en mesure de réagir avec rigueur contre des abus non seulement possibles, mais probables, pour dissiper partiellement ces craintes. Au surplus, empêchera-t-on jamais complètement des recours mal fondés, voire téméraires ? Entre deux systèmes, dont chacun présente des avantages et des inconvénients, nous donnons la préférence à celui qui nous paraît le plus conséquent en doctrine, et, pratiquement, le plus simple.

II. Le pourvoi en nullité et le recours de droit administratif¹³⁾.

C'est au seul point de vue de leurs rapports lorsqu'une autorité administrative cantonale a appliqué le CP — et non le droit pénal fédéral prescrit dans la législation spéciale — que nous entendons examiner la question.

Alors, qu'en principe, le recours de droit administratif n'est recevable que contre les décisions administratives prises en application du droit administratif fédéral, les Cantons peuvent néanmoins, moyennant approbation de l'Assemblée fédérale, soumettre au Tribunal fédéral les difficultés relevant de leur droit administratif (art. 114 al. 4 Const. féd., qui n'est pas sans analogie avec l'art. 8 PPF).

Quelle est la voie de recours à suivre lorsqu'une autorité administrative cantonale dont les décisions peuvent

¹³⁾ Huber, op. cit. p. 157; Clerc, op. cit. p. 10, 70.

faire l'objet d'un recours de droit administratif, aura prononcé en appliquant le CP ?¹⁴⁾

Huber admet que les deux recours sont possibles: pourvoi en nullité et recours de droit administratif. Ce dernier ne constituant pas un recours à un Tribunal, au sens de la jurisprudence, l'art. 268 al. 4 PPF conserverait toute sa valeur, qui autorise le pourvoi en nullité contre les prononcés administratifs cantonaux non susceptibles de recours aux tribunaux¹⁵⁾. La Cour de Cassation devrait, lorsque deux recours auraient été interjetés, surseoir à son prononcé jusqu'à droit connu sur le recours de droit administratif.

Nous partageons un autre avis et nous considérons que le moyen adéquat de recours au Tribunal fédéral contre un prononcé administratif rendu en application du Code pénal fédéral et non susceptible de recours à un tribunal cantonal, est le pourvoi en nullité. Le recours de droit administratif n'est qu'un moyen subsidiaire, une possibilité d'ordre général, qui doit céder le pas à la disposition spéciale de l'art. 268 al. 4 PPF. Il n'y a plus de recours de droit administratif recevable lorsque le droit fédéral prévoit un mode particulier de recours en matière pénale.

III. Le pourvoi en nullité et les recours de procédure cantonale.

Lorsque la décision attaquée est simultanément l'objet d'un pourvoi en cassation ou d'une demande de revision devant l'autorité cantonale compétente, la Cour de Cassation surseoit à son arrêt jusqu'à droit connu dans la procédure cantonale de recours (art. 274 PPF).

Ce peut être le cas lorsqu'il n'existe plus d'instance cantonale pouvant examiner si le jugement a violé le droit

¹⁴⁾ Pour autant qu'elle en ait la faculté (art. 345 No. 1 al. 2 CP; procédure contre enfants ou adolescents).

¹⁵⁾ Cf. sur exception dans un cas spécial et critique de la jurisprudence, RO 56 I 364, et Clerc, op. cit. p. 10, 70.

fédéral, alors que des moyens de recours tirés du droit cantonal peuvent encore être invoqués.

Au texte de l'art. 274 PPF, le Tribunal fédéral propose d'en substituer un nouveau (art. 275 de son projet). La Cour de Cassation aurait la faculté, et non plus l'obligation, de surseoir à son prononcé. Nous souscrivons sans réserve au principe même de la modification proposée, mise à part une observation de forme que nous ferons par la suite. Le recours peut être parfois liquidé, sans autre, par la Cour de Cassation et il est inutile qu'elle attende, pour le faire, une décision cantonale sans influence aucune sur le sort du pourvoi en nullité.

Section IV. Le pourvoi en nullité et les recours possibles contre la partie civile du jugement.

Le pourvoi contre la partie civile du jugement fera l'objet d'un titre spécial sous lequel nous examinerons, pour autant que besoin, les relations de ce pourvoi avec d'autres voies de recours.

Chapitre II. La violation du droit fédéral, motif du pourvoi.

Section I. Le droit fédéral.

I. Le pourvoi en nullité n'est recevable que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF).

II. Le droit fédéral a de nombreuses sources: Constitution, loi, arrêté, ordonnance, règlement, traité international¹⁶⁾.

Nous ne nous arrêterons pas ici au problème de la constitutionalité ou de la légalité des lois et arrêtés fédéraux¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Weiß, Berufung, p. 293; Stämpfli, No. 4 ad 269; Huber, op..cit. p. 175.

¹⁷⁾ Clerc, op. cit. p. 24; la légalité peut être examinée par la Cour de Cassation (arrêt non publié, du 19 décembre 1939, dans la cause Quartier).

Nous supposons l'existence de normes régulières.

Le Code pénal suisse est du droit fédéral dont la force obligatoire, espérons-le, ne sera pas mise en discussion, et dont la violation peut être invoquée dans un pourvoi en nullité.

Le jugement n'appellera pas toujours l'application exclusive du Code pénal suisse, mais éventuellement celle d'autres normes du droit fédéral. Notons, dans le domaine de la procédure, que la PPF contient, à ses art. 247 ss., un certain nombre de dispositions qui sont du droit fédéral et qui doivent être observées comme telles¹⁸⁾.

Section II. La violation du droit fédéral.

I. Le droit fédéral est violé lorsqu'il est faussement appliqué, lorsqu'il n'est pas appliqué, ou enfin lorsqu'il est appliqué alors qu'il ne devrait pas l'être¹⁹⁾. Il en est ainsi lorsqu'un principe de droit consacré expressément par une disposition fédérale ou résultant implicitement d'une telle disposition n'a pas été appliqué ou a reçu une fausse application.

II. La fausse application du droit ne suppose pas l'arbitraire et ne doit pas être confondue avec la violation d'une disposition claire de la loi. Ainsi, lorsqu'une prescription légale, soumise à une analyse attentive, se révèlera susceptible de deux interprétations soutenables, elle aura

¹⁸⁾ Stämpfli, No. 4 ad 269; Huber, op. cit. p. 176; Härdy, op. cit. No. 14 ad 343.

¹⁹⁾ Baumann, Die Kassationsbeschwerde im schw. Strafprozeßrecht (Diss, Jur. 1922), p. 36, reprend la définition de Stoos: „Die Verletzung eines Strafgesetzes kann liegen in der Anwendung einer Norm, welche als Strafgesetz nicht Gültigkeit hat, in der Anwendung einer nicht zutreffenden Strafnorm, oder in der Nichtanwendung einer zutreffenden Norm, d. h. in der unrichtigen Subsumption oder in der Nichtsubsumption einer Tat unter eine Strafnorm oder ihre Subsumption unter eine falsche Norm; in der unrichtigen Auslegung des Strafgesetzes, ferner in der Anwendung einer unzulässigen Strafart oder eines unzulässigen Strafmaßes, in der Nichtanwendung einer obligatorischen Nebenstrafe.“

été violée si le jugement n'a pas retenu celle des interprétations qui doit être considérée comme exacte.

La Cour de Cassation doit donc examiner librement, comme le fait la Cour de réforme pour le droit civil, quelle est la portée du droit applicable et quel sens il y a lieu de lui attribuer. Elle choisit entre deux interprétations possibles et défendables. Si son choix n'est pas celui qu'a fait le jugement, elle constate que le droit fédéral a été violé, parce que le juge s'est mépris sur le sens de la loi²⁰⁾.

La loi est violée lorsqu'elle est appliquée à un état de fait que son sens véritable ne lui permet pas de viser. La cause de nullité peut résulter de la violation d'un principe découlant d'une loi fédérale²¹⁾, à condition, toutefois, de ne pas procéder à une interprétation extensive, par voie d'analogie inadmissible en matière pénale (ATF non publié, du 12 mars 1941, en la cause Quartier). La loi fédérale peut également violée s'il en est fait une fausse application dans des causes relevant de droit cantonal, mais appelant l'interprétation préalable d'une prescription de droit fédéral. Si le juge retient, par exemple, un homicide par imprudence, l'imprudence consistant, selon lui dans l'inobservation des règles de la loi fédérale sur la circulation des automobiles et des cycles²²⁾.

III. Le CP a, comme toutes les lois, un champ d'application nettement défini. Il précise quelles sont les personnes et les infractions auxquelles il étend son empire (art. 2 ss.).

Il y a évidemment violation de la loi fédérale à ne pas l'appliquer aux gens et aux faits qu'elle régit, soit en

²⁰⁾ En cela, la PPF s'écarte des notions de la „Verletzung klaren Rechtes“ que certains droits cantonaux prévoient comme motif de cassation, pour se rapprocher de la notion de violation de la loi connue, notamment de celles des législations romandes qui ignorent l'appel.

²¹⁾ Stämpfli, No. 5 ad 269; Waiblinger, op. cit. p. 411; Huber, op. cit. p. 181.

²²⁾ Cf. Leuch, Fünf Jahre Rechtsprechung des Kassationshof des BG in Strafsachen des Motorfahrzeugverkehrs, dans Revue pénale suisse 52, p. 271.

s'abstenant de réprimer une infraction, soit en jugeant sur base du droit cantonal ou étranger²³⁾.

Quoique la question soit controversée en doctrine, on doit admettre que le droit fédéral est aussi violé lorsqu'il est appliqué en lieu et place d'un autre droit qui devrait l'être²⁴⁾, du droit cantonal p. ex. On lui attribue un champ d'application qu'il n'a pas.

IV. La violation de la Constitution fédérale et des droits qu'elle garantit est une violation du droit fédéral. Ces droits sont inscrits aux art. 4, 44 al. 1, 45, 49, 50, 55, 56, 58, 59 al. 1, 59 al. 3 et 60 de la Const. féd. Les constitutions cantonales assurent également certains droits individuels²⁵⁾. Comme nous l'avons dit, toutes les réclamations dérivant d'atteintes à ces droits, sont, jusqu'ici, du ressort de la Cour de droit public.

Nous rappelons que, dans le domaine pénal, c'est l'art. 4 Const. féd. qui sera presqu'exclusivement invoqué, maintenant que le droit est uniifié. Le recourant prétendra que le juge cantonal a agi arbitrairement en appréciant les preuves et en fixant l'état de fait, ou encore qu'il a violé les règles de la procédure cantonale.

Le Tribunal fédéral propose²⁶⁾ de supprimer le recours de droit public pour arbitraire, basé sur l'art. 4 CF, en matière de droit civil, de droit pénal, de procédure civile ou pénale, de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et

²³⁾ Stämpfli, No. 5 ad 269; Huber, op. cit. p. 181/182; RO 34 I 812; 36 I 237; 40 I 440; 53 I 229.

²⁴⁾ Huber, op. cit. p. 182; Stämpfli, No. 5 ad 269; Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 439, note 31; RO 30 I 405; 48 I 233; 57 I 410; Arrêt TF non publié, du 19 décembre 1939, en la cause Quartier. Op. contr., Gut, op. cit. p. 91.

²⁵⁾ Salis, Die Kompetenzen des BG in Strafsachen (Diss. Bern, 1927), p. 169 ss.; Burckhardt, Kommentar des schw. BV p. 779.

²⁶⁾ Cf. Rapport du 14 janvier 1941, p. 17 ss.; projet TF art. 89 al. 2: „Wegen Willkür bei Anwendung des Zivilrechtes, Strafrechtes, Zivil- und Strafprozeßrechtes und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes kann nicht Beschwerde geführt werden.“

la faillite²⁷⁾). Si cette proposition est admise, la violation du droit fédéral échappera partiellement au contrôle du TF puisque l'idée de la haute Cour n'est pas d'attribuer à la Cour de Cassation l'examen d'un tel moyen, comme nous l'avons proposé, mais bien d'en restreindre l'emploi.

Examinons ici la suggestion du TF. Nos considérations seront d'ordre général et vaudront pour tous les domaines dans lesquels la restriction devrait s'appliquer (droit civil, droit pénal, procédure, LP).

La proposition n'est pas nouvelle. En 1911 déjà, le Tribunal fédéral la soumettait au Département fédéral de Justice et Police. Aucune décision ne fut alors prise.

En 1935, Monsieur Ziegler, dans son rapport à la Société des Juristes²⁸⁾, la reprend à son compte. Elle ne trouve cependant pas grâce devant l'assemblée qui repousse l'idée à une forte majorité (39 voix contre 14).

L'avant-projet de Monsieur Ziegler, en 1940, n'insiste pas²⁹⁾. Le TF, par contre, adopte à nouveau aujourd'hui son point de vue de 1911, mais précise que sa décision n'a été prise qu'à une voix de majorité.

Nous nous trouvons ainsi en présence d'une question controversée. Pourrait-elle ne pas l'être ? Par sa jurisprudence, par le sens qu'il a donné à l'art. 4 CF, le TF s'est considéré comme le gardien soit des droits fondamentaux reconnus par la Const. féd. ou les Const. cantonales, soit du droit civil, de la LP et du droit pénal³⁰⁾.

Il a posé en principe que l'art. 4 Const. féd. accordait au citoyen une protection efficace contre tout déni de justice dont il serait victime de la part d'une autorité cantonale et il a admis qu'il y avait déni de justice à un double point de vue: au sens formel et au sens matériel.

²⁷⁾ Le recours pour déni de justice au sens formel (Verweigerung des rechtlichen Gehörs) demeurerait admissible.

²⁸⁾ Soll die Bundesrechtspflege revidiert werden ?, dans ZSchwR 54, p. 217a ss.

²⁹⁾ Rapport Ziegler, p. 116.

³⁰⁾ Yung, op. cit. p. 475a.

Au sens traditionnel et formel: chaque individu a le droit d'exiger que l'autorité examine ses réclamations, prenne une décision ou rende un jugement, lorsqu'il invoque un texte de loi. La violation de ce droit, le refus de lui donner l'occasion de s'expliquer, etc., constituent un déni de justice (Verweigerung des rechtlichen Gehörs).

Au sens matériel: le TF a estimé que chacun peut exiger que l'autorité procède d'après le droit. Si l'intéressé ne parvient pas à se faire rendre justice en suivant les voies ordinaires de recours (de droit civil ou de droit pénal) parce que le droit fédéral n'en connaît pas, il peut former un recours de droit public. Ce moyen extraordinaire n'est pas à disposition de celui qui peut suivre une voie adéquate (ordinaire) de recours du droit fédéral. Il y a arbitraire, lorsque la loi a reçu une application inconciliable avec le seul sens qu'elle puisse avoir, ou avec une constante jurisprudence (changement légitime réservé) ou avec un principe élémentaire du droit même non inscrit dans la loi³¹⁾.

La jurisprudence du Trib. féd. qui a étendu la portée de l'art. 4 Const. féd. est de nature à réparer des injustices et des erreurs.

Elle s'imposait et elle correspond à un sentiment de haute justice. Elle assure au citoyen, dans le cadre de la constitution, une protection nécessaire. Il faut, à cet égard, songer moins aux recours qui ont été rejetés, parce qu'on a abusé du moyen, qu'à ceux qui ont été admis, non pour des motifs de pitié ou par indulgence, mais bien parce qu'ils étaient fondés en droit.

Aussi bien n'est-il pas question que le Trib. féd. revienne de sa jurisprudence. Bien au contraire, en excluant expressément la possibilité d'invoquer l'arbitraire dans certains cas déterminés, le Trib. féd. confirme-t-il la faculté d'en faire état dans les autres. La proposition tend simplement à fermer la voie de recours, dans certains do-

³¹⁾ Fleiner, op. cit. p. 286 ss., 445; Ziegler, ZSchwR 54, p. 372a ss.; Giacometti, op. cit. p. 54.

maines, alors même qu'il y aurait arbitraire et que cet arbitraire constituerait une violation de l'art. 4 CF. Nous éprouvons des scrupules sérieux, d'ordre constitutionnel, à entrer dans ces vues. L'art. 113 n° 3 Const. féd. attribue au Tribunal fédéral le soin de juger les recours formés pour violation des droits individuels garantis par la Constitution. Il y a là plus qu'une attribution de compétence; c'est la création d'une instance à laquelle il peut être recouru. Pour celui qui est lésé dans ses droits individuels, c'est la faculté précieuse de recourir au Tribunal fédéral. Droit de recours qui lui est accordé par la Constitution et dont une loi ne saurait le priver. Dès qu'un droit individuel est violé, la faculté de recourir est absolue aussi bien qu'illimitée. La loi ne saurait faire des distinctions que la Constitution ne fait pas et ne charge pas le législateur d'établir³²⁾). Il en serait autrement si le recours de droit public pour violation des droits individuels avait été organisé en application de l'art. 114 Const. féd. Le législateur aurait eu toute liberté d'en fixer l'objet.

A notre avis, aussi longtemps que le Tribunal fédéral verra dans l'arbitraire une violation de l'art. 4 Const. féd., cette même Constitution — art. 113 n° 3 — ne permettra pas d'exclure du recours les objets relevant de certains domaines du droit. Seul un changement, d'ailleurs improbable, de la jurisprudence, pourrait conduire au résultat désiré par la majorité du Trib. féd.

Le rapport du Trib. féd. souligne la contradiction qu'il y aurait à permettre l'exercice d'un recours extraordinaire dans des matières où le droit de recours ordinaire est restreint, par exemple, en raison de l'exigence d'une certaine valeur litigieuse. La contradiction ne nous semble qu'apparente. Un traitement arbitraire est si contraire à la conscience juridique qu'il faut en pouvoir recourir à cause du principe lui-même, peu importe le montant en jeu. Il est plus compréhensible de limiter le droit de re-

³²⁾ Giacometti, op. cit. p. 134 ss.

courir contre une simple erreur. L'argument ne vaut d'ailleurs pas dans les causes susceptibles d'un recours ordinaire de droit fédéral (recours en réforme), mais dans lesquelles l'instance de recours ne peut examiner elle-même le moyen tiré de la violation de l'art. 4 Const. féd. parce que l'art. 175 n° 3 OJ le lui interdit.

A vrai dire, le Tribunal fédéral s'est laissé guider par des considérations pratiques: nécessité de réagir contre l'abus du moyen et crainte que son rôle ne soit encombré de recours sans espoir. Nous ne méconnaissons nullement les abus signalés, mais il nous paraît possible de les éviter, dans une large mesure: rejet préalable du recours, s'il est manifestement dépourvu de chance; sûretés ou avances de frais, pénalités, interprétation plus restrictive de la notion d'arbitraire.

Si ces mesures devaient se révéler inefficaces, et que le Tribunal fédéral fût surchargé, nous ne craindrions pas une augmentation du nombre des juges. L'administration de la justice est une des premières tâches de l'Etat; celui-ci s'honneure et fait son devoir en assurant l'existence d'un appareil judiciaire fonctionnant dans des conditions normales. Il est d'autres dépenses, moins indispensables, devant lesquelles on ne recule pas.

Section III. Relation de cause à effet entre la violation du droit et le dispositif du jugement.

Il ne suffit pas que le juge ait faussement interprété le droit fédéral dans les considérants, mais il faut que le dispositif du jugement lèse les droits du recourant. Il doit y avoir, entre le dispositif et la violation du droit, un rapport analogue à celui de causalité. L'erreur de droit doit se traduire dans le prononcé du juge, être la cause de la condamnation non fondée ou de l'acquittement injustifié.

Le jugement peut ne violer le droit fédéral que dans une partie de son dispositif (peines accessoires, frais, etc.)^{33).}

³³⁾ Stämpfli, notes 7 et 8 ad 269.

Nous reviendrons sur la question en discutant de la légitimation, soit de l'intérêt du recourant au pourvoi.

Section IV. Questions de droit et questions de fait.

I. Le pourvoi en nullité permet à la Cour de Cassation de revoir l'application du droit fédéral, tout en lui interdisant d'apprécier des faits ou des preuves³⁴⁾. Le domaine du fait est celui dans lequel les tribunaux des cantons exercent leur souveraineté. Il leur appartient en propre et le Tribunal fédéral ne doit pas s'y immiscer, arbitraire réservé. Le Tribunal fédéral est lié par l'état de fait admis par le Juge cantonal et doit le tenir pour exact. La Cour de Cassation se borne à rechercher si le droit fédéral a été heureusement appliqué à cet état de fait. Elle n'est cependant pas liée par des constatations contraires aux pièces du dossier. Seule exception au principe, prévue par l'art. 275 PPF comme par l'art. 81 OJ en matière civile.

Le Trib. féd. propose la suppression de cette réserve, en faisant valoir qu'il est très rare qu'elle ait un objet. Les recourants ont méconnu la portée de l'exception et s'en sont emparé pour critiquer la libre appréciation des preuves par le juge cantonal. Une circulaire du Trib. féd., du 27 février 1937, rappelle qu'il n'y a de contrariété avec les pièces du dossier que lorsqu'une constatation du jugement attaqué, importante pour l'appréciation juridique du litige, est inconciliable avec telle pièce du dossier. Ce qui suppose un oubli ou l'arbitraire du juge.

En pratique, la possibilité d'invoquer la contradiction entre constatations de fait et pièces du dossier présente si peu d'intérêt pour le justiciable et a donné lieu à de tels abus, que nous nous rangeons, sans hésiter, à l'avis du Trib. féd., tout en lui réservant le droit d'intervenir d'office.

Il est, parfois, fort difficile, de faire un point de départ exact entre les questions qui relèvent du fait et celles qui sont de droit.

³⁴⁾ Art. 275 PPF.

La démarcation s'impose, si l'instance fédérale de recours ne veut pas empiéter dans un domaine qui n'est pas le sien.

Il ne peut être question ici, de donner un aperçu, même succinct, de tous les cas qui peuvent se présenter. Nous voudrions, tout au plus, soulever le problème et en relever l'un ou l'autre aspect, abandonnant à la jurisprudence ou à des commentaires le soin de préciser et rappelant que, dans les causes civiles, de nombreuses questions ont été tranchées par des arrêts dont les principes pourront être appliqués utilement en matière pénale. Nous nous référerons, au surplus, à l'exposé de notre corapporteur.

II. La Cour de Cassation fixe elle-même les limites entre les domaines de fait et ceux de droit³⁵⁾). Sont des questions de droit fédéral notamment:

1. Quant aux conditions de la répression: l'observation du principe „nulla poena sine lege“; le champ d'application de la loi et la compétence; la définition et la nature juridique — qualification — des infractions et de leurs éléments constitutifs; les notions de responsabilité totale ou diminuée et d'irresponsabilité totale comme aussi leurs conséquences; les notions et les conditions du dol³⁶⁾, de la négligence³⁷⁾, de l'erreur; de la tentative, du délit manqué ou impossible, de l'instigation ou de la complicité; le régime des délits de presse; les circonstances qui rendent un acte licite (excuses légales); le droit de plainte; la prescription; le respect des définitions légales; les conditions de la répression des enfants ou des adolescents.

2. Quant à la peine: la détermination du genre ou de la durée de la peine quant à ses minimum et maximum,

³⁵⁾ Stämpfli, No. 9 ad 269.

³⁶⁾ La question de savoir si quelqu'un a eu connaissance du caractère illicite de son acte est une question de fait: 63 I 143; 64 I 123.

³⁷⁾ RO 64 I 123; 66 I 114 ss.

y compris les conditions de son atténuation; les conditions de l'octroi de sursis, de l'application de mesures de sûretés, des peines accessoires ou d'autres mesures; l'obligation d'imputer la détention préventive; la notion et les effets de la récidive ou du concours d'infractions.

3. Quant au droit intertemporel, tout ce qui concerne les relations entre le code pénal et la législation antérieure (art. 336—339).

4. Quant à l'appréciation du juge, les conditions dans lesquelles il a le droit d'user de sa faculté d'apprécier. Nous reviendrons sur le problème.

5. Quant à la procédure, les prescriptions du droit fédéral en la matière.

III. Le Code pénal laisse au juge non seulement la faculté d'apprécier les faits et les preuves (art. 249 PPF), mais encore une grande liberté d'appréciation dans l'application du droit pénal. La loi s'exprime généralement ainsi: „lorsque telle condition est réalisée, le juge pourra . . .“ L'appréciation du juge peut-elle être revue par la Cour de Cassation et constituer une violation du droit? Il faut répondre affirmativement, mais non sans admettre de grandes restrictions.

1. La loi subordonne généralement la liberté d'appréciation du juge — atténuation en faveur du complice — art. 25 —; octroi du sursis — art. 41 —; atténuation — art. 64/66 —; réhabilitation — art. 76 à 81 —; cumul des peines — art. 50 —; complicité — art. 25 —; à l'existence de certaines conditions. Le juge qui, prétendant user de sa libre appréciation, atténue, alors que la loi ne prévoit pas l'atténuation, accorde le sursis ou réabilite en l'absence des conditions fixées, viole la loi.

2. Les conditions étant réalisées, le juge n'est pas tenu d'user de la faculté que lui confère la loi. Il pourra refuser le sursis, ne pas atténuer, ne pas réhabiliter. Est-ce à dire qu'il soit entièrement libre? Non, il doit, tout d'abord, motiver sa décision pour en permettre le contrôle par la

Cour de Cassation et ne saurait se borner à dire, par ex. qu'il estime ne pas devoir accorder le sursis³⁸⁾.

De plus, le juge doit faire usage de son pouvoir d'appréciation, eu égard au cas particulier. Il ne saurait motiver le refus de sursis, par ex. en disant que c'est une institution qu'il estime inutile, ou encore en déclarant ne vouloir jamais l'accorder à telle catégorie d'infractions — délits contre les moeurs, ou dès qu'il prononce une peine privative de liberté supérieure à 6 mois par ex., — alors que la loi le prévoit en cas d'une peine privative de liberté jusqu'à un an.

Les motifs de l'appréciation du juge ne doivent pas impliquer en eux-mêmes une violation ou une méconnaissance de l'esprit ou du système général de la loi³⁹⁾.

Dans ce sens, la Cour de Cassation pourra revoir la décision cantonale.

Chapitre III. La constatation, par le Tribunal fédéral, de la violation du droit fédéral.

Section I. Le jugement doit être motivé.

La Cour de Cassation doit contrôler si le droit fédéral a été correctement appliqué. Elle ne pourra satisfaire à sa mission si le jugement cantonal n'est pas motivé. La sanction de ce principe est inscrite à l'art. 277 PPF.

La Cour de Cassation peut annuler la décision cantonale et renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision lorsque la décision attaquée est entachée de vices tels que la Cour se trouve dans l'impossibilité de constater de quelle façon la loi a été appliquée.

Le jugement doit énumérer les faits retenus comme constants et les moyens qui ont servi de base à la conviction du juge aussi bien que les motifs de droit. Les considé-

³⁸⁾ Kirchhofer, Fragen des neuen Militärstrafrechts, dans Revue Pénale suisse, 42 p. 19.

³⁹⁾ V. à ce sujet l'étude de Kirchhofer, op. cit. p. 8 ss.

rants de droit peuvent être inattaquables et la loi n'en être pas moins violée; si elle est appliquée à des faits auxquels elle ne peut l'être. L'instance cantonale fixe l'état de fait, mais elle doit le faire sous une forme qui permette à la Cour de Cassation de voir si les éléments de fait retenus sont constitutifs d'une infraction⁴⁰⁾). En matière civile, l'art. 63 n° 2 et 3 OJ n'a pas d'autre but que de donner au Tribunal fédéral la possibilité de contrôler efficacement l'application du droit fédéral. L'art. 277 PPF ne contient pas de prescriptions analogues à celles de l'art. 63 OJ⁴¹⁾), mais il est vraisemblable qu'il faudra combler cette lacune par voie législative, ce qui serait bien préférable à la voie de la seule jurisprudence.

Comme le dit Clerc, les motifs du jugement ne sont pas une clause de style; ils ne sont pas institués pour contraindre le juge à réfléchir avant de trancher, ou pour persuader le justiciable que la décision rendue est bien fondée. Les motifs doivent établir de manière claire et précise les circonstances de fait et les déductions que le juge en a tirées au point de vue juridique, afin de permettre à la Cour d'exercer son contrôle. Un jugement cantonal doit toujours être motivé, alors même que la loi cantonale autoriserait une pratique contraire. La Cour doit assimiler au jugement non motivé, celui qui comporte des motifs contradictoires ou insuffisants⁴²⁾).

Les vices dont peut être affecté le jugement à cet égard ne constituent pas un moyen de recours, mais doivent être redressés d'office par la Cour de Cassation qui renverra la cause à l'instance cantonale à moins qu'elle ne puisse remédier elle-même⁴³⁾.

⁴⁰⁾ Stämpfli, ad 277; Clerc, op. cit. 53; Huber, op. cit. 230; RO 31 I 707 c. 7; 33 I 210, 800; 37 I 108; 40 I 311 c. 5; 50 I 357; 53 I 330 c. 1; 61 I 218 c. 3; Praxis 1935 No. 156.

⁴¹⁾ RO 63 I 140 c. 2.

⁴²⁾ Clerc, op. cit. p. 53; la jurisprudence par lui citée.

⁴³⁾ RO 52 I 272.

Section II. Le verdict du jury.

Ce qui précède n'est qu'une application du principe selon lequel le droit cantonal ne saurait empêcher la Cour de Cassation d'exercer son contrôle, sous peine de compromettre jusqu'à l'application du droit fédéral. Cette jurisprudence, si justifiée, souffre malheureusement une exception lorsque le jugement a été rendu sur base du verdict non motivé d'un jury⁴⁴⁾. Le Tribunal fédéral s'exprime ainsi:

„La recevabilité du recours ne préjuge pas l'attitude que le Tribunal fédéral doit prendre à l'égard des jugements dont les motifs consistent en une simple référence à la décision des jurés. On pourrait soutenir que de tels jugements dussent, 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 déferer la connaissance des infractions du droit fédéral aux cours d'assises, ou qu'en dérogation à la règle communément admise, les verdicts devraient être, dans ces cas, motivés. Mais le Tribunal fédéral a déjà déclarée — 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 les 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 ignorer les difficultés rencontrées par le Tribunal fédéral

⁴⁴⁾ RO 63 I 140; Stämpfli, ad 277; Huber, op. cit. p. 230.

dans l'examen des jugements reposant sur un verdict; ces difficultés avaient aussi été signalées dans 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 ajoute que sa mission est rendue singulièrement difficile lorsque les jurés tranchent non seulement la question de fait, mais aussi celle de droit et lorsque, dans leur verdict, ils répondent par une seule phrase aux deux questions. Elle relève, qu'on s'est demandé si, en pareils 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, mais que cette solution a été rejetée parce qu'on ne peut pas faire abstraction des faits résultant des débats, en particulier des dépositions des témoins dont il ne subsiste aucune trace. Le Tribunal fédéral exerce alors son contrôle en envisageant successivement tous les états de fait que le jury a pu considérer comme constants. Le jugement pourra être cassé si, dans toutes les hypothèses entrant en ligne de compte, il implique une violation de la loi pénale (RO 33 I 657, 35 I 177). Et le Tribunal fédéral de conclure que, dans ces conditions, il lui est souvent impossible de revoir l'application du droit fédéral, malgré le surcroit de travail auquel une telle méthode l'astreint⁴⁵⁾.

La question avait jusqu'ici une importance pratique très relative. Il n'en est plus ainsi. Un très grand nombre d'infractions du droit pénal, et parmi les plus graves, relèvent des Cours d'Assises dont les jugements seraient pratiquement soustraits au contrôle du Tribunal fédéral. Un tel état de choses ne saurait subsister, car il irait directement à l'encontre du but que s'est proposé le législateur en unifiant le droit pénal. Le droit cantonal rendrait illusoire le droit de recourir au Tribunal fédéral précisément

⁴⁵⁾ Huber, op. cit. p. 179/180.

là où les intérêts — généraux et particuliers — sont les plus importants parce que les infractions ont le plus de gravité.

L'entrée en vigueur du droit nouveau peut conduire le Tribunal fédéral à revoir sa jurisprudence et nous croyons que l'art. 277 PPF lui permettra de ramener le verdict du jury à ce qu'il aurait toujours dû être au pis aller: un prononcé sur des faits. Le verdict non motivé ne saurait porter sur des questions de droit, sur des notions juridiques. Il est inadmissible de poser au jury la question de savoir si X. a été „complice“ ou si Y. est „responsable“, car on lui fait résoudre des questions de droit. Qu'on l'interroge sur des points de faits dont la fixation permettra alors d'appliquer le droit d'une manière contrôlable pour le Tribunal fédéral.

Notre intention n'est pas d'engager une polémique sur l'institution même de la Cour d'Assises. Notre opinion est faite depuis longtemps. Nous reconnaissions volontiers que quelles que soient les graves faiblesses⁴⁶⁾ de cette justice, dite populaire, il n'est pas au pouvoir du législateur fédéral de la supprimer.

Notons qu'un grand nombre de cantons ignorent la Cour d'Assises⁴⁷⁾. D'autres ont introduit les tribunaux d'échevins⁴⁸⁾ ou avaient envisagé les créer⁴⁹⁾. D'autres enfin ont cherché à guider le jury dans l'accomplissement de sa tâche⁵⁰⁾. Bien rares seront bientôt ceux qui auront conservé l'institution du jury délibérant seul.

Le projet de Monsieur Ziegler propose de tenir compte de la jurisprudence et de modifier l'art. 277 en men-

⁴⁶⁾ Cf. Jean Graven, *Le Jury et les tribunaux d'échevins en Suisse*, ZSchwR 57 p. 1a ss.

⁴⁷⁾ Notamment Schwyz, Lucerne, Bâle-Ville, Schaffhouse, St-Gall, Grisons, Valais.

⁴⁸⁾ Entr'autres Berne, Tessin, Vaud, Neuchâtel.

⁴⁹⁾ Zurich; le projet fut cependant repoussé en votation populaire, le 6 juillet 1941.

⁵⁰⁾ Genève.

tionnant que la Cour de Cassation ne saurait casser et renvoyer à l'instance cantonale lorsque l'impossibilité de contrôler l'application du droit fédéral est la conséquence du verdict d'un jury. Le Tribunal fédéral reprend l'art. 277 dans sa teneur actuelle et n'en revoit que la forme. Il n'y apporte pas la restriction suggérée par Monsieur Ziegler. Faut-il voir là une affirmation de sa volonté de réservier, pour l'avenir, son entière liberté d'appréciation et un changement éventuel de la jurisprudence? On peut l'espérer.

Quoiqu'il en soit, si l'art. 277 devait constituer une base légale insuffisante pour permettre au Tribunal fédéral d'exiger que tous les jugements cantonaux soient motivés de sorte qu'il puisse contrôler l'application du droit, il faudrait changer la loi. Le verdict du jury ne mérite pas une exception et la Const. féd. ne met pas un obstacle à une exigence légitime. Ce qu'on peut demander d'un jugement cantonal doit pouvoir l'être en général quelle que soit l'instance qui a jugé.

Titre II.

La décision contre laquelle il peut être recouru.

Chapitre I. La législation en vigueur.

Section I. Caractères généraux de la décision susceptible de recours.

I. Le pourvoi en nullité est recevable, aux termes de l'art. 268 PPF:

1. contre les jugements de dernière instance qui ne sont pas susceptibles d'un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral;
2. contre les ordonnances de non-lieu rendues en dernière instance;
3. contre les prononcés administratifs qui ne sont pas susceptibles de recours aux tribunaux.

II. L'action pénale ayant trouvé son épilogue dans la décision d'une autorité judiciaire ou administrative, les conditions générales de recours au Tribunal fédéral sont au nombre de trois:

1. La décision doit être un jugement ou un prononcé à caractère analogue. L'autorité judiciaire ou administrative, doit avoir statué sur le mérite de l'action pénale, ou sur l'opportunité de mesures répressives ou de sécurité à prendre en application du droit pénal ou enfin s'être prononcée sur une requête dont le juge pénal connaît (réhabilitation, art. 76—81 CP). Elle doit avoir fait oeuvre de jugement, au sens large, dans le domaine du droit pénal.

Il n'y a pas de pourvoi en nullité contre les actes d'exécution (refus de tenir compte de la prescription de la peine; régime de la détention) ou contre des décisions purement administratives (libération conditionnelle, grâce). L'intéressé a d'autres voies de recours qui lui sont alors ouvertes: recours de droit public ou, suivant les cas, plainte au Conseil Fédéral chargé de veiller à l'observation des dispositions du CP (art. 392 CP) et de pourvoir à l'exécution des jugements passés en force dans les causes qu'il délègue aux autorités cantonales (art. 255 PPF).

2. La décision doit être rendue en application du droit pénal fédéral ou dans une cause à laquelle il s'appliquait. Aucun pourvoi en nullité n'est recevable contre une décision cantonale rendue selon le droit cantonal applicable.

3. Enfin, la décision doit être l'oeuvre d'une instance ou autorité cantonale chargée d'appliquer le droit fédéral. D'autres normes régissent le recours lorsque la décision est prise par une autorité fédérale. La compétence de l'instance cantonale découle de l'attribution par la loi ou de la délégation par l'autorité¹⁾. S'en suit-il que lorsque l'autorité cantonale aura statué dans des cas relevant de la juridiction fédérale, le pourvoi en nullité ne serait pas recevable ?

¹⁾ Stämpfli, note 1 ad 268.

On pourrait se le demander en rapprochant l'art. 268 PPF du titre V de la troisième partie de cette loi. Nous ne le croyons pas. Lorsqu'une autorité cantonale applique le Code pénal suisse, sans délégation de pouvoirs, en une cause du ressort des autorités judiciaires fédérales, elle viole ce code et les dispositions relatives à la juridiction et à la compétence. Son prononcé peut être l'objet d'un pourvoi en nullité et il n'y a pas lieu de suivre une autre voie de recours²).

Section II. Caractères particuliers de la décision.

I. La décision — jugement, prononcé administratif, ordonnance de non lieu — doit avoir pour effet de dessaisir l'instance de la cause et, au surplus, ne plus être susceptible d'un recours de droit cantonal ayant même portée que le pourvoi en nullité.

II. Les décisions peuvent être l'œuvre du pouvoir judiciaire ou encore d'une autorité administrative.

En principe, les cantons ont la liberté de désigner les organes chargés d'appliquer le droit pénal. En réalité, ils sont tenus de confier à une autorité judiciaire le soin de juger presque toutes les infractions. L'art. 345 n° 1 CP ne leur permet en effet l'attribution à une autorité administrative que des contraventions définies à l'art. 101.

Les pouvoirs des autorités administratives cantonales ne sont limités qu'en matière de jugement au fond ou lorsque le CP précise qu'une décision (réhabilitation par ex.) appartient au juge. Ils subsistent au surplus, notamment en matière de décisions préliminaires, telles qu'ordonnances d'enquête, de classement, de non-lieu, etc. . . .

La procédure contre les enfants et les adolescents (art. 82—99; 369—373 CP) est du ressort d'une autorité que désignent les cantons et qui peut être une autorité administrative³).

²⁾ Huber, op. cit. p. 158.

³⁾ Thormann et von Overbeck, note 2 ad 81; Kuhn

III. Aux jugements, la loi assimile les ordonnances de non-lieu (*Einstellungsbeschlüsse*)⁴⁾. On entend généralement par non-lieu une décision prise après enquête préliminaire, poussée assez loin pour qu'il soit possible de se faire une idée adéquate du cas et de constater qu'il manque certainement les éléments d'une infraction. L'autorité prononce alors qu'il n'y a pas lieu de suivre à l'affaire.

Le droit fédéral⁵⁾ ne prend pas l'ordonnance de non-lieu dans son sens traditionnel, mais dans un sens large. Le refus de suivre, l'ordonnance de classement, aussi bien que l'arrêt de non-lieu (*Sistierungs-* ou *Aufhebungs-*
beschluß; Ablehnungsverfügung, Einstellungsverfügung, ad acta-Legung) donnant ouverture au pourvoi en nullité quelle que soit l'autorité qui les ait rendus, que le droit cantonal les considère comme définitifs⁶⁾ ou non, qu'ils soient prévus par la loi ou qu'ils constituent une création de la pratique⁷⁾.

Les législations cantonales connaissent généralement la possibilité de mettre fin à une action pénale qui s'avère mal fondée, par une décision prise, soit avant, soit après une enquête préliminaire. L'ordonnance de non-lieu n'est pas autre chose en procédure, qu'un jugement de nature particulière, qui termine l'action et dessaisit l'instance nantie. Il n'est point nécessaire d'insister sur le fait que des ordonnances de renvoi, de suivre en cause, etc., rendues pour être suivies d'un jugement, ne peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

IV. Le jugement susceptible de recours doit être un jugement rendu en dernière instance (Endurteil). Quel sens

Hans, Die Einführung des schw. Strafgesetzbuches, dans Revue pénale suisse 53 p. 13 ss.

⁴⁾ Stämpfli, note 3 ad 268.

⁵⁾ V. aussi art. 254 PPF.

⁶⁾ Ainsi l'ordonnance de classement du Procureur général dans le Canton de Vaud (art. 76 CPP).

⁷⁾ Classement de l'affaire (ad acta-Legung), dans les Cantons de Schwyz et de Genève.

la loi fédérale donne-t-elle à cette notion ? Un jugement sera rendu en dernière instance lorsqu'il aura pour effet de mettre fin à une poursuite pénale, en dessaisissant, même temporairement, l'autorité qui l'a rendu⁸⁾.

La forme du jugement (incident ou au fond) ou son dispositif (libération, condamnation) ou encore l'instance qui l'a rendu (première instance cantonale ou instance de recours) importent peu. Un jugement sur déclinatoire est de dernière instance s'il reconnaît l'incompétence du juge et le dessaisit de la cause.

De même, le prononcé d'une instance cantonale de recours qui casse un jugement et renvoie la cause pour qu'il soit statué à nouveau. Ce prononcé pourra, si les autres conditions sont réunies, faire l'objet d'un pourvoi en nullité encore que le nouveau jugement ne soit pas rendu⁹⁾. Nous admettons toutefois qu'il s'agit là d'une faculté et que les parties pourront ne recourir au Trib. féd. que contre le nouveau jugement de l'instance cantonale.

Un jugement liquidant partiellement l'objet de la difficulté est-il susceptible d'un pourvoi en nullité ? Oui, s'il a pour effet de dessaisir l'instance; non si elle demeure saisie de l'affaire. Le prévenu soulève une exception de prescription qui est rejetée et le tribunal suit en cause. Un recours ne sera possible qu'avec le jugement au fond. Si au contraire, l'exception rejetée, il peut recourir séparément du fond à une instance cantonale qui confirme et renvoie la cause pour jugement, le pourvoi en nullité est recevable contre le jugement de l'instance de recours.

En matière de conclusions civiles prises par voie d'adhésion dans un procès pénal, le Trib. féd. admet que le jugement prononçant sur le principe de la responsabilité et renvoyant au juge civil le soin de fixer l'indemnité

⁸⁾ Clerc, op. cit. p. 11; Stämpfli, No. 2 ad 268.

⁹⁾ Stämpfli, note 2 ad 268.

n'est pas un jugement en dernière instance dont il puisse être recouru¹⁰⁾.

C'est ainsi que Clerc appelle „terminal“ un jugement rendu en dernière instance, c'est-à-dire terminant l'instance et mettant fin à l'intervention d'une autorité jusqu'alors nantie.

La décision doit être rendue en dernière instance, qu'il s'agisse d'un jugement, d'un prononcé administratif ou encore d'une ordonnance de non-lieu.

V. Le recours au Tribunal fédéral ne suppose pas seulement une décision dessaisissant l'autorité qui a rendu le jugement, mais encore l'épuisement préalable des instances cantonales pour autant qu'elles puissent revoir l'application du droit fédéral. La législation cantonale établit les voies de recours du droit cantonal et détermine le rôle des instances de recours. Aussi longtemps que le jugement peut faire l'objet, quant à l'application du droit fédéral, d'un recours du droit cantonal, il ne saurait être porté devant le Tribunal fédéral. Dès que l'instance cantonale doit se borner à l'examiner sous l'angle du droit cantonal (procédure, vices de formes, organisation judiciaire cantonale, etc.), le pourvoi en nullité est recevable. Il appartient ainsi aux autorités cantonales de recours lorsqu'elles y sont autorisées, de veiller en premier lieu et avant le Tribunal fédéral, à l'application du droit fédéral¹¹⁾. L'épuisement des instances cantonales est nécessaire, même lorsqu'elles ne peuvent revoir l'application du droit fédéral que sous un angle plus restreint que le Tribunal fédéral (violation d'une disposition claire de la loi; arbitraire et non seulement fausse interprétation)¹²⁾. La loi de 1934 a heureusement mis fin à la situation que l'art. 162 OJ avait créée en obligeant les parties à se pourvoir au Tribunal fédéral contre le jugement non susceptible

¹⁰⁾ RO 60 I 406 c. 4.

¹¹⁾ Stämpfli, note 2 ad 268; idem ZSchwR 50 p. 75a ss.

¹²⁾ Stämpfli, note 2 al. 3 ad 268; Waiblinger, op. cit. p. 410/411.

d'un recours en appel, alors même que le droit cantonal leur offrait la possibilité d'un recours en cassation fondé sur la violation du droit matériel.

Un cas particulier retiendra notre attention: qu'en est-il du jugement par défaut caractérisé comme tel par le droit cantonal et auquel on ne saurait assimiler tout jugement rendu en l'absence de l'accusé? Il est des cas où l'absence est excusable et excusée, d'autres où la représentation de l'accusé est admise (Frg. CPP art. 32 n° 3). On considère comme contradictoire un jugement porté contre un prévenu autorisé à s'abstenir de comparaître, ou tenu éloigné en raison de sa conduite inconvenante aux débats¹³⁾.

La procédure par défaut n'aboutit pas toujours à la condamnation de l'absent. Elle ne dispense pas le juge d'appliquer correctement la loi. Elle lui permet simplement de retenir comme constants des faits allégués par le dénonciateur, le plaignant ou l'accusation, pour autant qu'ils ne soient controuvés par le dossier ou l'enquête.

Il faut dès lors distinguer:

1. Le condamné qui peut faire opposition au jugement par un moyen de droit cantonal (demande de relief ou en reprise de cause) doit suivre cette voie et ne saurait se pourvoir en nullité¹⁴⁾. Il en est de même s'il a négligé de faire usage des moyens que le droit cantonal mettait à sa disposition et n'a de ce fait pas épuisé les instances cantonales qui pouvaient revoir l'application du droit fédéral.

2. Le condamné auquel la législation cantonale n'accorde aucun moyen contre un jugement par défaut et auquel on ne saurait reprocher de n'avoir pas épuisé les instances cantonales, peut recourir au Tribunal fédéral, le simple fait qu'un jugement a été rendu par défaut ne rendant pas le pourvoi en nullité irrecevable¹⁵⁾.

¹³⁾ Clerc, op. cit. p. 16 ss.

¹⁴⁾ Stämpfli, note 2 ad 268.

¹⁵⁾ Cf. par analogie, RO 60 II 52 ss.

3. Le plaignant, l'accusateur public ou privé, le lésé, la partie civile, peuvent, dans la mesure où ils y sont légitimés, recourir au Tribunal fédéral, le jugement par défaut étant, à leur égard, considéré comme un jugement contradictoire.

VI. L'épuisement des instances cantonales est également condition de la recevabilité d'un pourvoi en nullité contre les ordonnances de non-lieu ou les prononcés des autorités administratives. Encore que la loi ne le dise pas expressément en cette matière, le recours doit être dirigé contre la décision de la dernière instance cantonale qui applique le droit fédéral ou qui peut rechercher s'il a été violé.

Chapitre II. Faut-il apporter des restrictions à l'exercice du droit de recours ?

Section I. Le problème.

L'entrée en vigueur du CP augmentera, dans les débuts surtout, le nombre des pourvois en nullité. On peut craindre qu'il n'en résulte une insupportable surcharge du rôle du Tribunal fédéral.

Il y a trop de recours interjetés à la légère, parce que le recourant s'entête, veut gagner du temps ou, plus simplement encore, parce qu'il méconnaît la portée du moyen mis à sa disposition et confond souvent les possibilités qu'offre un recours en appel avec celles d'un pourvoi en cassation.

On peut sérieusement mettre en doute que l'intérêt général ou les intérêts particuliers postulent l'ouverture d'une voie ordinaire de recours au Tribunal fédéral chaque fois qu'une instance cantonale aura appliqué le droit pénal fédéral, même si elle s'est trompée. L'application uniforme du droit fédéral sera-t-elle mise en péril parce que certains jugements, dans des affaires de peu d'importance, ne seraient pas susceptibles d'un pourvoi en nullité ? Faut-il vraiment obliger notre haute Cour de justice à revoir,

parfois en troisième instance, des causes d'ordre tout à fait secondaire ?

N'est-il pas légitime de maintenir aux autorités cantonales, dans la mesure où les exigences du droit nouveau l'autorisent, la confiance qu'on leur a accordée si longtemps et deviendraient-elles insuffisantes à leur tâche parce qu'au lieu d'appliquer du droit cantonal, elles prononceront selon le droit fédéral ?

Le droit pénal a-t-il été unifié pour permettre, dans toutes les affaires pénales, un recours au Tribunal fédéral ? On ne saurait le prétendre.

Encore que les deux domaines soient différents, ne doit-on pas se souvenir, qu'en matière civile et nonobstant l'unification du droit, le recours au Tribunal fédéral est généralement subordonné à l'importance du conflit, soit à une valeur litigieuse minima ?

Ne faut-il pas prévenir des abus prévisibles et prendre, dès maintenant, les mesures destinées à y parer autant que faire se peut ?

Ainsi posée, la question ne peut que recevoir une réponse affirmative et chacun de s'empresser à suggérer une solution acceptable¹⁶⁾.

En réalité, le problème est très délicat et il est difficile de traduire, en pratique, des conceptions théoriques justement fondées.

Section II. Les solutions proposées.

I. Lors de l'élaboration de la loi de 1934, on s'était demandé s'il ne faudrait pas exclure du pourvoi en nullité les décisions de première instance non susceptibles d'un recours de droit cantonal et les décisions en matière de contravention, lorsqu'elles auraient été rendues par une autorité administrative¹⁷⁾). Il paraissait excessif de charger le Trib. féd. de revoir des jugements que le peu d'impor-

¹⁶⁾ Rapport Ziegler, p. 109 ss. et rapport Trib. féd. p. 33 ss.

¹⁷⁾ Stämpfli, ZSchwR 50 p. 96a ss.

tance de leur objet soustrayait à la connaissance d'une instance cantonale de recours. On n'a cependant point voulu faire dépendre de la procédure cantonale qu'une affaire puisse être ou non portée au Trib. féd. Quant aux contraventions réprimées par les autorités administratives, on a estimé que la garantie d'un contrôle judiciaire s'imposait et on a bien fait¹⁸⁾.

II. Monsieur Ziegler et le Tribunal fédéral n'ont point repris ces suggestions, mais ils ont, tous les deux, cherché une solution dans la même voie. Ils proposent¹⁹⁾ d'exclure le pourvoi en nullité contre les condamnations à des peines d'amende de moins de 200 fr., accompagnées ou non d'une interdiction des débits de boisson, lorsqu'elles auront été prononcées en application du livre deuxième du CP et contre les mêmes peines inférieures à 50 fr. prononcées en vertu d'une autre loi pénale de la Confédération.

Le recours serait toujours recevable en cas d'application du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral et de violation des règles du droit fédéral, quant à la compétence matérielle ou locale, de même que lorsqu'il est dirigé contre un arrêt de non-lieu.

Tandis que le Tribunal fédéral ne propose l'exclusion du recours que pour le condamné, Monsieur Ziegler, soucieux de maintenir l'égalité entre parties, suggère de l'exclure pour tous ceux qui sont légitimés à recourir et préconise, en conséquence, un système que nous analyserons par la suite.

Les limitations proposées paraissent à première vue, parfaitement acceptables et le mouvement spontané consiste à les appuyer. Un examen plus approfondi fait naître un ensemble d'objections péremptoires de deux ordres, concernant la nature et la gravité des infractions qui peuvent être réprimées par une amende de moins de 200 fr. et les inégalités de traitement qui sont à craindre.

¹⁸⁾ Rapport Ziegler, p. 115.

¹⁹⁾ Projet Ziegler, art. 270 et projet TF., art. 268a.

III. Une amende de moins de 200 fr. peut être infligée pour des infractions qui revêtent un caractère de gravité incontestable et entâchent l'honorabilité de celui qui en est reconnu coupable. Relevons, en particulier, que le juge peut frapper d'une amende sans minimum déterminé celui qui se rend coupable d'une des infractions suivantes et qui bénéficie de circonstances atténuantes ou qui tente de la commettre ou encore qui s'en fait le complice : incitation ou assistance au suicide, avortement, abandon d'un blessé, vol, abus de confiance, recel, escroquerie, falsification de marchandises, extorsion ou chantage, usure, banqueroute frauduleuse, séquestration, attentat à la pudeur avec violence, attentat à la pudeur sur des enfants ou des personnes faibles d'esprit, débauche contre nature, séduction, abus de la détresse d'une personne, suppression d'état-civil, abandon de femme enceinte, mise en circulation de fausse monnaie, faux.

Notre énumération n'est qu'indicative, mais elle est éloquente et prouve qu'une amende de moins de 200 fr. ne frappera pas toujours des infractions sans gravité, qui n'affectent pas l'honorabilité de celui qui les commet. Nous renvoyons, sans plus, aux considérations très pertinentes émises à ce sujet par notre co-rapporteur. Une limitation qui prend en considération davantage le degré de la peine que la nature de l'infraction, nous paraît exclue.

IV. Les inégalités de traitement auxquelles le système proposé donnerait lieu sont diverses.

D'une part, le juge fixe la peine en tenant compte notamment de la situation personnelle du délinquant (art. 63 CP). Il détermine le montant de l'amende d'après cette situation qu'il apprécie en particulier selon les éléments suivants: revenu et capital, état-civil, charges de famille, profession et gain professionnel, âge et état de santé, le tout de façon que la perte à subir constitue une peine correspondant à la culpabilité (art. 48 n° 2 CP). Il en résulte que le juge frappera, pour une même infraction (homicide ou lésions corporelles par négligence, par ex.)

un accusé de situation modeste d'une amende plus faible que celle qu'il infligera à un prévenu fortuné. Le second pourrait, cas échéant, recourir au Tribunal fédéral alors que le premier ne le pourrait pas. Cette inégalité apparaît plus nettement encore si la peine de celui qui ne peut payer l'amende est traduite en arrêts (1 jour d'arrêt pour 10 fr. d'amende).

D'autre part, seul le condamné serait privé du droit de recours, tandis que toutes les autres parties légitimées au recours, non seulement ministère public, mais encore accusateur privé, ou, selon le cas, plaignant, conserveraient la faculté de s'adresser au Trib. féd. Il ne nous paraît guère admissible d'exclure du recours celui qui y a le plus d'intérêt, puisqu'il est frappé dans ses biens et son honneur, et d'en maintenir la possibilité pour sa contre-partie.

Monsieur Ziegler a voulu éviter cette inégalité de traitement et a proposé qu'il ne puisse être recouru contre l'accusé que dans les cas où une amende d'au moins 200 fr. (resp. 50 fr.) aurait été requise. Malheureusement sa suggestion se heurte à deux objections péremptoires. La procédure cantonale ne prévoit pas la prise de réquisitions du Procureur général ou des parties dans chaque procès et il ne saurait dépendre de telles réquisitions que la cause puisse être ou non soumise au Tribunal fédéral.

V. Dans quelle direction chercher ? Faut-il abandonner l'idée de limiter le nombre des décisions cantonales susceptibles de recours au Trib. féd. ? Nous ne le croyons pas, mais nous pensons que la restriction sera moins importante qu'on aurait pu la souhaiter.

Le projet de Monsieur Ziegler — art. 270 — propose implicitement d'exclure le recours au Trib. féd. dans les affaires intéressant les enfants et les adolescents, puisque seul celui qui aurait été condamné en application du livre deuxième du CP à une amende de plus de 200 fr., ou à une peine privative de liberté pourrait recourir. Le projet du Trib. féd. — art. 268a — est rédigé différemment et ne permet pas de conclure à une telle intention.

Il ne faut pas perdre de vue que les mesures contre les enfants et les adolescents ont un caractère administratif très prononcé et qu'il s'agit, avant tout, de problèmes d'opportunité. Elles paraissent n'avoir été réglées par le CP que faute d'une disposition constitutionnelle permettant d'en faire l'objet d'une loi spéciale²⁰⁾. Elles ressortiront souvent de la compétence de l'autorité administrative et non de l'autorité judiciaire. La plupart du temps, les cantons pourraient prendre des mesures analogues, en vertu du droit cantonal, lorsque le jeune délinquant n'a pas commis d'infraction. Leur caractère est encore accentué par l'art. 372 al. 3 CP qui place dans la compétence du Conseil fédéral, et non dans celle de la Chambre d'Accusation du Tribunal fédéral, les conflits de compétence entre cantons en la matière.

Il n'en demeure pas moins que les art. 82—100 CP sont du droit pénal fédéral et qu'ils n'ont pas nature différente suivant qu'il s'agit de recourir au Tribunal fédéral ou de les justifier au regard de l'art. 64bis Const. féd. Les décisions même administratives, auxquelles ils donnent lieu, peuvent tomber sous le coup de l'art. 268 PPF. On ne saurait soutenir le contraire sans faire violence à la loi. Certaines de ces mesures sont graves de conséquences pour l'intéressé et sa famille, puisqu'elles peuvent aboutir à l'internement d'un adolescent jusqu'à l'âge de 22 ans (art. 91 n° 1 CP), à un emprisonnement jusqu'à un an ou à une amende sans maximum déterminé (art. 95 al. 1 CP).

Pour tenir compte de toutes les circonstances, on pourrait, sans autre, exclure le recours au Tribunal fédéral contre les mesures prises à l'égard des enfants de 6 à 14 ans (art. 82—88 CP).

La même solution pourrait être adoptée en ce qui concerne les adolescents de 14 à 18 ans (art. 89—99 CP), sauf à accorder un droit de recours à l'adolescent condamné à une peine d'emprisonnement ou à une amende.

²⁰⁾ Thormann et von Overbeck, note 1 ad rem. prélim. conc. art. 82—100.

VII. En traitant de la question des frais, nous verrons s'il est possible de la régler de manière à mettre un frein à la tendance de recourir, mal à propos, pour tout et pour rien.

Titre III.

La légitimation au recours.

Chapitre I. La qualité.

Section I. En général.

I. Est légitimé à recourir celui auquel la loi accorde la qualité de recourant et qui, au surplus, a au recours un intérêt digne de protection. Nous étudierons successivement ces deux conditions, pour rechercher ensuite si certains faits — décès, retrait de la plainte, renonciation au droit de recourir — affectent la légitimation.

II. L'art. 270 PPF confère la faculté de recourir à l'accusé, à l'accusateur public du Canton, à l'accusateur privé, au plaignant et au Procureur général de la Confédération.

Cette énumération est limitative¹⁾. Le lésé qui s'est constitué partie civile peut recourir contre la partie civile du jugement²⁾.

Les textes français et italien de l'art. 270 passent sous silence l'accusateur privé (Privatstrafkläger). Il s'agit d'une lacune qu'il serait temps de combler³⁾.

La qualité de recourant n'est pas accordée à chacun aux mêmes conditions.

Le recourant et ceux qui prennent part à la procédure de recours sont considérés comme „parties“ au sens de l'art. 278 PPF.

¹⁾ RO 62 I 55; p. an. RO 65 I 131 c. 1.

²⁾ Cf. Titre V.

³⁾ Même lacune dans les textes français et italien de l'art. 278 al. 2 PPF.

La situation faite en procédure aux intéressés par le droit cantonal ne sera pas toujours sans réagir sur la qualité que leur attribue la législation fédérale. La grande diversité des procédures cantonales fera obstacle à un traitement uniforme de chacun de ceux qui entendent recourir au Tribunal fédéral.

III. Le recourant doit être légitimé, aussi bien lorsqu'il forme son pourvoi que pendant toute la procédure de recours. A ce défaut, le recours est irrecevable ou devient sans objet.

Section II. L'accusé.

I. L'accusé est toute personne appelée à répondre en Justice ou devant une autorité ayant pouvoir d'appliquer le droit pénal, de ses actes ou de ses omissions qui constituent ou peuvent constituer une infraction. Peu importe comment on le nomme suivant les codes ou les stades successifs de la procédure: inculpé, prévenu, accusé. Celui qui est l'objet d'une information de caractère pénal peut recourir comme accusé lorsqu'elle a abouti à une décision susceptible de recours.

II. Il y a lieu d'assimiler à l'accusé celui contre qui est prise l'une des mesures à caractère préventif, prévues aux art. 57—59 CP (cautionnement préventif, confiscation d'objets dangereux, décisions relatives à la dévolution de dons ou avantages à l'Etat), alors même qu'il n'a pas commis d'infraction, qu'il n'est pas un accusé et que ces mesures ne constituent pas une peine⁴⁾.

III. Le recourant exerce un droit personnel. La femme mariée se pourvoit en nullité sans le concours ou l'intervention de son époux; l'interdit capable de discernement sans l'intermédiaire de son tuteur ou le consentement de l'autorité tutélaire. Qu'en est-il de l'accusé mineur au sujet duquel la loi est muette? On pourrait songer à lui donner la faculté de recourir dès qu'il serait capable de discerne-

⁴⁾ Thormann et Overbeck, op. cit. n° 2 ad 57; n° 2 ad 58; n° 2 ad 59.

ment. Ce serait aller trop loin. La capacité de discernement est très relative et doit être appréciée différemment suivant qu'il s'agit de réprimer une infraction ou de dire si un jeune délinquant est capable de recourir.

Le CP, art. 28 al. 3, donne au lésé, s'il est âgé de 18 ans au moins et capable de discernement, le droit de porter plainte. Nous proposons de conférer à l'accusé, dans les mêmes conditions, celui de recourir.

IV. Monsieur Ziegler et le Tribunal fédéral ont prévu l'adjonction, à l'art. 270, d'un nouvel alinéa aux fins de réservier l'application, par analogie, de l'art. 215 PPF⁵⁾. En rapprochant cette disposition de celle de l'art. 221⁶⁾, on constate que l'adjonction demandée poursuit un double but auquel nous souscrivons sans autre:

d'une part, conférer au représentant légal de l'accusé mineur ou interdit, un droit de recours indépendant, qu'il pourra exercer dans l'intérêt du représenté quelle que soit l'attitude de ce dernier; d'autre part, assurer à l'accusé que la détention préventive — jusqu'ici bien rare dans les causes pénales fédérales jugées par les cantons — ne l'empêchera pas d'exercer son droit de recours.

Le droit accordé au représentant légal de l'accusé le sera également au représentant légal du plaignant ou de l'accusateur privé, pour autant que ces derniers seront legitimés au recours.

La sauvegarde des droits de l'accusé est assurée également, quoique sur un plan légèrement différent, par l'art. 272 al. 4 PPF: „Les parties doivent pouvoir consulter le dossier avant de remettre leur mémoire.“

Section III. L'accusateur public du Canton.

I. Nous n'aimons guère cette expression qui a un sens péjoratif et rappelle trop certains tribunaux révolution-

⁵⁾ Art. 215: Le représentant légal de l'inculpé peut porter plainte (à la Chambre d'Accusation du TF) de son propre chef. Si l'inculpé est détenu, il doit être mis en mesure d'exercer son droit de plainte.

⁶⁾ Comme le suggère le rapport Ziegler, p. 116.

naires devant lesquels l'accusation édifiait moins par son objectivité qu'elle ne frappait pas son acharnement. Nous nous en servirons cependant pour demeurer en accord avec la terminologie légale.

L'accusateur public est celui auquel la législation cantonale confie la tâche dévolue au ministère public. Il a généralement titre de Procureur général, mais il peut être aussi une autorité qui exerce la fonction de soutenir, cas échéant d'abandonner l'accusation, de prendre des réquisitions contre l'accusé, de recourir contre le jugement, en un mot, de défendre l'intérêt de la société au cours d'un procès pénal et d'intervenir, en tant que partie, en la forme orale ou écrite, devant les tribunaux de répression. En aucun cas, il ne doit être confondu avec l'autorité dont le rôle n'est que de surveiller, d'un point de vue administratif, la bonne marche de la Justice. Il appartient à la Cour de Cassation de dire à quelles conditions, découlant du droit fédéral, il faut répondre pour être accusateur public et de rechercher, dans les cas douteux, ce qu'il en est, en analysant d'après ces notions, si la situation qui lui est faite par le droit cantonal permet de considérer le recourant comme tel.

II. Il est bien évident que le droit de recourir est attaché à la fonction d'accusateur public et non à la personne de celui qui l'exerce.

III. Est-il nécessaire que l'accusateur public ait pris une part effective à la procédure cantonale, notamment à celle qui s'est déroulée devant l'instance dont le jugement forme l'objet du recours ? Nous ne le pensons pas. Il peut suffire, à notre avis, qu'il ait été en droit d'y intervenir.

Les cantons qui connaissent l'institution du ministère public, n'obligent point leur procureur général à se mêler à tous les débats et lui laissent, dans bon nombre de cas, la faculté de le faire ou de s'abstenir. Il n'aura parfois d'autres motifs d'agir que de recourir au Tribunal fédéral, lorsqu'il estimera que la loi fédérale a été violée. Faut-il l'éconduire parce que, confiant dans les autorités can-

tonales, il s'en sera remis à leur seule sagacité? Le droit de recourir a été dévolu à l'accusateur public du canton dans l'intérêt de la loi et pour tous les cas où le droit cantonal l'en a constitué gardien, même pour ceux où il a cru que l'instance de jugement pouvait se passer de son concours.

Nous ne saurions aller jusqu'à reconnaître à l'accusateur public la faculté de recourir au Tribunal fédéral dans des causes où la législation de son canton lui dénie le pouvoir d'intervention. Il appartient cependant aux cantons de dire qui, dans un cas particulier, peut fonctionner comme accusateur public.

Le législateur fédéral, s'il avait entendu créer, au sens du droit français, un recours dans l'intérêt de la loi qui puisse être toujours interjeté, n'eût pas manqué de marquer explicitement sa volonté et eût vraisemblablement chargé le Procureur général de la Confédération de cette tâche.

III. Ces considérations permettent de résoudre le problème de la légitimation lorsqu'il y a, dans un canton, plusieurs accusateurs publics (Procureur de l'Etat, procureur de district, etc.). Faut-il n'admettre comme légitimé au recours au Tribunal fédéral que le Procureur général de l'Etat, le chef du parquet cantonal?⁷⁾

Oui, si l'on tient à la notion de l'unité du ministère public et qu'on considère un procureur de district comme le représentant de son chef, soit du parquet cantonal. Non, si l'on admet que le magistrat chargé par la législation cantonale de veiller à l'application du droit, qui seul peut intervenir devant une instance déterminée, est aussi le seul à pouvoir recourir des prononcés de cette instance. Nous adoptons le dernier point de vue.

IV. Dans ce sens également, il faut admettre la légitimation au recours d'un procureur „ad hoc“ ou „ad causam“, ou encore celle du substitut du PG lorsque la législation cantonale lui permet d'agir en lieu et place de son chef.

⁷⁾ Comme le propose Clerc, op. cit. p. 31.

V. La décision critiquée peut émaner de l'accusateur public du canton (ordonnance de classement, p. ex.) et n'être pas susceptible de recours de la part du Ministère public. Si elle est l'oeuvre d'un procureur de district et que le Procureur du Canton puisse en recourir à une autorité cantonale, il pourra porter au Tribunal fédéral la décision de l'instance de recours.

Section IV. L'accusateur privé.

I. L'accusateur privé (*Privatstrafkläger*, *Privatkläger*) est le titulaire privé de l'action pénale ou encore celui qui l'exerce, à titre privé ou particulier⁸⁾). L'exercice, à titre privé, de l'action pénale est une particularité de certaines procédures cantonales. Il n'appartient qu'à la victime à laquelle elle donne, suivant les cas, le droit de poursuivre le délinquant en lieu et place du ministère public, d'intervenir en cette qualité dans l'instruction et les débats, de requérir ou d'abandonner l'accusation, etc. . . . Dans d'autres procédures, les attributions de l'accusateur privé sont moins étendues, mais il joue toujours, dans le procès, le rôle d'une partie qui possède, entre autres droits, celui de prendre des conclusions tendant à l'application de la loi pénale. L'accusateur privé se distingue donc nettement du plaignant „stricto sensu“⁹⁾.

L'accusation privée peut être principale ou subsidiaire, suivant que la loi abandonne la poursuite de l'infraction exclusivement au plaignant, ou que le ministère public, ayant renoncé à cette poursuite et s'étant dés-

⁸⁾ Et non le titulaire de l'action pénale privée (RO 62 I p. 53), puisque l'action pénale conserve toujours un caractère public.

⁹⁾ Ainsi s'exprime le Tribunal fédéral dans son arrêt 62 I 53 qui renvoie en outre à Stämpfli, note 3 ad 270, à Hafter p. 133, et à Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle* t. 1, n° 801; cf., en outre, Clerc, op. cit. p. 33; Huber, op. cit. p. 36 ss.; v. aussi l'abondante littérature indiquée par Thormann et von Overbeck, ad 28 CP.

intéressé de l'affaire, le plaignant l'ait reprise à son compte¹⁰⁾.

L'accusation privée principale est la plus connue¹¹⁾.

II. La procédure cantonale établit la situation des parties devant les instances du canton. C'est d'elle que dépendra la question de savoir si le lésé a été accusateur privé (RC 62 I 54; 66 I 220) devant l'autorité qui a rendu la décision, objet du recours¹²⁾. L'accusateur privé ne sera pas légitimé au recours qui n'aura pas eu cette qualité devant la dernière instance cantonale, encore qu'il l'ait eue devant la première instance.

III. La jurisprudence du Trib. féd. a restreint la notion de l'accusateur privé et a défini la portée que lui attribuait l'art. 270. Selon le droit fédéral, n'est accusateur privé légitimé à recourir que celui qui a procédé sans l'intervention du ministère public. Si le ministère public a pris part au débats, l'accusateur privé n'a aucun intérêt digne de protection au recours et son pourvoi est déclaré irrecevable. Il ne recourrait, souvent, que guidé par un sentiment d'animosité et de rancune qui n'a rien à voir avec celui de la justice. Il appartient alors à l'accusateur public du canton de donner à l'affaire la suite qu'elle comporte. Il décidera selon sa conscience, dans le seul intérêt général, et cela suffira pour assurer le respect de la loi.

S'il recourt, le pourvoi de l'accusateur privé est inutile. Estime-t-il pouvoir s'en tenir au jugement rendu

¹⁰⁾ TF 62 I 58.

¹¹⁾ Zürich, Lucerne, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glaris, Zug, Appenzell R. Ex., Appenzell R. I., Bâle-Ville, Bâle-Campagne, St-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie et même Fribourg (art. 34 CPF) qui, en matière d'atteinte à l'honneur, assimile le lésé à une partie, alors même qu'il ne se constituerait pas partie civile.

¹²⁾ Dans ce sens le lésé (*Geschädigte*) du droit zurichois (§ 395 StrPO) peut être un accusateur privé.

que l'intérêt général ne postule pas que l'accusateur privé puisse être „plus royaliste que le roi“¹³⁾.

Comme le suggère Mr. Ziegler dans son rapport (p. 116), il y aurait lieu de dire dans la loi même, que l'accusateur privé ne peut recourir si le ministère public a pris part à la procédure à ses côtés. L'exception statuée par la jurisprudence deviendrait alors légale.

IV. Nous avons admis que l'accusateur public était fondé à recourir même s'il n'était pas intervenu dans la procédure cantonale alors qu'il avait la faculté de le faire. Il en résulte que la Cour de Cassation pourrait être nantie de deux recours: l'un émanant de l'accusateur public et l'autre de celui qui a eu, devant l'instance du jugement, le rôle d'accusateur privé.

Il nous paraît que les deux recours sont également recevables puisqu'en ce qui concerne l'accusateur privé, c'est la situation qu'il avait en procédure cantonale qui est déterminante et que, durant cette procédure, il a agi seul. Nous avons peine à concevoir que l'accusateur privé n'ait, du point de vue de la loi fédérale, aucun droit de recours du seul fait que l'accusateur public du canton aurait pu prendre part au procès à ses côtés, alors qu'il ne l'a pas fait.

Cette solution est d'autant plus indiquée que l'accusateur privé pourrait recourir en ignorant quelles sont les intentions du ministère public et s'exposer à des frais inutiles si son pourvoi était déclaré irrecevable.

Nous reconnaissons volontiers que la question peut être controversée.

Section V. Le plaignant.

I. Le plaignant¹⁴⁾ est légitimé à recourir dans les cas qui ne se poursuivent que sur plainte du lésé.

¹³⁾ RO 62 I 58; 62 I 202; 64 I 377 ss.; 65 I 190; 65 I 205 ss.; 66 I 220. Autre opinion, formulée avant la nouvelle jurisprudence, par Stämpfli, note 3 ad 270.

¹⁴⁾ Ne pas confondre avec le dénonciateur qui n'a, comme tel, aucun droit de recours.

Le droit matériel, art. 28 ss. CP détermine les conditions requises pour avoir qualité de plaignant et pour pouvoir agir comme tel.

Ces conditions, la législation cantonale ne peut ni les modifier, ni les compléter.

II. La législation cantonale définit la situation du plaignant dans les différents stades du procès pénal.

Le plaignant peut exiger que sa plainte reçoive une suite régulière et que les droits qu'il tient de la loi ou de la constitution soient sauvegardés. Sous cette réserve, la procédure cantonale pourra lui attribuer ou lui refuser la situation d'une partie, lui accorder ou lui dénier la faculté de se porter accusateur privé ou partie civile¹⁵⁾, ou encore d'exercer un recours du droit cantonal.

Peu importe, l'art. 270 légitime au recours celui qui est plaignant au sens de l'art. 28 CP, quelle que soit la situation de procédure que lui confère le droit cantonal.

La qualité de plaignant qui peut se perdre par retrait de la plainte, par ex., doit avoir été revêtue devant la dernière instance cantonale et subsister durant la procédure de recours devant le tribunal fédéral¹⁶⁾.

III. Il ne suffit pas d'être plaignant pour être légitimé au recours. Il faut encore qu'il s'agisse d'une infraction qui n'est poursuivie que sur plainte¹⁷⁾. Si l'infraction se poursuit d'office, le plaignant ne peut recourir.

IV. Le Tribunal fédéral propose d'enlever au plaignant la qualité de recourant possible. Il paraît admettre que de deux choses l'une: ou le plaignant se constituera accusateur privé et il pourra recourir comme tel, ou il négligera de le faire et il n'y aura pas de raison de l'autoriser à nantir la Cour de Cassation de ses griefs. Ce point de vue est exact pour les cantons qui connaissent l'accusateur privé.

¹⁵⁾ Sous réserve de l'art. 248 CPC.

¹⁶⁾ Cf. Section I n° III.

¹⁷⁾ CP 123, 125 al. 1, 126, 137 n° 3, 140—143, 145 al. 1, 147, 148 al. 3, 149—151, 159 al. 3, 160—162, 165 n° 2, 173—180, 183, 186, 196, 205, 207, 211 al. 2, 214, 218, 220, 254, 321.

Dans de nombreux cantons cependant, le plaignant serait, en raison de la situation que lui crée le droit cantonal, dépourvu de la faculté d'aborder le Tribunal fédéral.

On peut hésiter beaucoup à refuser au plaignant ce qu'on accorde à l'accusateur privé et se demander s'il n'appartient pas à la législation fédérale de corriger les effets d'une inégalité découlant de la diversité des procédures cantonales.

Nous les eussions volontiers placés l'un et l'autre sur le même pied en les privant tous les deux du droit de recours.

Pour tenir compte de la diversité des procédures cantonales, nous nous rallierons à la proposition du Tribunal fédéral. Nous la considérons comme une demi-mesure. L'intérêt général ne nous paraît pas exiger que la légitimation au recours soit reconnue davantage à l'accusateur privé qu'au plaignant.

Le droit fédéral pourrait fort logiquement se refuser à accorder la faculté de recourir à une partie qu'ignorent, non seulement de nombreux cantons, mais la procédure pénale fédérale elle-même, dans les procès jugés par les instances fédérales (art. 34 PPF).

Section VI. Le Procureur général de la Confédération¹⁸⁾.

I. Il peut se pourvoir en nullité lorsque le Conseil fédéral a déféré le jugement de la cause à la juridiction cantonale ou lorsque le prononcé cantonal doit être communiqué au Conseil fédéral en vertu d'une loi fédérale ou d'un arrêté pris par cette autorité en application de l'art. 265 al. 1 CPP¹⁹⁾.

Son substitut aura la même faculté dans une affaire qu'il aura traitée devant l'instance cantonale (art. 16 et 266 CPP).

¹⁸⁾ Sur l'organisation du ministère public fédéral cf. Stämpfli, note 1 ad 14 CPP.

¹⁹⁾ V. à cet égard ACF du 17 décembre 1935.

II. Le Code pénal suisse attribue aux cantons la compétence de juger la plupart des infractions qu'il réprime, c'est-à-dire toutes celles qui ne sont pas expressément soumises à la juridiction fédérale (art. 343), sans prescrire que les prononcés cantonaux doivent être communiqués au Conseil fédéral.

Il en résulte que le plus grand nombre des jugements rendus par les cantons en application du CP ne pourront pas faire l'objet d'un pourvoi en nullité du Procureur général de la Confédération.

Il n'y aura d'exception que dans les cas où le Conseil fédéral aura, en vertu de l'art. 18 PPF, délégué aux cantons le pouvoir de juger les infractions attribuées, par les art. 342, 340 et 341 combinés, à la Cour pénale fédérale.

III. Les cas où le procureur général de la Confédération aura la faculté de se pourvoir en nullité au Tribunal fédéral, seront aussi ceux où il pourra interjeter les recours prévus par le droit cantonal (art. 266 CPP) en suivant les formes prescrites à l'art. 267.

Cette faculté, sans grande portée pratique pour l'application du Code pénal suisse, ne fait pas l'objet de notre étude et il suffit de la rappeler.

IV. Le Procureur général de la Confédération est légitimé à recourir d'ailleurs chaque fois que la législation spéciale lui en donne la faculté, notamment en cas de contraventions aux lois fiscales de la Confédération (art. 311 PPF).

Section VII. Confédération, Cantons et Administrations.

I. La Confédération poursuit parfois, à titre particulier, la répression d'une infraction qui lèse ses intérêts privés. Elle exerce alors devant l'instance de jugement ou celle de recours, les mêmes droits qu'un particulier. Il en est de même des cantons dont le droit d'agir à titre privé ne saurait être mis en doute.

II. Les administrations — régies fédérales, chemins de fer fédéraux, caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, assurance militaire, offices fédéraux, etc — sont-elles légitimées au recours ou doivent-elles le faire exercer par un accusateur public cantonal ou le Procureur général de la Confédération ?

Clerc est absolu. Logiquement, dit-il, les administrations ne devraient avoir que le droit de dénoncer l'infraction et de prier le ministère public de la poursuivre et, cas échéant, de se pourvoir en cassation²⁰⁾. Sa thèse a pour elle la jurisprudence récente du Tribunal fédéral²¹⁾. Il est certain que la loi fédérale du 15 juin 1934 a restreint, en les énumérant limitativement, le nombre des personnes qui ont qualité pour recourir. La jurisprudence s'est affirmée dans ce sens. Il y a, toutefois, deux cas dans lesquels les administrations auront la faculté de recourir directement.

1. Lorsqu'elles auront eu devant l'instance cantonale et en raison de la procédure cantonale, la situation d'accusateur privé ou de plaignant si l'infraction ne se poursuit que sur plainte.

La jurisprudence la plus récente a déclaré plusieurs recours irrecevables parce que l'administration recourante n'avait pas revêtu l'une de ces deux qualités, d'où il résulte à contrario, que si elle les avaient eues, le pourvoi eut été régulier.

Ajoutons qu'une administration sera rarement plaignante, les infractions qui l'intéressent se poursuivant généralement d'office.

2. Lorsque la loi fédérale, ce qui est régulier, leur accorde expressément la faculté de recourir²²⁾.

²⁰⁾ Clerc, op. cit. p. 39.

²¹⁾ RO 62 I 59; 62 I 202; 65 I 205 ss.; cf. Stämpfli, op. cit. ZSchwR 50 p. 59a; Huber, op. cit. p. 193 (v. sur ancienne jurisprudence 61 I 422).

²²⁾ Huber, op. cit. p. 193, partiellement exact; Stämpfli, note 1 ad 270; cf. loi fédérale sur l'assurance obligatoire, du 13 juin 1911, art. 66.

La Confédération a été plus loin et s'est parfois arrogé le droit, par sa législation spéciale, d'astreindre les cantons à reconnaître, dans certaines affaires, la qualité de partie à des personnes qui ne la revêtent pas, aux termes du droit cantonal.

Il s'agit d'une atteinte injustifiée à la souveraineté cantonale.

La Cour de Cassation examine la force obligatoire de semblables prescriptions fédérales. En ce qui concerne la Chambre suisse de l'horlogerie, par ex., elle a déclaré successivement nulles²³⁾, puis régulières²⁴⁾, les dispositions d'un arrêté fédéral lui conférant le droit d'intervenir en qualité de partie devant les instances cantonales.

Une telle ingérence dans le droit cantonal ne peut être motivée, comme l'a fait le Tribunal fédéral, par l'utilité discutable qu'il y aurait, dans un domaine technique et spécialisé, de parer à l'insuffisance des connaissances de l'accusateur public cantonal. Le précédent et ses considérants sont trop lourds de conséquences pour que nous puissions y voir autre chose que la solution donnée à un cas d'espèce.

Section VIII. Autres personnes ayant qualité pour recourir.

Le Code pénal — art. 57 à 59 — prévoit des mesures préventives de sécurité qui peuvent être prises contre un tiers qui n'est pas accusé parce qu'il n'a lui-même commis aucune infraction. Nous rappelons ce que nous avons dit déjà (section II n° II) savoir que ce tiers doit être assimilé à un accusé quant à l'exercice du droit de recours.

Les cantons de Berne, Bâle-Ville et Zurich ont prévu un recours en sa faveur et il serait indiqué que le droit fédéral en fît autant par une adjonction à l'art. 270 PPF.

²³⁾ Arrêt non publié, du 19 décembre 1939, en la cause Ch. Quartier.

²⁴⁾ Arrêt non publié, du 10 juillet 1940, en la cause A. Hehlen.

Quant aux mesures elles-mêmes, nous n'entendons pas les discuter. Leur nature et leurs conditions dépendent du droit matériel.

Chapitre II. L'intérêt au recours.

I. Celui qui n'y a pas un intérêt digne de protection ne peut pas recourir, encore qu'il ait été accusé, plaignant, etc. L'intérêt n'existe que lorsque le recourant a été lésé (*beschwert*) par le dispositif du jugement²⁵⁾, que ce dispositif l'astreigne à une peine, à une prestation ou encore repousse une de ses requêtes. Le dispositif du jugement doit porter atteinte aux droits de celui qui recourt.

II. La lésion des droits peut être bien diverse et la nature des droits qui peuvent être lésés est très différente, selon la situation des parties. Il est évident que l'intérêt au recours du ministère public n'est point de même nature que celui de l'accusé.

III. L'accusé condamné à une peine quelconque, principale ou accessoire, celui contre lequel des mesures prévues par le CP sont prises (tiers, jeunes délinquants, etc.), le prévenu, même libéré, mais condamné au paiement des frais ou auquel une indemnité est refusée, ont un intérêt légitime à recourir.

Pour l'accusé libéré, condamné aux frais ou qui a vu sa demande d'indemnité écartée, le recours n'aura de chances d'être accueilli — arbitraire réservé — que lorsque la décision du juge reposera sur une violation du droit fédéral et non lorsqu'elle sera la conséquence de l'application du droit cantonal: si le juge admet, à tort, l'existence d'une infraction prescrite et libère tout en refusant une indemnité à l'accusé, mais non s'il constate que le prévenu a prolongé ou compliqué l'enquête et les débats, qu'il y a donné lieu par son attitude ou ses contradictions.

²⁵⁾ Stämpfli, note 7 ad 270; Waiblinger, op. cit. p. 409/410; Huber, op. cit. p. 196 ss.; Gut, op. cit. p. 106 ss.; Schwendener, op. cit. p. 51.

IV. L'accusateur public du canton et le Procureur général de la Confédération ont intérêt à recourir lorsque le droit fédéral a été violé, même au détriment de l'accusé²⁶⁾. La faculté de recourir leur appartient même si le jugement rendu est conforme à leurs réquisitions²⁷⁾. Le ministère public doit veiller à l'observation de la loi même lorsqu'il aura hésité sur son interprétation.

Il ne peut, par contre, recourir pour violation des droits constitutionnels puisqu'en raison de sa fonction, il n'est pas titulaire de tels droits.

V. Quant à l'accusateur privé et au plaignant, pour autant qu'on leur concède, à l'avenir, le droit de recours, leur intérêt s'apprécie d'après les mêmes critères. Ils peuvent recourir en cas de violation du droit fédéral. Nous ne saurions, par contre, admettre qu'ils le puissent dans l'intérêt du condamné (hypothèse dont on n'entrevoit guère la réalisation), ni contre un jugement rendu selon leurs réquisitions ou conclusions.

Ils exerceront leur droit notamment, si l'acquittement de l'accusé a été prononcé, ou encore lorsqu'une fausse qualification de l'infraction a eu pour effet une répression moins sévère, ou enfin, s'ils ont été condamnés à acquitter tout ou partie des frais.

VI. L'intérêt légitime peut-il consister à s'insurger contre les considérants d'une décision? La question se posera le plus souvent pour l'accusé entièrement libéré, lorsque le jugement contiendra des appréciations qui lui sont désagréables, des critiques relatives à son attitude ou encore que le juge acquittera faute de preuves sans cacher son sentiment intime. Sans nier qu'il puisse avoir un intérêt moral à recourir²⁸⁾, ce serait méconnaître le but du pourvoi que de l'autoriser dans des cas de ce genre. Indépendamment du fait que la Cour de Cassation n'a pas été instituée pour corriger de simples appréciations

²⁶⁾ Schwendener, op. cit. p. 52.

²⁷⁾ Rapport TF, p. 33.

²⁸⁾ Schwendener, op. cit. p. 52.

sans influence sur le dispositif ou pour décerner des brevets d'honorabilité, il faut se souvenir que ces considérants ne portent généralement que sur des faits dont le Trib. féd. ne saurait revoir l'appréciation.

Au surplus, des considérants n'ont jamais force de chose jugée et ne peuvent être opposés, en droit, à celui qui en est l'objet. En particulier, ils laissent subsister complètement l'indépendance du juge civil (art. 53 CO) quant au caractère des faits critiqués et ils sont impuissants à prolonger un délai de prescription civile (art. 60 al. 2 CO).

Ce qu'on ne peut empêcher, dans la pratique, c'est que de semblables considérants ne causent du tort et que d'aucuns les exploitent ou les tiennent pour l'expression définitive de la vérité. Cette perspective est regrettable, mais la Cour de Cassation elle-même n'y pourrait presque jamais remédier.

L'entrée en matière sur des pourvois dirigés contre des considérants, conduirait rapidement à des abus.

Chapitre III. De quelques faits qui ont une influence sur la légitimation du recours.

I. Nous avons relevé que la légitimation devait exister pendant toute la procédure de recours sous peine que le pourvoi soit irrecevable ou devienne sans objet.

Examinons, dans cet ordre d'idées, les conséquences du décès de l'une des parties, du retrait de la plainte ou de la renonciation à recourir.

Le retrait du pourvoi ne touche pas au problème de la légitimation.

II. Le décès du Procureur général de la Confédération ou celui de l'accusateur public du Canton sont sans influence sur la procédure de recours. Leur place y sera prise, à n'importe quel stade de l'affaire, par leurs successeurs ad interim ou à titre définitif.

L'instance compétente peut désigner un remplaçant du Procureur général „ad hoc“ qui viendrait à décéder.

L'accusateur privé et le plaignant, pour autant que la qualité de recourant ne lui soit point ôtée, seront remplacés par leur héritiers.

En ce qui concerne le plaignant, deux observations s'imposent. L'art. 28 al. 4 CP dit que le droit de plainte passera à chacun des proches du lésé qui sera décédé sans avoir porté plainte ou qui aura renoncé à le faire. Faut-il en déduire que ce sont ses proches²⁹⁾ et non ses héritiers qui suivront à la procédure de recours ? Nous ne le pensons pas. Lorsque le lésé est décédé après avoir porté plainte, l'art. 28 al. 4 CP n'a plus d'objet et, seuls les héritiers du défunt, saisis des éléments actifs de son patrimoine, suivront à la plainte. Le droit des proches n'existe que lorsque le lésé est décédé sans avoir usé de son droit. Cette solution présente également l'avantage de réunir chez les mêmes personnes la légitimation au recours tant en ce qui concerne les intérêts civils que l'intérêt d'ordre pénal. A ce défaut, nous aurions des héritiers légitimés au point de vue civil et des proches qui le seraient au point de vue pénal. Toujours dans l'hypothèse où le plaignant conserverait la légitimation au recours, une exception à cette règle pourrait être prévue en matière d'atteinte à l'honneur où l'on devrait accorder le droit de recours ou de suivre au recours aux proches (art. 110 n° 2 CP) aussi bien qu'aux héritiers lorsqu'ils sont différents les uns des autres. Nous pensons en particulier au conjoint survivant et nous nous inspirons de la disposition contenue au paragraphe 433 deutsche StrPrO.

Si le décès du plaignant ou de l'accusateur privé devait intervenir avant le jugement cantonal, la procédure cantonale seule en déterminera les effets.

Nous excluons, cela va de soi, la légitimation des héritiers de recourir ou de suivre à la procédure de recours lorsque le défunt serait un conjoint outragé débouté par l'instance cantonale. L'art. 214 al. 5 CP est formel: son

²⁹⁾ Sur la notion des proches, cf. art. 110, n° 2 CP.

décès éteint l'action pénale et fait cesser l'exécution de la peine.

Le décès de l'accusé met fin à l'action pénale. Non seulement, en fait, il empêche l'exécution d'une peine privative de liberté ou y met un terme, mais encore, il fait obstacle, de par la volonté du législateur, au recouvrement de l'amende (art. 48 CP; 243 al. 2 PPF).

La condamnation aux frais et à certaines peines accessoires, dont la confiscation, subsiste cependant et peut être lourde de conséquences pour les héritiers du défunt. Elle peut avoir des effets d'ordre civil désastreux: perte de droit à une pension, à des prestations d'assurance, que les ayants-droit ressentiront. La flétrissure portée à la mémoire du disparu affectera dououreusement ses proches.

Si le décès se produit durant la procédure devant les instances cantonales, les effets doivent en être réglés par le droit cantonal. Qu'en est-il, s'il survient pendant le délai de recours au Tribunal fédéral ou la procédure de recours ? La question se pose en raison de la nature juridique du pourvoi en nullité et du fait qu'il est dirigé contre un jugement considéré comme définitif tant qu'il n'aura pas été cassé. Le décès rend, d'après la législation en vigueur, le pourvoi sans objet et permet au jugement cantonal de déployer tous ses effets, encore que son exécution ait été suspendue par ordre de l'autorité de recours. Cette solution légale est choquante et il nous paraît indispensable de modifier la loi en conférant aux héritiers ou aux proches le droit de recourir ou de suivre au recours individuellement en lieu et place du défunt, moyennant qu'ils agissent dans un délai que la loi devrait fixer.

De deux choses l'une: ou le pourvoi sera rejeté, ce qui est possible nonobstant le décès de l'accusé, car il ne s'agit point d'une condamnation portée contre lui, et le jugement cantonal subsistera. Ou il sera admis et le jugement sera cassé. L'affaire ne sera pas alors renvoyée à l'instance

cantonale puisque, l'action pénale éteinte, une condamnation deviendra impossible.

Nous ne saurions, par contre, admettre que la législation en vigueur ou la législation future autorise le mandataire (avocat, par ex.) que le défunt s'était constitué, à recourir au nom de ce dernier³⁰⁾.

Nous ne voyons aucun motif de ne pas accorder aux héritiers ou aux proches du condamné la faculté que les législations, notamment la loi de 1934, en ce qui concerne les proches, leur donnent en matière de révision d'un jugement de condamnation³¹⁾.

III. Le retrait de la plainte peut intervenir tant que le jugement de première instance n'a pas été rendu (art. 31 CP).

Est-ce à dire qu'il n'aura aucun effet s'il est signifié postérieurement ? Non. Nous admettons que le plaignant perd de toute façon sa légitimation au recours et que, pour autant qu'il ait déjà recouru, le retrait de la plainte équivaut à celui du pourvoi.

IV. Peut-on renoncer valablement à recourir ? L'examen approfondi de la question nous entraînerait trop loin. Nous voudrions nous borner à faire une distinction que la jurisprudence pourrait adopter. Nul ne saurait, à notre avis, renoncer à recourir avant que le jugement ne soit rendu, mais il n'y a pas de raisons suffisantes de ne pas admettre la renonciation, vices de consentement et volonté libre réservés, lorsque le jugement est connu du renonçant³²⁾. Celui qui a valablement renoncé à recourir n'est plus légitimé à le faire.

³⁰⁾ Comme le propose Clerc, op. cit. p. 38.

³¹⁾ Art. 231, n° 3 PPF.

³²⁾ Waiblinger, n° 1 ad 297.

Titre IV.

La procédure de recours.

Chapitre I. Considérations générales.

I. Avant d'aborder les questions de procédure qui touchent à tant de notions tirées d'autres domaines du droit, il est opportun de rappeler que notre rapport ne se présente pas comme un commentaire. Il n'a pas la prétention d'épuiser un sujet, mais il tend simplement à tracer les grandes lignes de la législation en vigueur, tout en insistant sur les modifications qui sont proposées ou qui paraissent utiles.

L'exposé de ces modifications qui sont très nombreuses (projets de M. Ziegler et du Tribunal fédéral) risque de rendre moins apparente parfois la législation en vigueur. Qu'on se garde, dès lors de confondre ce qui est d'avec ce qui sera peut-être.

II. Il ne suffit pas d'être lésé par une décision susceptible de recours au Tribunal fédéral. Il faut encore, si l'on entend recourir, faire valoir ses droits dans un certain délai, en observant certaines formes ou en produisant certaines pièces. De son côté le juge — la sécurité des parties l'exige — doit procéder à certains actes et rendre son arrêt en se conformant aux règles établies.

Ces règles sont indispensables si le droit matériel ne doit pas demeurer lettre morte et si les garanties accordées aux parties doivent être une réalité efficace. Il est de toute nécessité de s'y tenir fermement si l'on veut éviter jusqu'à l'apparence de l'arbitraire et maintenir l'ordre qui doit présider à tous les stades du procès.

Les pouvoirs, souvent discrétionnaires du juge pour parvenir à la découverte de la vérité, assouplissent, devant les premières instances, la rigidité des formes. Il en est autrement devant le Tribunal fédéral qui n'intervient qu'à la requête des parties et dont le rôle a un cadre nette-

ment fixé. La Cour de Cassation impose aux parties le respect de la forme comme elle la respecte elle-même. Elle veille, sans esprit tracassier, à l'observation des formalités essentielles et ne s'arrête pas à une négligence de détail, sans importance aucune.

C'est parce que ces distinctions ont été négligées ou encore parce qu'un plaideur habile a trop souvent mis, et dans des conditions discutables, la procédure au service d'intérêts détestables, que la science même de la procédure a tant de détracteurs et que tant de gens n'y voient qu'un moyen de tuer l'esprit par la lettre et d'étouffer le droit.

IV. Les règles qui fixent la procédure devant la Cour de Cassation sont énoncées spécialement aux art. 272—278 PPF qui, selon les projets, seraient abrogés pour être remplacés par des dispositions nouvelles.

Ces articles ne donnent cependant qu'une idée très incomplète des formalités exigées par le pourvoi en nullité. Pour interpréter la loi en vigueur et pour la comprendre, il faut tenir compte de la législation dans bien d'autres domaines de la procédure.

Ainsi, l'art. 99 PPF, applicable au pourvoi en nullité, bien que traitant de la procédure dans les causes pénales jugées par les instances fédérales, renvoie à l'OJ pour tout ce qui concerne la récusation des juges, les cas où ils doivent se retirer, le calcul des délais et leur restitution.

Les projets vont plus loin encore et avec raison. Ils contiennent¹⁾ — sous le titre de „dispositions communes“ — des prescriptions incontestablement applicables à tous les recours adressés au Tribunal fédéral ou à l'une de ses sections et à tous les procès qui s'ensuivent. Ces prescriptions ont trait aux représentants des parties et au domicile de celles-ci; à la forme des mémoires; aux convenances; au calcul, à la prolongation et à la restitution des délais; à la valeur litigieuse; à la communication,

¹⁾ Projet Ziegler, art. 29—40; projet TF, art. 30—40.

à la force exécutoire et à l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral. Nous y ferons allusion, par la suite, dans la mesure où cela sera nécessaire.

La méthode suivie par les projets est heureuse. Elle évite des répétitions inutiles ou des contradictions involontaires entre des dispositions analogues. Les règles générales sont telles qu'elles peuvent être facilement appliquées à toutes les procédures de recours.

V. L'OJ contient, à son art. 63, certaines règles destinées à faciliter l'exercice, dans des conditions uniformes, du recours en réforme, malgré les diversités des procédures cantonales.

La PPF ne contient pas de disposition analogue et les projets les ignorent. Nous sommes convaincus qu'il y aurait intérêt à combler cette lacune, non seulement pour mettre un terme à des incertitudes, mais encore pour simplifier la procédure de recours.

Sans faire, à cet égard, une proposition ferme, nous articulons une suggestion qui devrait être réalisée.

Ce qui fut possible et avantageux dans l'ordre civil, doit l'être dans l'ordre pénal.

VI. A moins de dispositions spéciales, ce que nous dirons de la procédure, vaut aussi pour le pourvoi contre la partie civile du jugement, tel que nous l'étudierons sous Titre V.

Chapitre II. Commencement et fin de la procédure; le retrait du recours.

I. La procédure de recours au Tribunal fédéral s'ouvre par la déclaration de recours de l'une ou de l'autre des parties. Elle se termine par un arrêt de la Cour de Cassation. L'arrêt peut être un prononcé sur la recevabilité ou le mérite du pourvoi. Il peut constater le retrait du recours ou la survenance de faits le rendant sans objet.

Dans les deux cas, il a pour effet de dessaisir la Cour de Cassation et de mettre fin à l'instance.

Nous examinerons, par la suite, les arrêts qui portent sur la recevabilité ou le fond du recours.

Par les autres, la Cour constate que la difficulté est liquidée, quant à son objet principal. Elle en prend acte et décide la radiation de la cause au rôle, tout en statuant, pour autant que besoin, sur les frais et dépens. Ce n'est que lorsqu'elle a pris cette décision et prononcé sur les frais que la Cour de Cassation est dessaisie et que la procédure devant elle est terminée.

II. Le retrait du recours peut être opéré par celui qui l'a déposé ou par celui qui est légitimé à y suivre en son lieu et place (décès). Peu importe la nature de l'infraction, qu'elle soit poursuivie d'office ou sur plainte.

En revanche l'intimé au recours ne saurait s'opposer à son retrait, comme il pourrait, par exemple, s'opposer au retrait de la plainte elle-même (art. 31 al. 4 CP).

Le retrait peut intervenir aussi longtemps que l'instruction principale n'est pas terminée, c'est-à-dire que la Cour de Cassation n'est pas entrée en délibération. Il ne nous paraît pas exclu que la Cour tienne compte des retraits opérés postérieurement dans l'intervalle de ses délibérations quand elle n'aurait pas rendu immédiatement son arrêt²⁾.

Le retrait est signifié par écrit ou aussi verbalement, par déclaration à l'audience, lorsqu'il y a des débats oraux.

III. Le recours peut devenir sans objet et cela, ensuite de circonstances diverses.

Nous avons parlé du décès du recourant au cas où personne ne pourraient ou ne voudrait lui succéder.

Rappelons que le jugement contre lequel il est recouru peut encore être l'objet d'un mode extraordinaire de recours ou d'une demande en révision devant les instances cantonales. S'il est annulé à la suite de ces procédures, le pourvoi en nullité perd tout objet, puisqu'il est dirigé contre un jugement qui n'existe plus. Il s'agit, bien en-

²⁾ Cf. Weiss, Berufung, p. 147.

tendu, d'hypothèses où l'annulation interviendrait en raison du droit cantonal, puisque le pourvoi en nullité n'est pas recevable aussi longtemps que les instances cantonales peuvent revoir l'application du droit fédéral.

Chapitre III. Conditions formelles du recours.

Section I. La déclaration et le mémoire de recours.

I. Le pourvoi s'exerce par le dépôt d'une déclaration, dans les dix jours dès la communication de la décision attaquée, auprès de l'autorité qui l'a rendue. Le demandeur a un délai supplémentaire de vingt jours pour remettre à la même autorité un mémoire énonçant ses conclusions motivées (art. 272 PPF al. 1).

Cas échéant, il aura la faculté d'adresser encore un mémoire complémentaire (art. 272 al. 2 PPF).

Ce système bien compliqué s'explique par la diversité des procédures cantonales. Le législateur fédéral a fait partir le délai de recours de la communication du jugement, mais sans fixer comment cette communication interviendrait, au contraire de ce qu'il a fait en matière civile, dans les causes susceptibles de recours en réforme (art. 63 OJ). Il s'ensuit que le droit cantonal détermine ce qu'il faut entendre par communication du jugement. Bien souvent le moment de la communication ne coïncide pas avec celui où le jugement rédigé est mis à la disposition des parties.

Le recourant est alors appelé à recourir d'un jugement qu'il ne connaît pas encore. Peut-être même ce jugement sera-t-il à l'état de projet dans l'esprit de son rédacteur que déjà la fuite inexorable du temps obligera le recourant à déposer son mémoire à l'appui du recours.

Le législateur s'est inspiré du légitime souci de tenir compte des situations possibles et d'éviter qu'il n'en résulte un préjudice pour les parties. C'est la raison d'être du mémoire complémentaire.

II. La déclaration de recours doit être établie par écrit. A notre avis, elle doit être signée. Nous ne croyons pas, au vu du texte précis de l'art. 272 PPF qu'une déclaration verbale, au procès-verbal de l'audience, puisse remplacer la forme écrite³⁾.

Elle peut être réduite à une extrême simplicité, quant à son contenu. Le recourant n'est pas lié à l'emploi de formules précises; il n'a pas à indiquer alors déjà ses conclusions ou ses motifs. Il suffit que la déclaration manifeste sa volonté de recourir au Tribunal fédéral et ne soit pas une simple protestation contre un jugement.

III. Le mémoire à l'appui du recours. Le recourant ne saurait se borner à une déclaration de recours. La loi lui impose de la motiver et de préciser ses conclusions dans un mémoire écrit, pour la rédaction duquel un délai plus long lui est accordé.

Nous estimons, sans autre, que le recourant n'a pas l'obligation de faire de sa déclaration et de son mémoire, l'objet de deux écrits différents lorsqu'il s'estime en mesure de les rédiger en même temps⁴⁾.

C'est là le point de vue du Trib. féd. dans la procédure de recours en réforme lorsqu'en raison de la valeur litigieuse, la plaidoirie est remplacée par un mémoire à l'appui de la déclaration de recours.

Par le simple fait qu'il a recouru, le recourant apparaît comme vouloir conclure à l'annulation du jugement dans sa totalité⁵⁾. L'énonciation des conclusions prend toute son importance lorsque le pourvoi n'est dirigé que contre une partie du dispositif, la Cour de Cassation ne pouvant accorder plus que ne réclament les conclusions du recourant (art. 275 al. 1 PPF).

Les conclusions doivent être motivées sommairement en indiquant en quoi le droit fédéral aurait été violé. Aucun travail scientifique n'est nécessaire. La Cour n'est d'ail-

³⁾ Huber, op. cit. p. 207; autre opinion, Clerc, op. cit. p. 41.

⁴⁾ Gut, op. cit. p. 111.

⁵⁾ Stämpfli, No. 2 ad 275; Clerc, op. cit. p. 45.

leurs pas liée par les moyens que les parties ont fait valoir (art. 275 al. 2 PPF) et, en vertu du principe „*jura novit curia*“, elle revoit librement, dans le cadre des conclusions, l'application du droit fédéral. C'est dire que si les parties peuvent avoir intérêt à motiver soigneusement leur recours, le Trib. féd. ne doit pas se montrer formaliste pour estimer si un recours est suffisamment motivé pour être recevable.

IV. Monsieur Ziegler et le Trib. féd. voudraient compléter les dispositions légales en la matière et proposent de mieux marquer l'importance du mémoire en le règlementant de façon plus précise, quant à sa forme et à son contenu.

1. Leurs projets — art. 273 — disent d'abord que le mémoire doit être déposé en nombre suffisant, soit à raison d'un exemplaire pour la Cour et pour chacune des parties, mais toujours à raison d'au moins deux exemplaires.

Si le nombre des exemplaires est insuffisant, le recourant les complétera ou versera la somme destinée à couvrir les frais de ce complément. Un délai lui est imparti à cet effet. S'il n'est pas observé, il ne sera pas entré en matière sur le recours. L'intéressé est informé des conséquences de l'inobservation de ce délai.

En cela, le Trib. féd. reprend le texte de son projet — art. 30 al. 2 — relatif à tous les mémoires qui lui sont adressés et y renvoie expressément, ce qui, à notre avis, n'est point nécessaire, les trois alinéas de l'art. 30 étant compris dans les dispositions communes de l'OJ qui s'appliquent à tous les recours.

Ces dispositions prévoient, en outre, que le mémoire doit être signé⁶⁾ (al. 1) qu'il doit être lisible, respecter les convenances et s'en tenir au sujet sans digressions inutiles, sous peine d'être retourné à son auteur avec fixation d'un délai comminatoire pour en rédiger un nouveau. Le tout sous commination de non-entrée en matière (al. 3).

2. Les projets rappellent, en outre, que le mémoire doit indiquer le jugement contre lequel il est recouru comme

⁶⁾ Le projet Ziegler le dit expressément.

aussi la mesure dans laquelle il est attaqué et les conclusions du recourant.

Il n'y a rien là qui soit nouveau, mais bien une précision apportée au texte de l'art. 272 PPF.

3. Enfin, les projets insistent sur l'obligation de motiver le pourvoi et de démontrer sommairement que le jugement viole le droit fédéral.

Dans la pensée des auteurs, le mémoire ne doit pas prendre une ampleur démesurée. Il doit demeurer un écrit simple, puisqu'à l'avenir aussi, la Cour de Cassation ne doit pas être liée par les moyens du recourant.

Préoccupés de ne point permettre au recourant de déborder du cadre du recours, les projets lui interdisent de discuter, dans le mémoire, les constatations de fait de l'instance cantonale et le résultat de l'administration des preuves, de soulever des moyens nouveaux non formulés devant l'instance cantonale (faits, exceptions, dénégations), ou de critiquer l'application du droit cantonal. Une argumentation juridique nouvelle demeure, bien entendu, admissible.

M. Ziegler se borne à concéder au juge la faculté de renvoyer aux recourants leurs mémoires insuffisamment motivés. Un délai d'une semaine serait accordé aux intéressés, sous peine de non-entrée en matière, pour leur permettre de parfaire leur recours. Mais le Tribunal fédéral va plus loin. Il permet le renvoi, dans la forme et sous les peines ci-dessus, de tous les mémoires non motivés dans le cadre prescrit par la loi. Sont visés également les recours comprenant des considérations qui n'y ont point leur place, comme aussi les pourvois surabondamment motivés.

Au point de vue pratique, le renvoi pour insuffisance de motifs nous paraît suffire. Quant au renvoi pour surabondance de motifs, il ne doit être prévu, à notre avis, qu'en cas d'abus manifeste.

Au surplus, nous rappelons avoir proposé que la Cour de Cassation examine également, à l'occasion de l'examen du pourvoi en nullité, le grief tiré d'une violation des

droits constitutionnels. Si cette proposition devait être retenue, les projets devraient être modifiés en conséquence pour donner au recourant la possibilité de motiver ce point spécial de son recours.

4. Les projets apportent encore une innovation dont l'utilité nous échappe. Ils prévoient en effet que le mémoire de recours doit être accompagné du jugement attaqué. En cas d'omission, la Cour peut fixer au recourant un délai pour l'envoi du jugement ou refuser l'entrée en matière, si ce délai n'est pas respecté.

Il nous semble plus juste et plus simple de nous en tenir au système actuel, puisque l'instance cantonale devra, comme par le passé, transmettre les dossiers de la cause et le jugement en même temps que la déclaration et le mémoire. Astreindre le recourant à déposer lui-même le jugement est une mesure superflue. Les recourants, en matière pénale surtout, sont souvent des gens modestes qui agissent sans le concours d'un conseil. Pour ce simple motif, il convient de les libérer de toute formalité qui ne soit pas indispensable.

V. La déclaration de recours et le mémoire doivent être remis, tous les deux, à l'autorité qui a rendu le jugement attaqué, soit à son président, soit au greffe⁷⁾. Au cas où ils seraient adressés à une autre instance qui les ferait néanmoins parvenir avant l'expiration du délai, à l'autorité compétente, ils seraient régulièrement déposés.

La loi de 1934 n'a pas repris la disposition de l'art. 165 al. 2 OJ qui voulait que la Confédération, représentée par son procureur général, recourût par l'intermédiaire du gouvernement cantonal.

Le Procureur général de la Confédération suivra donc la règle commune⁸⁾.

VI. Lorsqu'au moment de la rédaction du mémoire le jugement n'est pas encore rédigé, le recourant peut,

⁷⁾ Stämpfli, note 2 ad 272.

⁸⁾ Clerc, op. cit. p. 41.

après réception du jugement, solliciter du juge chargé de l'instruction l'octroi d'un délai pour déposer un mémoire complémentaire.

Ce mémoire, qui s'adresse alors directement au Trib. féd., est parfois d'une utilité indiscutable. Le projet du Trib. féd. en fait abstraction parce qu'il fixe le point de départ du délai pour le dépôt du mémoire après la rédaction du jugement. Si sa proposition est retenue, ce que nous espérons, le mémoire complémentaire n'aura plus sa raison d'être.

VII. Le recours contre la partie civile du jugement pénal s'exerce selon les mêmes formes et fait l'objet des mêmes écritures. Il en sera ainsi à l'avenir, sauf deux exceptions, valant au cas où le projet du Trib. féd. quant au recours contre le dispositif d'ordre civil serait admis et même complété, comme il est à souhaiter.

Ce projet, à son art. 272 al. 3, examine les cas où le recours contre la partie civile du jugement n'est recevable que lorsqu'il y a également recours au point de vue pénal. Il est alors imparti au parties, pour recourir au point de vue civil, un délai de 10 jours, à partir du jour où elles sont informées du dépôt d'un recours au pénal. C'est au juge instructeur (art. 273 al. 2 PPF; projet TF 276) qu'il incombera de transmettre aux intéressés l'avis qu'il y a recours.

Il ne peut plus être question, dans un cas de ce genre, d'une déclaration de recours, suivie d'un mémoire, le tout adressé à l'instance cantonale, mais bien d'un mémoire indiquant les conclusions et les motifs à l'appui, qui sera envoyé directement du Trib. féd.

Même procédure en cas de recours par voie de jonction, tel que nous le proposons, contre la partie civile du jugement, dans les causes qui seraient susceptibles, quant à leur objet, d'un recours en réforme (projet TF 271 al. 1).

Section II. Les délais.

I. Certains délais sont fixés par la loi: ils ne peuvent être prolongés. Ceux fixés par le juge peuvent l'être pour

des motifs reconnus légitimes. Les uns et les autres doivent être observés sous peine de déchéance. La loi sur l'organisation judiciaire, aussi bien que les projets contiennent des dispositions précises sur le calcul des délais, soit sur leur observation (par l'accomplissement de l'acte ou la remise d'une déclaration ou d'un mémoire à l'autorité ou à la poste, le dernier jour utile jusqu'à minuit) soit sur leur restitution. Toutes ces dispositions, auxquelles la PPF, art. 99, renvoie elle-même, sont applicables au cas de pourvoi en nullité.

Notons une innovation en matière de restitution du délai dans le projet du Trib. féd., art. 35. Alors que l'art. 43 OJ autorise la restitution du délai, à certaines conditions, lorsqu'elle est demandée dans les dix jours qui suivent celui où l'empêchement invoqué a cessé, le projet, s'inspirant de l'art. 52 de l'arrêté fédéral du 28 mars 1917 sur la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral des assurances, exige non seulement que la restitution du délai soit sollicitée et motivée, mais encore que l'acte omis ait été accompli, dans le même délai de dix jours.

Nous avons cru utile d'attirer l'attention des praticiens surtout sur cette importante différence.

II. La déclaration de recours doit être déposée (art. 41 al. 3 OJ), dans les dix jours dès la communication de la décision attaquée. Le texte allemand de l'art. 272 parle, non pas de la communication, mais de l'„Eröffnung“ du jugement; cela exclut qu'il s'agisse nécessairement d'un jugement entièrement rédigé ainsi que le texte français permettrait de le soutenir, à première vue, du moins.

Le droit cantonal seul détermine la forme orale ou écrite, en laquelle le jugement est porté à la connaissance des parties. C'est de lui que dépendra le point de départ du délai légal de recours⁹⁾. Certains cantons prévoient la communication par lecture du dispositif en séance publique,

⁹⁾ Stämpfli, note 1 ad 272; Huber, op. cit. p. 210; point de départ du délai pour recourir contre le jugement d'une Cour d'Assises, RO 51 I 351).

d'ordinaire immédiatement à l'issue des délibérations, d'autres par expédition écrite du dispositif ou du jugement rédigé. Nous ne saurions que signaler les différences possibles pour regretter, une fois de plus, l'absence d'une disposition analogue à celle de l'art. 63 O.J.

Pour le Procureur général de la Confédération, le délai court dès le jour où l'autorité fédérale compétente a reçu l'expédition intégrale de la décision attaquée.

III. Dans le système actuel, le recourant a un délai supplémentaire de vingt jours pour remettre son mémoire à l'appui de la déclaration de recours. Ce délai ne part point du jour où il a déposé sa déclaration, mais bien de celui où est expiré le délai de dix jours pour la remettre. Ce qu'a voulu le législateur, c'est assurer un délai de trente jours dès la communication du jugement pour le dépôt de mémoire¹⁰⁾.

Le projet du Tribunal fédéral, art. 272 al. 2, fait partir le délai de vingt jours dès la remise de l'expédition écrite du jugement au recourant. Il prévoit qu'après réception de la déclaration de recours, l'autorité qui a rendu la décision attaquée fait parvenir sans retard, si ce n'est déjà fait, une expédition du jugement au recourant. Le délai de vingt jours partira de la réception — et non de l'envoi — du jugement, que cette réception se place avant ou après le dépôt de la déclaration de recours. Ainsi donc, les deux délais de dix et de vingt jours, loin de se suivre comme jusqu'ici, pourraient courir, en partie parallèlement, ou encore être indépendants les uns des autres.

Le Tribunal fédéral relève qu'il est peu rationnel d'obliger le recourant à motiver son recours avant qu'il n'ait le jugement à sa disposition et qu'il n'en connaisse les considérants. Le système actuel, loin d'activer la procédure, la complique en raison des délais qu'il faut bien accorder pour le dépôt d'un mémoire complémentaire, source de frais inutiles. L'autorité de recours est elle-

¹⁰⁾ Stämpfli, n° 1 ad 272; Huber, op. cit. p. 211 ss.; Clerc, op. cit. p. 45.

même paralysée aussi longtemps que le jugement n'est pas rédigé.

Il n'est point nécessaire d'insister longuement sur la pertinence de ces observations qui seront bien comprises de tous ceux qui ont eu à rédiger des recours sans avoir sous les yeux autre chose que le dispositif de la décision attaquée.

La proposition du Trib. féd. corrige à tel point les inconvenients de la législation actuelle que, dans l'idée qu'elle sera accueillie avec faveur, nous renonçons à proposer formellement l'insertion d'une disposition analogue à celle de l'art. 63 OJ encore que nous n'en perdions pas la possibilité de vue.

IV. Le dépôt du mémoire avant que le délai de vingt jours n'ait pris cours ne le rend pas irrecevable¹¹⁾.

Le projet du Trib. féd. veut réservier expressément cette faculté. Le recourant en userait alors à ses risques et périls, s'il rédigeait son mémoire avant que le jugement ne soit à sa disposition, puisqu'il n'aurait plus la possibilité de compléter son exposé.

V. La PPF ne connaîtra pas d'autres délais légaux dans la procédure de recours. Les autres délais sont fixés par le juge, pendant l'instruction.

Le projet du Tribunal fédéral prévoit un délai de dix jours pour recourir contre la partie civile du jugement dans le cas où la recevabilité d'un tel recours dépendrait du dépôt préalable d'un recours contre la partie pénale (art. 271 al. 2 projet).

Les suggestions que nous avons faites quant aux conditions matérielles, ou que nous ferons quant aux conditions formelles du pourvoi en nullité, obligent à envisager d'autres délais légaux encore:

a) délai à fixer aux héritiers ou aux proches du défunt pour recourir à sa place ou pour dire s'ils entendent suivre au recours par lui interjeté;

¹¹⁾ Stämpfli, note 1 ad 272.

- b) délai à impartir pour former un pourvoi par voie de jonction contre la partie civile d'un jugement dans le cas de l'art. 271 al. 1 du projet du Trib. féd.;
- c) délai à fixer à l'autorité cantonale pour transmettre la déclaration de recours, le mémoire et les pièces.

Section III. La transmission du recours au Tribunal fédéral.

I. Après réception du mémoire, l'autorité cantonale le transmet avec la déclaration de pourvoi, la décision attaquée et le dossier, au président de la Cour de Cassation (art. 272 PPF).

II. Les projets — art. 274 — maintiennent, en principe, cette disposition, en la complétant à trois égards.

D'une part, l'autorité cantonale ne devrait pas se borner à envoyer le dossier, mais elle devrait indiquer quand le jugement a été remis au recourant et quand la déclaration de recours et le mémoire ont été déposés, cas échéant, remis à un bureau suisse de postes. On aurait pu lui demander également de dire quand le jugement a été communiqué aux parties, mais il semble préférable de laisser à la Cour de Cassation le soin d'apprécier quels actes de la procédure cantonale ont constitué ce qu'on peut appeler la communication du jugement.

D'autre part, c'est déjà lors de la transmission du dossier que l'autorité qui a rendu le jugement devrait formuler les contre-observations qu'elle entendrait présenter à l'encontre du recours. Jusqu'ici, elle était appelée à le faire en cours d'instruction seulement (art. 273 al. 2 PPF). La modification suggérée a un double avantage. Le Trib. féd. statuera sur les effets suspensifs à accorder au recours en connaissant déjà le point de vue de l'instance cantonale. De plus, l'instruction sera accélérée et simplifiée.

Enfin, la transmission devrait intervenir sans retard (unverzüglich), ce que ne dit pas l'art. 272 PPF.

Nous préférions la fixation d'un délai. Nous craignons en effet que la rédaction des contre-observations n'aboutisse

souvent à des longueurs, qui sont d'autant plus à éviter que le recours n'a pas d'effets suspensifs „ex lege“.

III. L'autorité cantonale ne saurait se soustraire à son obligation de transmettre le pourvoi pour le motif que la déclaration de recours serait tardive, que le mémoire n'aurait pas été déposé. A l'expiration du délai fixé pour le dépôt du mémoire, elle doit transmettre au Trib. féd. les pièces qui sont en sa possession. Il appartient à la Cour de Cassation seule de se prononcer sur la recevabilité du pourvoi.

IV. Les projets, à leur art. 275, autorisent cependant une exception à l'obligation d'expédier de suite le dossier (mais non la déclaration et le mémoire de recours), lorsque le jugement fait simultanément l'objet d'un recours extraordinaire de droit cantonal ou d'une demande en revision. L'autorité cantonale pourrait alors conserver les dossiers, pour ne les envoyer, cas échéant, avec les dossiers nouvellement constitués, qu'immédiatement après droit connu sur les recours pendant devant les instances cantonales. Elle informerait aussitôt le Trib. féd. du sort fait à ces recours.

Le Trib. féd. devrait surseoir à son prononcé, sauf le cas où le recours s'avérerait irrecevable. Nous avons déjà donné notre adhésion à cette suggestion, mais en réservant une observation de forme. Il nous paraît difficile d'écartier un recours, même en le déclarant irrecevable, sans avoir les dossiers à disposition, hormis le cas où cette irrecevabilité serait établie par les déclarations et par le mémoire du recourant lui-même. Le texte proposé qui ne veut, certes, pas dire autre chose, pourrait être revu dans ce sens.

Nonobstant le moyen extraordinaire de recours du droit cantonal, le Trib. féd. se prononce de suite sur une requête tendant à ce que des effets suspensifs soient accordés au pourvoi.

Section IV. Les parties et leurs représentants.

I. Les parties, recourant et intimé, exercent leurs droits elles-mêmes ou par l'intermédiaire de représentants. La loi ne contient aucune disposition spéciale en la matière.

II. Aux termes des projets, le mandataire doit se légitimer par une procuration. Il doit être choisi parmi les professeurs d'université et les personnes autorisées, par les cantons, à représenter professionnellement autrui dans les procès, par qui il faut entendre généralement les avocats.

C'est le choix prévu jusqu'ici par l'art. 35 al. 3 PPF pour les débats devant la Cour pénale ou la Cour d'Assises fédérales.

Un avocat étranger pourrait être exceptionnellement admis à procéder, sous réserve de réciprocité.

III. Le Trib. féd. pourrait astreindre une partie à se constituer un mandataire lorsqu'elle serait manifestement hors d'état de conduire elle-même le procès.

IV. Les parties n'habitant pas en Suisse, devraient y indiquer un domicile, à défaut de quoi les significations qui leur sont destinées pourraient leur être faites par voie éditale ou, suivant le cas, ne pas intervenir.

Section V. Droits particuliers des parties.

I. Les parties ont la faculté d'user de tous les droits que la loi leur confère. La PPF a soin d'en déterminer l'un ou l'autre que les cantons doivent respecter et qui doivent assurer un exercice convenable du droit de recourir.

II. Elles doivent être autorisées à consulter le dossier avant de remettre leurs mémoires (art. 272 al. 4 PPF). Elles ont le droit, d'ailleurs bien discutable, d'exiger une expédition gratuite du jugement (art. 251 al. 3 PPF). Enfin, lorsqu'elles sont détenues, l'autorité cantonale doit les mettre en mesure de recourir. Sur ce point, les projets veulent marquer le droit du détenu, en rappelant que l'art. 215 PPF est applicable.

Chapitre IV. Les effets du recours.

I. Le recours a pour premier effet de nantir le Tribunal fédéral des griefs du recourant et de lui imposer l'obligation de mettre fin, par une décision, à la procédure ainsi introduite.

II. Le pourvoi ne suspend l'exécution du jugement attaqué que si la Cour de Cassation ou son président l'ordonne (art. 272 al. 5 PPF). Cette disposition — la même qu'au cas de recours de droit civil ou de droit public —, confère au pourvoi en cassation le caractère d'un moyen extraordinaire de recours. Il y aurait, certes, des raisons d'adopter une solution différente, mais aucune ne serait décisive. La loi empêche des pourvois qui ne seraient interjetés que pour gagner du temps et qui retardent l'échéance fatale où la peine doit être subie. La faculté donnée à la Cour ou à son président est une garantie suffisante pour l'accusé.

En pratique, d'ailleurs, les droits de l'accusé ne seront guère compromis. Toute liberté doit lui être laissée pour recourir. S'il est en détention préventive, il s'y trouve, non pour subir une peine, mais en vertu des dispositions de la procédure cantonale et le Trib. féd. ne peut ordonner sa mise en liberté. Si, au contraire, il n'est pas encore arrêté, l'autorité cantonale surseoirà vraisemblablement à l'exécution de la peine, ne serait-ce que pour ne point exposer le canton à des demandes d'indemnités, en cas d'annulation du jugement. Les cantons sont les premiers intéressés à faire montre de prudence.

Il faut accorder au recours des effets suspensifs en tant que dirigé contre la partie civile du jugement, si la cause rentre dans la catégorie de celles qui permettent un recours en réforme. Nous traiterons plus loin le recours contre la partie civile de la décision et nous y renvoyons.

Chapitre V. Les arrêts rendus préliminairement.

Nantie du recours, la Cour de Cassation peut prendre des décisions, avant même d'avoir commencé ou terminé l'instruction du pourvoi.

Section I. La suspension de la cause.

I. Nous avons vu que, lorsque la décision attaquée est simultanément l'objet d'un pourvoi en cassation ou d'une demande en révision devant l'autorité cantonale compétente, la Cour de Cassation doit se conformer à son prononcé jusqu'à droit connu dans la procédure cantonale de recours (art. 274 PPF).

II. Les projets maintiennent le principe, mais y apportent une exception justifiée — art. 275 —. Il n'est pas sursis au prononcé de la Cour de Cassation lorsque le recours s'avère irrecevable et qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière. Le sort des procédures cantonales de recours est alors indifférent pour le Trib. féd. et une liquidation rapide des causes postule qu'il soit statué sans autre.

III. La Cour de Cassation ordonne la suspension de l'instruction chaque fois qu'elle estime opportun de le faire. Par exemple, lorsqu'un recours de droit public a été interjeté contre le même jugement et que son sort peut exercer une influence sur celui du pourvoi en nullité. Nous ne saurions envisager tous les cas qui peuvent se présenter, mais devons relever que la liberté d'appréciation de la Cour ne s'exerce pas seulement dans le cadre de l'art. 274 PPF.

Section II. Le refus d'entrer en matière.

I. Lorsque le pourvoi est manifestement irrecevable, il est inutile d'instruire sur son mérite. La Cour refuse alors, par arrêt préliminaire, d'entrer en matière.

II. Sous l'empire de la loi actuelle, la Cour refuse préliminairement d'entrer en matière si le pourvoi est tardif ou non motivé en temps utile (art. 273 al. 1 PPF).

Dans tous les autres cas, elle doit instruire, sauf à déclarer le pourvoi irrecevable en l'abordant au fond, l'instruction terminée.

Il est indiqué que la législation future donne à la Cour la faculté de refuser immédiatement d'entrer en matière quels que soient les motifs de l'irrecevabilité du pourvoi — art. 276 des projets —.

En effet, l'irrecevabilité peut être manifeste à d'autres points de vue: recours dirigé contre une décision non susceptible de pourvoi en nullité, par une personne non légitimée, dans des causes relevant du droit cantonal et jugées en application de ce droit¹²⁾. Eventuellement, correction du mémoire de recours ou avance de frais non faite dans le délai fixé.

III. Est-ce à dire que la Cour de Cassation ne pourra refuser d'entrer en matière, si elle ne l'a pas fait d'entrée de cause, lorsque l'instruction du pourvoi aura été ordonnée et faite? Non, la Cour n'a que la faculté de prendre arrêt d'entrée de cause et, pas plus à l'avenir que sous la loi actuelle, on ne saurait lui interdire, parce qu'elle a instruit le pourvoi, d'en examiner la recevabilité. L'irrecevabilité peut n'être pas manifeste. Elle peut avoir échappé à un premier examen de la cause par le président ou par le juge délégué à l'instruction. Elle peut n'apparaître qu'au cours de débats au fond. La Cour de Cassation reste libre de refuser l'entrée en matière tant qu'elle n'a pas rendu arrêt sur le mérite du pourvoi.

En pratique, elle exercera certainement un contrôle sévère afin d'éliminer d'emblée les pourvois irrecevables et d'éviter des instructions inutiles.

Section III. Le renvoi immédiat de la cause à l'instance cantonale sans instruction préalable.

I. Lorsque la décision attaquée est entachée de vices tels que la Cour ne peut constater de quelle manière la loi a été appliquée (art. 277 PPF), la Cour de Cassation

¹²⁾ Stämpfli, n° 1 ad 273.

peut l'annuler et renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour nouveau jugement. L'autorité de recours doit en effet être en mesure de vérifier l'application du droit fédéral (titre I, ch. III) même en cas de verdict d'un jury. Elle a donc la possibilité d'annuler toute décision contraire à ce principe.

En l'état de la législation, la Cour de Cassation ne peut décider du renvoi qu'après instruction de la cause, alors même que le vice affectant le jugement serait évident.

II. Les projets — art. 276 litt. b Ziegler, et 277 TF —, autorisent la Cour de Cassation à prendre, cas échéant, sa décision en la forme préliminaire et sans autre instruction de la cause. Nous rappelons que, selon ces mêmes projets, elle serait alors déjà en possession des contre-observations de l'autorité cantonale au recours. Nous sommes entièrement d'accord avec cette suggestion. Il demeure entendu qu'il ne s'agit que d'une faculté et la Cour doit conserver le droit d'annuler pour ce motif spécial, non seulement par décision préliminaire, mais encore en examinant le fond du pourvoi.

Section IV. Le rejet du pourvoi sans instruction préalable.

I. Si le pourvoi n'est pas irrecevable dans le sens de l'art. 273 al. 1 PPF, la Cour de Cassation doit instruire et statuer sur son mérite.

II. Les projets¹³⁾, dans le dessein de faciliter la tâche de la Cour, lui permettent non seulement d'examiner toujours la recevabilité du pourvoi ou de l'accueillir préliminairement en raison de l'art. 277 PPF. Ils lui accordent en outre le droit de rejeter, sans autre instruction, un pourvoi manifestement mal fondé. Mais tandis que le Tribunal fédéral, pour autoriser ce rejet, demande simplement que le caractère général du recours soit d'être manifestement mal fondé, M. Ziegler exige plus de précision. Il désire notamment que les membres de la Cour aient estimé, à

¹³⁾ Art. 276 n° 3 Ziegler; 276 TF.

l'unanimité et sans doute possible, que le recours était dépourvu de mérite.

Que faut-il penser de cette proposition faite pour d'autres recours encore, voir même pour le recours en réforme? Nous n'entendons point prendre position en général, mais ne discuter que sur le terrain du pourvoi en nullité, réservant pour le surplus notre entière liberté d'appréciation.

Cette innovation, dont le principe fut discuté et soutenu à l'assemblée d'Interlaken, en 1935, dans les rapports des Messieurs Ziegler et Yung¹⁴⁾), ne nous paraît pas, dans le cas spécial du pourvoi en nullité, de nature à compromettre les droits du recourant ou à rompre l'égalité entre les parties.

Il faut, pour s'en rendre mieux compte, se souvenir que des débats oraux n'auront, en pratique, jamais lieu devant la Cour de Cassation et que procédure et instruction sont limitées à des échanges de mémoires.

Lorsque la Cour rejettéra le recours, préalablement et sans instruction, elle sera en possession du mémoire motivé du recourant dont elle pourra connaître et apprécier les moyens et l'argumentation. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'occasion sera donnée au recourant de compléter son exposé par un échange ultérieur d'écritures.

Ainsi donc, en se prononçant sur la base du mémoire de recours et, cas échéant, des contre-observations de l'instance cantonale, la Cour statuera en pleine connaissance de cause, l'instruction devant avoir pour seul effet pratique de permettre aux intimés au recours de faire entendre leur voix. Or, si le recours se révèle d'emblée mal fondé, nous ne croyons pas que les mémoires des intimés soient de nature à lui donner quelque valeur et à lui assurer un sort plus favorable!

Les intimés ne seraient point lésés dans leurs droits puisque la Cour ne pourrait que rejeter le recours.

¹⁴⁾ Cf. ZSchwR 54 p. 211 ss.

Les propositions faites nous paraissent acceptables. Nous estimons, toutefois, que l'arrêt devra être très sommairement motivé et que l'affaire ne doit pas se régler par voix de circulation, mais bien en séance. Au cas contraire, chacun des membres de la Cour devrait pouvoir exiger une délibération orale. La procédure, sur le détail de laquelle nous ne saurions entrer, doit tenir compte du caractère très exceptionnel de la faculté concédée à la Cour, faculté dont l'usage doit être, dans l'esprit même de ses initiateurs, restrictif.

Il nous paraîtrait suffisant de limiter cette faculté au cas où le pourvoi serait dirigé contre la partie pénale du jugement ou encore contre sa partie civile, pour autant que les prétentions civiles ne soient pas susceptibles de recours en réforme (art. 271 al. 1 projet Trib. féd.).

Chapitre VI. L'instruction de la cause.

Section I. L'échange des écritures.

I. Le Président de la Cour de Cassation charge un juge d'instruire le pourvoi et d'ordonner, si la cause n'est pas liquidée préliminairement, les mesures d'instruction nécessaires.

II. A l'effet d'instruire la cause, le juge instructeur communique le mémoire du recourant aux intéressés et leur impartit en même temps un délai pour présenter éventuellement leurs observations écrites. L'utilisation de ce délai est facultative et le fait de ne point s'en servir n'a aucune conséquence préjudiciable pour les intimés¹⁵⁾.

Exceptionnellement, le juge peut ordonner un échange ultérieur d'écritures, si la complexité ou l'importance de la cause le justifie. Il en décide souverainement et sans recours. Les projets en prévoient la possibilité pour per-

¹⁵⁾ Huber, op. cit. p. 216: les projets insistent sur le caractère facultatif des mémoires des intimés — art. 277 projet Ziegler et 276 al 2 projet TF.

mettre aux parties de s'expliquer sur le résultat d'une procédure en révision.

III. Le juge instructeur donne de même à l'autorité cantonale qui a prononcé le jugement, la faculté de répondre au recours.

Selon les projets, elle devrait s'exprimer en transmettant le pourvoi à la Cour de Cassation, ce qui présente les avantages déjà relevés.

IV. Le juge chargé de l'instruction et la Cour de Cassation peuvent ordonner tous actes d'instruction compatibles avec la nature et le but du pourvoi en nullité.

Section II. Les débats oraux.

La Cour de Cassation peut ordonner, ce que les projets prévoient également, que des débats oraux auront lieu devant elle, mais à titre exceptionnel¹⁶⁾. Elle les ordonnera très rarement. Les parties citées n'encourent aucune déchéance si elles ne prennent pas part à ces débats. La procédure par défaut est ignorée du Trib. féd. comme instance de recours.

Chapitre VII. Le pouvoir de cognition de la Cour de Cassation.

Section I. La Cour et les conclusions du recourant.

I. La Cour de Cassation ne peut accorder plus que le réclament les conclusions du demandeur (art. 275 PPF). Le pourvoi a des effets dévolutifs qui peuvent être restreints par la volonté du recourant.

Il lui sera loisible de ne diriger son pourvoi que contre une partie du dispositif de la décision attaquée. Il demandera la suppression d'une peine accessoire, la levée d'une mesure ordonnée, la libération d'un chef d'accusation. Il limitera son recours à la partie pénale ou à la partie civile du jugement¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Stämpfli, n° 2 ad 273.

¹⁷⁾ Stämpfli, n° 1 ad al. 1 art. 275; Huber, op. cit. p. 218/219.

Si le recourant ne précise pas, il y a lieu d'admettre qu'il entend demander l'annulation de la décision *in toto*.

II. Les conclusions tendent à l'annulation du prononcé et au renvoi de la cause à l'instance cantonale, cas échéant, à l'acquittement par la Cour. Les intéressés les formuleront souvent en termes improches, ne tenant pas compte du caractère particulier du pourvoi. Ils demanderont une modification du jugement, un prononcé plus équitable, moins sévère, etc. Il n'y a pas lieu de s'arrêter à leurs expressions, mais de rechercher quelle est la volonté que manifestent leurs écritures.

Les motifs de recours allégués dans le mémoire permettront de découvrir cette volonté au travers de phrases peut-être peu claires.

III. La Cour est également liée par les conclusions des parties devant l'instance cantonale. Elle ne saurait leur accorder plus qu'elles n'ont demandé devant l'autorité cantonale et, dans ce sens admettre qu'il soit présenté devant elles des conclusions ou exceptions nouvelles, la restriction des conclusions formulées demeurant admissible.

Section II. La Cour et les moyens des parties.

I. Le recours est recevable pour violation du droit fédéral et la Cour de Cassation n'est pas liée par les moyens que les parties ont fait valoir (art. 275 al. 2 PPF).

Ce pouvoir de libre appréciation, dans le cadre des conclusions des parties, permet au Trib. féd. de veiller effectivement à l'application uniforme du droit fédéral¹⁸⁾.

Les motifs du recourant ne doivent pas être énoncés sous forme de moyens exposant successivement en quoi et sur quels points la loi aurait été violée.

La Cour reverra donc l'application du droit et pourra faire au jugement des griefs auxquels le recourant n'aura pas songé lui-même.

¹⁸⁾ Stämpfli, note 1 ad al. 2 art. 275.

II. La jurisprudence a statué une exception à ce principe. La Cour ne revoit pas les moyens de droit soulevés devant les instances cantonales lorsque la dernière instance cantonale ne les a pas examinés, sans que cette omission viole le droit fédéral¹⁹⁾. Dans son arrêt du 14 novembre 1906, entre'autre, le Trib. féd. constate que, n'ayant pour mission que de casser la décision attaquée, pour autant qu'elle violerait une disposition du droit fédéral et non point de statuer sur le litige au fond, il n'a à revoir que les motifs invoqués par la décision contre laquelle il est recouru. Il ne rentre pas, dit-il, dans la sphère d'action de la Cour de Cassation pénale d'examiner d'autres motifs; son rôle n'est pas de veiller à ce que le litige soit tranché à tous égards d'une manière qui ne porte pas atteinte au droit fédéral, mais seulement à ce que les points discutés et tranchés par l'instance cantonale n'impliquent aucune violation de ce genre.

Il serait certainement désirable que la jurisprudence fut modifiée sur ce point, la Cour de Cassation devant veiller à l'application correcte du droit fédéral quel que soit le point de vue auquel l'instance cantonale s'est placée. L'instance cantonale a l'obligation d'appliquer l'ensemble des dispositions du droit fédéral et ne saurait les violer par omission.

III. Les auteurs admettent généralement que la Cour de Cassation serait liée par les moyens invoqués dans la mesure où le pourvoi serait dirigé contre la partie civile du jugement²⁰⁾.

Nous ne partageons pas cette manière de voir, qu'ils ne motivent d'ailleurs guère. Il n'y a, selon nous, aucune raison de faire une distinction que la loi ne prévoit pas et qui serait une source de complications inutiles. Il ne faut pas perdre de vue qu'en matière civile et au cas de

¹⁹⁾ Huber, op. cit. p. 222; RO 26 I 109; 32 I 151, 701; 33 I 206; 52 I 198.

²⁰⁾ Huber, op. cit. p. 222; Stämpfli, note 3 ad al. 2 art. 275.

recours en réforme, le Trib. féd. n'est pas lié par les moyens du recourant, mais uniquement par ses conclusions (art. 67 et 70 OJ). Pourquoi formuler une exigence inconnue du pourvoi en nullité et du recours en réforme ?

IV. La Cour de Cassation devant laquelle une affaire est évoquée pour la seconde fois, ensuite d'un premier arrêt d'annulation, est liée par les considérants de cet arrêt²¹⁾.

Section III. La Cour et les constatations de fait de la juridiction cantonale.

I. La Cour de Cassation examine si le droit fédéral a été appliqué, dans son sens, aux faits qui ressortent de la procédure et que la juridiction cantonale a déclarés constants. Elle est liée par les constatations de fait de l'instance cantonale (art. 275 al. 1 PPF)²²⁾. Ce principe découle logiquement de la nature juridique du pourvoi qui est une „revisio in jure“ et non „in facto“. Il est appliqué en matière civile également (art. 81 OJ). Il y a lieu de s'y tenir.

II. La Cour n'est liée que lorsqu'elle est en présence d'une constatation et non pas d'une hypothèse énoncée sans conclusions définitives par l'instance cantonale.

Il est nécessaire que le jugement précise quels sont les faits que l'autorité cantonale considère comme acquis au procès et s'exprime en termes positifs et non équivoques²³⁾. A ce défaut, la Cour n'est pas liée et, cas échéant renverra la cause, pour nouveau jugement, en application de l'art. 277 PPF.

III. Mise en présence d'un état de fait bien arrêté, la Cour ne pourra pas le revoir, ni discuter de l'appréciation des preuves, ni admettre qu'il soit allégué des faits nouveaux (nova) ou présenté des dénégations ou moyens de preuves nouveaux.

²¹⁾ Stämpfli, note 2 ad 276.

²²⁾ Stämpfli, n° 3 ad al. 1 art. 275; Huber, op. cit. p. 219.

²³⁾ Weiss, Berufung, p. 256

Les projets ont prévu que cette interdiction, marquée par l'art. 80 OJ en matière civile, devrait être statuée expressément par la PPF revisée.

IV. La Cour cesse d'être liée par des constatations de faits en contradiction avec les pièces du dossier. Elle peut alors, soit remédier elle-même à la contradiction, soit annuler et renvoyer à l'instance cantonale comme elle le fait dans le cas où elle est dans l'impossibilité, en raison des vices du jugement, de constater de quelle façon la loi a été appliquée.

Nous avons déjà indiqué dans quel sens la contradiction entre les constatations de fait et les pièces du dossier doit être entendue et nous n'y reviendrons pas²⁴⁾.

Le Tribunal fédéral a proposé de supprimer la possibilité d'invoquer cette contradiction à laquelle nous avouons n'attacher aucune importance pratique. Il ne sert à rien de conserver, dans l'arsenal des lois, des moyens qui ne sont d'aucune utilité. S'il devait se présenter un cas où la contradiction constatée devait être à l'origine d'une injustice évidente, la Cour aura la faculté de remédier d'office, cas échéant par une interprétation extensive de l'art. 277 P.P.F. qui conduirait facilement au résultat désiré. L'essentiel est de ne plus mettre à disposition des recourants un moyen dont ils ne saisissent pas la portée et dont ils ne retirent que déceptions.

Chapitre VIII. L'arrêt de la Cour de Cassation.

Section I. Le dispositif de l'arrêt.

I. En principe, l'arrêt est un arrêt de rejet ou un arrêt d'annulation. La Cour de Cassation estime le pourvoi mal fondé et elle le rejette ou, au contraire, elle l'accueille et annule le jugement attaqué. Au cas d'annulation, elle ne statue pas sur le fond et elle renvoie la cause à l'instance cantonale pour qu'elle prononce à nouveau. L'art. 276

²⁴⁾ Titre I, chap. II, sect. IV.

al. 1 PPF exprime ce principe découlant de la nature même du pourvoi qui n'est autre qu'un recours en cassation.

Les projets proposent de s'y tenir strictement.

II. L'art. 276 al. 3 PPF apporte deux exceptions au principe: la Cour de Cassation peut statuer au fond si la décision aboutit à un acquittement ou si le pourvoi ne se rapporte qu'à la prétention civile. Elle ne condamne jamais.

III. En ce qui concerne la prétention civile, l'exception se justifie d'elle-même et doit être maintenue. Chacun sera d'accord avec ce point de vue.

IV. Les projets marquent une tendance très nette à organiser le pourvoi en nullité, pour autant que possible, d'après le système de la cassation pure et l'expriment en supprimant la faculté accordée à la Cour de prononcer elle-même l'acquittement lorsqu'elle aura annulé. L'affaire serait renvoyée à l'autorité cantonale qui acquitterait et statuerait sur les frais devant les instances cantonales. Après avoir relevé que l'art. 276 al. 3 PPF n'offre qu'une faculté dont la Cour de Cassation peut ne pas faire usage, nous nous rangerons à la proposition faite pour une raison qui nous paraît péremptoire. La Cour de Cassation ne peut, au cas d'acquittement, liquider la question des frais devant les instances cantonales. Elle ne saurait les mettre à la charge du fisc cantonal, ou encore de celui qui, plaignant ou dénonciateur, n'a pas été partie à la procédure de recours. Dès l'instant où un renvoi s'impose sur la question des frais cantonaux, il convient, autant par souci de logique que pour ne pas rompre avec un système, de renvoyer toute l'affaire.

Cette solution évitera, également, de prévoir la révision possible de l'arrêt au point de vue pénal. Le jugement au fond sera toujours un jugement cantonal qui sera exécuté comme tel.

Section II. Les délibérations de la Cour de Cassation.

Les membres de la Cour de Cassation délibèrent et votent en séance publique – art. 24 PPF –. Leurs délibéra-

tions ont lieu après l'échange des écritures. Elles peuvent être exceptionnellement précédées des exposés oraux des parties s'il a été décidé de les admettre.

Le Tribunal fédéral propose de supprimer la délibération publique particulièrement inopportune en matière pénale.

On ne peut que souscrire à sa suggestion. Sans vouloir aborder ici le problème de la délibération publique, on constate, qu'en matière pénale, elle n'est pas indiquée.

Section III. Prononcé, communication, force exécutoire et exécution de l'arrêt.

La PPF ne contient aucune disposition spéciale à cet égard. Les règles communes, telles que les projets les ont établies, s'appliquent sans difficulté.

L'arrêt sera prononcé à l'issue des délibérations de la Cour et communiqué, dans la règle, par écrit, aux parties qui en recevront toujours une expédition par les soins de la Chancellerie du Tribunal fédéral.

Il aura force obligatoire dès son prononcé qui mettra fin, au surplus, à la procédure de recours.

Quant à l'exécution de l'arrêt, elle aura lieu par les soins de la même Chancellerie qui procédera au recouvrement des frais et retournera les dossiers à l'instance cantonale. L'exécution de la partie civile de l'arrêt aura lieu selon les règles applicables en matière civile.

Section IV. La nouvelle décision cantonale et les considérants de l'arrêt.

I. L'autorité cantonale a l'obligation de prendre pour base de sa décision les considérants de droit de l'arrêt de cassation (art. 276 al. 2 PPF).

Elle est liée par les considérants dans la mesure où ils constituent le motif de l'annulation du jugement.

L'instance cantonale ne pourra ouvrir à nouveau la procédure probatoire, autoriser de nouvelles preuves ou l'introduction de „nova“ que pour autant qu'elle y sera

tenue ou autorisée par l'arrêt de la Cour de Cassation. Elle ne saurait recommencer toute la procédure et doit se borner à remédier aux insuffisances ou erreurs relevées par la Cour.

Lorsqu'un arrêt de non-lieu est annulé, il y a lieu de suivre, selon les règles ordinaires, à l'instruction de l'affaire.

II. Le jugement que rend l'instance cantonale en lieu et place de celui qui fut annulé est susceptible, à son tour, de pourvoi en nullité.

Chapitre IX. Les frais.

Section I. Attribution des frais et dépens.

I. Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe et ils sont déterminés conformément aux dispositions de l'art. 245.

Lorsque la Cour de Cassation déclare fondé le pourvoi de l'accusé ou mal fondé celui de l'accusateur public cantonal ou du procureur général de la Confédération, il n'est pas réclamé de frais. On entend par là les frais de Chancellerie et d'expédition d'arrêt.

Une indemnité peut être allouée à l'accusé, au lésé ou au plaignant, à l'accusateur privé (que les textes français et italien omettent) lorsque le pourvoi est déclaré fondé. Si le pourvoi concerne uniquement l'action civile, l'indemnité est mise à la charge de la partie qui succombe.

II. Le projet du Tribunal fédéral propose de respecter cette réglementation qui est celle de l'art. 278 PPF, tandis qu'il innove en matière civile ou de droit public.

Les prescriptions de l'art. 278 PPF sont assez précises pour n'avoir pas besoin d'être commentées.

Section II. L'avance des frais et les sûretés.

I. Les projets ont prévu que les recourants, en matière civile ou de droit public, seraient en principe tenus d'avancer

cer le montant approximatif des frais occasionnés par leur pourvoi, ce, au chiffre et dans le délai fixés par le président de la Cour, sous peine d'irrecevabilité du recours.

De même, des sûretés pourraient être exigées de la partie insolvable ou n'ayant pas son domicile en Suisse, pour assurer les dépens qu'elle devrait, cas échéant, payer à sa contre-partie.

Avance et sûretés seraient déposées en espèces à la Chancellerie du Trib. féd.

II. Nous estimons que toutes les dispositions qui seront admises, dans ce domaine, en matière civile, doivent valoir lorsque le pourvoi sera dirigé exclusivement contre la partie civile du jugement.

III. Il peut paraître inadmissible de faire dépendre la recevabilité d'un pourvoi, en matière pénale, d'une avance de frais. Nous ne le croyons pas, à la condition qu'une personne de situation modeste ne soit pas entravée dans la défense de ses droits.

L'obligation d'avancer les frais de justice peut être, pour des plaideurs téméraires, le commencement de la sagesse. Certains cantons la connaissent, lorsque l'infraction ne se poursuit que sur plainte ou que l'accusation est soutenue par un accusateur privé agissant à titre subsidiaire²⁵⁾. C'est là, selon nous, une possibilité de diminuer le nombre des recours au Trib. féd. et nous proposons que certains recourants soient astreints à avancer les frais de justice, sous peine de voir leur pourvoi déclaré irrecevable, exception faite si leur situation financière ne le leur permet pas ou lorsqu'il y a des circonstances justifiant une dispense.

Ces recourants seraient l'accusateur privé (le plaignant) et le condamné. Ce dernier, seulement lorsqu'il aurait été frappé d'une amende de moins de 200 fr. pour atteinte à l'honneur, adultère, voies de fait ou lésions corporelles légères.

²⁵⁾ Argovie, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Berne, Schaffhouse, Zurich.

C'est en ces matières que les pourvois abusifs sont les plus à craindre. Ce système tiendrait compte de tous les intérêts légitimes.

Section III. L'assistance judiciaire.

Il y aurait lieu de prévoir que l'assistance judiciaire peut être accordée aux parties pour les procédés devant la Cour de Cassation, dans les conditions où elles peuvent l'obtenir dans d'autres procédures devant le Trib. féd. Cela serait d'autant plus indiqué que les projets ont prévu qu'une partie manifestement incapable de défendre elle-même ses intérêts pourrait être astreinte à se choisir un défenseur.

L'art. 271 projet TF l'envisage au cas de recours contre la partie civile du jugement.

Titre V.

Le recours contre la partie civile du jugement.

Chapitre I. La législation en vigueur.

Section I. Considérations générales.

I. La procédure cantonale fixe les conditions auxquelles le lésé peut faire valoir ses prétentions, en se constituant partie civile, dans un procès pénal. La liberté des cantons dans ce domaine n'est limitée que par l'art. 248 PPF et par le droit matériel¹⁾.

La procédure fédérale règle le recours au Tribunal fédéral contre le jugement en tant qu'il a porté sur des contestations d'ordre civil.

¹⁾ Art. 248 PPF: „Si la procédure pénale du Canton permet au lésé d'intervenir dans le procès pénal pour y défendre des conclusions civiles, la même faculté lui appartient dans les causes du droit pénal fédéral.“ La procédure cantonale ne saurait, à notre avis, empêcher l'accusé d'opposer la compensation lorsque le CO lui donne la faculté.

Le législateur ne pouvait ignorer que le jugement forme un tout qu'on ne saurait toujours dissocier. En dépit de l'art. 53 CO, la solution qu'adopte le juge quant à la question pénale, exerce une influence souvent déterminante sur son prononcé civil. L'annulation de la sentence pénale doit avoir, bien des fois, la mise à néant de la partie civile comme conséquence logique.

Cette constatation explique les particularités du pourvoi dirigé contre la partie civile d'un jugement pénal. Elle rend plus sensibles les difficultés rencontrées lors de la création d'un système satisfaisant de recours.

II. L'art. 161 al. 2 OJ disait que: „Si le lésé s'est porté partie civile devant le juge pénal cantonal et s'il doit être statué sur ses conclusions d'après les lois fédérales, le recours peut être exercé pour l'action civile soit séparément, soit conjointement avec le recours touchant l'action pénale. Dans ce cas, l'action civile ne peut faire l'objet d'un recours en réforme auprès du Tribunal fédéral.“

Ce texte est clair et se passe de commentaire²⁾.

III. La loi fédérale du 15 juin 1934 tendit à l'amélioration du système. Elle supprima la possibilité donnée à la partie civile de diriger son pourvoi contre la partie pénale du jugement. Elle énuméra les personnes légitimées à exercer le recours au lieu d'abandonner à la jurisprudence le soin de les déterminer.

La réforme opérée, bien que récente, s'avère insuffisante aujourd'hui déjà. C'est dans ce domaine peut-être que la procédure fédérale a le besoin le plus urgent d'une revision³⁾.

Le législateur de 1934 n'a pas ignoré que l'entrée en vigueur du CP multiplierait les cas, jusqu'alors si rares, où les questions civiles seraient liquidées dans un procès du droit pénal fédéral, mais il ne semble pas avoir donné

²⁾ Huber, op. cit. p. 200—201; Stämpfli, note 1 ad 271; Ro 30 I 631; 33 I 197; 34 I 815; 42 I 401.

³⁾ Ziegler, rapport p. 112.

à l'organisation du recours toute l'importance qu'elle mérite^{4).}

Section II. Exposé et critique du système actuel.

I. Le recours au Tribunal fédéral est réglé, dans la mesure où il déroge aux dispositions admises pour le pourvoi en nullité en matière pénale, par les art. 271, 276 al. 3, 278 al. 3 PPF.

Lorsque le lésé a déposé des conclusions civiles devant la juridiction cantonale et que celle-ci doit juger d'après le droit fédéral, il appartient au lésé, à l'accusé et au tiers déclaré responsable avec l'accusé de se pourvoir en nullité en ce qui concerne l'action civile. Si l'une des parties s'est pourvue en nullité, elle n'est pas admise à recourir en réforme (art. 271).

La Cour de Cassation peut statuer au fond si un pourvoi ne se rapporte qu'à la prétention civile (art. 276 al. 3).

L'analyse de ces dispositions nous permet de résumer ainsi les conditions du recours tel qu'il est aujourd'hui organisé:

1. Le recours suppose l'existence d'un jugement rendu au fond sur l'ensemble des conclusions civiles⁵⁾, par une autorité de répression statuant dans une cause relevant du droit pénal fédéral. Une simple intervention sur laquelle le juge s'est refusé à entrer en matière ne légitime pas un recours.

2. Le jugement doit être rendu en dernière instance et n'être pas susceptible de recours cantonal pour violation du droit fédéral.

3. Le pourvoi ne peut être interjeté que pour violation du droit civil fédéral.

4. Sont légitimés au recours et exercent les droits inhérents à la qualité de parties, le lésé (partie civile), l'accusé et le tiers déclaré civilement responsable avec lui.

⁴⁾ Stämpfli, ZSchwR 50, p. 98a.

⁵⁾ RO 60 I 406 c. 4.

Le droit cantonal fixe les conditions qui permettent au juge pénal de constater la responsabilité d'un tiers qui ne fait pas figure d'accusé aux débats (art. 55 CO; 333 CCS, etc.).

5. Le pourvoi peut être formé indépendamment d'un recours contre la partie pénale du jugement ou cumulativement avec lui.

Le lésé n'est cependant autorisé à recourir sur le plan pénal que s'il y est admis en qualité d'accusateur privé ou de plaignant (art. 270).

6. La recevabilité du pourvoi ne dépend pas de la valeur litigieuse.

7. Les parties peuvent recourir en réforme lorsque les conditions d'un recours de cette nature sont réalisées, ou former un pourvoi en nullité. Une double voie de recours leur est donc ouverte et leur choix sera dicté par ce qu'elles croiront être leur intérêt.

En vertu du principe: *electa una via non datur regressus ad alteram*, le recourant qui s'est adressé à l'une des instances de recours ne peut plus en appeler à l'autre⁶⁾.

Un conflit de compétence, non résolu par la loi, peut naître s'il y a plusieurs recourants et s'ils suivent, l'un, la voie de la réforme et l'autre celle de la nullité. Que faire si l'on aboutit à deux arrêts contradictoires? On s'est efforcé, sans y parvenir, d'établir le critère d'une solution acceptable en proposant, tantôt qu'à défaut d'entente entre les deux instances, le prononcé de la Cour de Cassation fasse règle⁷⁾, tantôt que l'instance nantie en premier lieu statue seule⁸⁾. Ce dernier point de vue paraît plus exact.

Le plus simple nous semble, si l'on ne veut modifier la loi, de laisser au règlement du Tribunal fédéral le soin

⁶⁾ Weiss, Berufung, p. 351 ss.

⁷⁾ Huber, op. cit. p. 203 ss.

⁸⁾ Weiss, op. cit. p. 352.

de prévoir des normes assez souples pour s'adapter aux cas concrets si disparates.

8. La Cour de Cassation peut statuer elle-même au fond si le pourvoi ne se rapporte qu'à la prétention civile. Elle a la même faculté si elle a repoussé le recours simultanément dirigé contre le prononcé pénal ou si, l'ayant accueilli, elle a acquitté.

Hormis ces cas, elle ne peut juger elle-même les conclusions civiles.

II. Ce système ne prend même point la peine de dissimuler ses faiblesses. Nous en signalons l'une ou l'autre, afin de mieux souligner les raisons qui en imposent la modification.

C'est, tout d'abord, la possibilité illimitée de recourir au Tribunal fédéral, quant à des intérêts civils, indépendamment de la valeur litigieuse. S'il est naturel de tenir compte, dans la mesure nécessaire, de la connexité qu'il y a entre les parties pénale et civile d'un même jugement, il n'y a aucune raison valable pour admettre que le Tribunal fédéral soit abordé, en l'absence de tout recours en matière pénale, à propos d'intérêts civils minimes. simplement parce qu'ils ont été réglés par le juge de répression.

C'est ensuite l'existence d'une double voie ordinaire de recours au Tribunal fédéral, source de complications et cause d'insécurité. Une voie ordinaire de recours contre un jugement déterminé suffit amplement. Elle est dans l'ordre logique des choses.

C'est enfin, l'impossibilité pour la Cour de Cassation de statuer sur les conclusions civiles lorsqu'elle annule le jugement au point de vue pénal. Si le renvoi de l'affaire, *in toto*, peut se justifier parfois, il est de nombreuses exceptions dont il faut tenir compte pour épargner aux parties des longueurs et des frais inutiles.

Chapitre II. Les bases de la législation future.

I. Légitimement préoccupés de remédier à des inconvénients dont les conséquences se feront sentir toujours davantage, Monsieur Ziegler et le Tribunal fédéral ont proposé d'apporter de sérieuses modifications à la loi de 1934. Comme eux, nous en reconnaissions l'impérieuse nécessité et nous fonderons notre discussion sur le projet du Tribunal fédéral, qui, en rompant plus nettement avec le passé et notamment en supprimant résolument la double voie de recours, a complété, sur certains points, celui de M. Ziegler^{9).}

Voici la traduction libre du texte du Tribunal fédéral:

Art 271 : Le léssé, l'accusé et le tiers déclaré civilement responsable avec lui peuvent se pourvoir en nullité lorsqu'il aura été statué sur une prétention civile au cours d'un procès pénal. Le recours en réforme est exclu.

Le pourvoi en nullité est recevable, pour autant que la Cour de Cassation ait été nantie également de la partie pénale du jugement, lorsque la valeur du litige n'atteint pas 4000 fr. ou qu'il ne s'agit point d'une cause permettant de recourir en réforme quelle que soit la valeur litigieuse.

Le pourvoi en nullité est, sans autre recevable si le droit cantonal a été appliqué en lieu et place du droit fédéral.

Les dispositions de l'OJ en matière d'assistance judiciaire sont applicables.

Art. 272 al. 3: Lorsque le pourvoi en matière civile n'est recevable qu'en cas de recours simultané contre la partie pénale du jugement (art. 271 al. 2), le délai de recours courra, pour celui qui se pourvoit quant à ses intérêts civils seulement, par 10 jours à compter de celui où il aura été informé du recours de sa contre-partie au point de vue pénal.

⁹⁾ Art. 271, 272 al. 3, 277 c, 278 al. 3 projet TF.

Art. 277c: La Cour de Cassation statue elle-même sur les conclusions civiles, à moins qu'elle ne renvoie la cause à l'autorité cantonale pour juger à nouveau.

Dans le cas prévu à l'art. 271 al. 2, la Cour de Cassation n'entre en matière sur les conclusions civiles qu'à la condition d'avoir accueilli le pourvoi au point de vue pénal et pour autant qu'un jugement pénal modifié soit de nature à exercer une influence sur le sort de l'action civile; elle renvoie alors les conclusions civiles à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau.

II. Les propositions du Tribunal fédéral, si elles sont acceptées, au moins dans leur principe, assureront un système de recours nettement amélioré, tenant compte de son caractère particulier et supprimant les inconvénients actuels, notamment la double voie de recours et la possibilité illimitée de recourir quelle que soit la valeur du litige. Comme jusqu'ici, il ne pourrait être recouru que contre un jugement au fond, rendu en application du droit civil fédéral et non susceptible de recours à une instance cantonale pour violation de ce droit. La légitimation au recours ne serait point modifiée.

A la différence de ce qu'il en est maintenant, le recours serait possible alors même que l'instance cantonale n'aurait tranché qu'une partie des conclusions civiles¹⁰⁾. Le recours serait irrecevable si l'instance cantonale devait refuser de se nantir de la conclusion civile ou encore, au cas d'acquittement, p. ex., de statuer sur elle.

Le jugement devra être rendu en même temps qu'une sentence susceptible de pourvoi en nullité au Tribunal fédéral. Certains cantons admettent la possibilité de se constituer partie civile devant la première instance, mais ils organisent des voies de recours différentes suivant qu'il s'agit des conclusions civiles ou de l'action pénale. Dans ces cas, il n'y a pas de pourvoi en nullité au Tribunal fédéral sur la question civile et le lésé doit, cas échéant, recourir en réforme.

¹⁰⁾ Rapport TF p. 36, RO 60 I 406 c. 4.

La seule voie de recours ouverte serait celle du pourvoi en nullité à la Cour de Cassation, à l'exclusion des recours en réforme. Il y aurait une distinction fondamentale à faire suivant que la cause aurait une valeur litigieuse de 4000 fr. ou un objet permettant le recours en réforme indépendamment de la valeur du litige ou qu'il s'agirait d'une cause qui n'aurait pas été susceptible de recours en réforme au Tribunal fédéral.

Dans les causes ayant les caractères de celles qui donnent ouverture au recours en réforme, le pourvoi serait toujours recevable qu'il y ait ou non recours au point de vue pénal. Les parties exerceraient, devant la Cour de Cassation, les droits qu'elles auraient pu faire valoir par la voie de la réforme si leurs conclusions civiles n'avaient pas été jugées au cours d'un procès pénal.

La Cour de Cassation statuerait alors, dans la règle, sur le fond, mais pourrait aussi renvoyer à l'instance cantonale, soit parce qu'elle aurait annulé le jugement pénal, soit parce que les conditions des art. 277 PPF ou 82 OJ seraient réalisées.

Dans les autres causes, le pourvoi en nullité serait également recevable pour autant qu'un recours soit interjeté par l'une des parties, contre le jugement au point de vue pénal. Dès ce moment, tous les intéressés pourraient faire valoir leurs griefs contre le dispositif civil et cela quelle que soit la valeur du litige. La Cour n'entrerait en matière, toutefois, sur le recours d'ordre civil que lorsqu'elle aurait cassé le jugement sur le plan pénal. On éviterait ainsi d'étendre, sans nécessité, les compétences du Tribunal fédéral en matière civile à des conflits dont il ne pourrait connaître comme Cour de réforme. Etant entrée en matière, la Cour de Cassation n'annulerait les dispositif civil du jugement que dans la mesure où il pourrait être influencé par un nouveau jugement pénal. Cette solution est plus heureuse que celle de l'art. 212 PPF selon laquelle, dans les causes relevant de la juridiction fédérale,

toute annulation de la sentence pénale a pour conséquence l'annulation de la sentence civile.

Exemple: X. reconnu coupable de vol est condamné à rembourser à Y. le montant dérobé. La Cour casse et renvoie la cause à l'instance cantonale pour qu'elle punisse X. pour abus de confiance. Il n'y a aucune raison d'annuler la partie du jugement portant condamnation à restitution.

Le système préconisé par le Tribunal fédéral est assez simple, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister.

III. Nous proposons d'apporter cinq précisions:

1. Le jugement cantonal ne doit pas avoir caractère exécutoire quant à sa partie civile tant qu'il peut faire l'objet d'un recours de l'art. 271 al. 1, le pourvoi ayant, au surplus, et dans cette mesure, des effets suspensifs. La situation est la même que s'il y avait possibilité de recourir en réforme et les parties ne doivent pas être traitées différemment.

2. Le décès de l'accusé met fin à l'action pénale, mais laisse subsister l'action civile dans laquelle ses ayants-droit lui succèdent.

Si le décès se produit pendant le délai de recours au Tribunal fédéral ou encore pendant la procédure de recours, les héritiers de l'accusé peuvent recourir ou suivre à la procédure de recours.

Dans le cas de l'art. 271 al. 2 projet Trib. féd., ils n'ont cette faculté que si le recours contre la partie pénale du jugement demeure possible ou ne devient pas sans objet.

Les héritiers de la partie civile exercent ses droits dans la procédure de recours (art. 602 CCS).

Il serait indiqué, nous semble-t-il, de l'exprimer.

3. Lorsque le condamné est seul à recourir au point de vue pénal et qu'il acquiesce à la partie civile du jugement¹¹⁾, il n'y a aucune raison de permettre à la partie civile de recourir si la cause n'est pas susceptible de recours en réforme.

¹¹⁾ Art. 275; Stämpfli, note 2 ad 275.

Ex.: L'automobiliste X. a blessé Y. qui s'est constitué partie civile et a réclamé une indemnité de 1000 fr. Il est condamné à une amende et au payement d'une indemnité de 500 fr. Il recourt contre sa condamnation pénale en contestant toute faute de sa part, mais reconnaît devoir l'indemnité civile en raison de sa responsabilité causale. Pourquoi Y. pourrait-il recourir ?

4. Au cas de pourvoi en nullité d'une des parties dans une cause susceptible, quant à sa nature ou à sa valeur litigieuse, d'un recours en réforme, le droit de la contre-partie de recourir par voie de jonction doit être réservé.

5. Lorsque la Cour de Cassation aura prononcé elle-même sur les conclusions civiles, la possibilité de requérir la revision de son arrêt doit être accordée aux parties, comme il en est en cas de recours en réforme. Une instance cantonale ne saurait reviser un arrêt du Trib. féd. et il est indiqué de prévoir une instance de revision.

Titre VI.

La demande en révision et le recours en matière de compétence.

I. En général.

Le pourvoi en nullité nous est apparu un moyen de recours suffisant contre le jugement, pour autant qu'il soit partiellement revisé. Nous savons également que le domaine de la procédure étant du ressort cantonal, il ne saurait être question de recourir au Tribunal fédéral contre des actes d'instruction préparatoire ou de confier à cette autorité le soin de statuer sur la mise en accusation. Elle ne connaît des griefs faits aux actes de l'instruction principale qu'en cas d'arbitraire.

Nous estimons que la question d'un autre mode de recours au Tribunal fédéral peut se poser dans deux cas.

II. La demande en revision.

La revision des arrêts rendus par la Cour de Cassation ne peut pas être demandée, en l'état de la législation (art. 12 n° 2 et 229 PPF; anc. art. 145 OJ).

Cependant, la Cour peut prononcer des acquittements (art. 276 al. 3 PPF) et il est admis par la législation fédérale elle-même (art. 229 n° 1 PPF) que la revision peut être demandée aussi bien pour l'accusé que contre lui. A supposer qu'on en revienne au système de la cassation pure et que la Cour se borne toujours à renvoyer à l'instance cantonale, elle n'en rendra pas moins des arrêts concernant les intérêts civils des parties.

Il est indispensable de prévoir que la revision des arrêts de la Cour de Cassation pourra être demandée lorsqu'elle aura prononcé sur le fond, au point de vue pénal ou civil et qu'elle ne se sera pas bornée à rejeter le pourvoi ou à casser la décision objet du recours.

III. Le recours en matière de compétence.

Nous voudrions également prévoir, pour l'accusé tout au moins, et en matière de crimes ou de délits, un recours à la Chambre d'Accusation du Tribunal fédéral en cas de contestation sur la compétence des autorités d'un canton du point de vue intercantonal.

L'art. 351 CP charge le Tribunal fédéral de désigner le canton qui a le droit et le devoir de poursuivre et de juger, s'il y a contestation sur l'attribution de la compétence entre les autorités de plusieurs cantons, et l'art. 264 PPF remet à la Chambre d'accusation le soin de prononcer.

Pour des raisons essentiellement pratiques, inspirées du souci d'accélérer la procédure et d'éviter des frais inutiles, il serait bon de permettre, tout au moins à l'accusé, et en cas de crimes ou de délits, de soumettre, par voie de recours, la question du for à l'appréciation de la Chambre d'Accusation.

Le recours ne pourrait être interjeté qu'en cas de contestation de la compétence au point de vue intercantonal et non intracantonal.

Il serait adressé directement à la Chambre d'Accusation, devrait être sommairement motivé et n'aurait d'effets suspensifs que si la Chambre ou son président en décidait ainsi. Il serait recevable pour autant qu'il parviendrait à la Chambre au moins trois jours avant l'ouverture des débats en vue du jugement devant l'instance cantonale.

Lorsque la Chambre aurait prononcé, la question de compétence ne pourrait être soulevée à nouveau et elle serait liquidée définitivement.

Le recours à la Chambre serait facultatif, l'accusé demeurant libre de soulever le déclinatoire devant l'instance de jugement sauf à discuter la compétence, par la suite, devant la Cour de Cassation.

THESES.

Nous avons examiné les divers aspects du pourvoi en nullité au Tribunal fédéral en nous efforçant de souligner les modifications qu'il y aurait lieu d'apporter à la loi en vue de l'entrée en vigueur du Code pénal suisse.

Au cours de notre étude, nous avons été amenés à formuler nombre d'observations ou de suggestions dont certaines touchent à des points de détail. Il n'est pas nécessaire de les rappeler ici. Voulant nous borner à l'essentiel, nous avons l'honneur de soumettre à la discussion de la Société suisse des juristes les thèses suivantes:

I.

Le pourvoi en nullité, fondé sur la violation du droit fédéral, doit être maintenu comme moyen de recours au Tribunal fédéral contre les décisions des instances cantonales rendues en application du droit pénal fédéral. Il faut accentuer son caractère en supprimant la disposition

permettant à la Cour de Cassation de prononcer elle-même un acquittement.

II.

Il n'est ni possible ni opportun de supprimer la faculté d'invoquer la violation de l'art. 4 de la Const. féd., soit l'arbitraire, comme motif de recours dans le domaine du droit pénal, pas plus que dans aucun domaine du droit.

III.

La Cour de Cassation, nantie d'un pourvoi en nullité, doit examiner également la violation des droits constitutionnels. Il n'y a pas lieu de laisser subsister la double voie de recours: celle du pourvoi en nullité et celle du recours de droit public, suivant les dispositions du droit fédéral dont la violation est invoquée (thèse non admise par notre co-rapporteur).

IV.

Il doit être fait abstraction, comme motif à l'appui du recours, de la contradiction prétendue entre les constatations de fait de l'instance cantonale d'une part, et les pièces du dossier, d'autre part.

V.

Le jugement cantonal rendu en application du droit pénal fédéral doit être motivé de manière à permettre à la Cour de Cassation d'examiner comment le droit fédéral a été appliqué. Ce principe vaut également au cas de verdict d'un jury, les cantons ayant l'obligation de veiller à ce que ce verdict, dans la mesure où il n'est pas motivé, porte exclusivement sur des questions de fait.

VI.

Le plaignant n'est pas légitimé à se pourvoir en nullité, contre la partie pénale du jugement.

L'accusateur privé n'est pas légitimé non plus lorsqu'il a pris part aux débats devant l'instance cantonale aux côtés du Ministère public.

VII.

Le représentant légal du mineur ou de l'interdit accusé peut recourir, sans préjudice au droit du mineur âgé de plus des 18 ans et de l'interdit capables de discernement de recourir eux-mêmes.

VIII.

Les héritiers et les proches de l'accusé peuvent, en son lieu et place, recourir ou suivre à une procédure de recours engagée. La reconnaissance de ce droit est, à certains égards, un correctif apporté au principe selon lequel la décision cantonale est exécutoire nonobstant la possibilité d'un pourvoi au Tribunal fédéral.

IX.

La faculté de recourir ne saurait être subordonnée à l'importance ou à la nature de la peine prononcée ou encore requise.

X.

Le pourvoi en nullité doit être exclu dans les causes ressortant de la procédure contre les enfants et les adolescents.

Une seule exception doit être prévue, dans le cas où un adolescent serait condamné à une peine d'emprisonnement ou d'amende.

XI.

La procédure de recours devrait être simplifiée, de manière générale, dans le sens du projet du Tribunal fédéral. En particulier:

- a) Le délai de vingt jours pour le dépôt du mémoire à l'appui du recours ne devrait partir que du jour où

- une expédition écrite de la décision attaquée aura été remise au recourant;
- b) la Cour de Cassation doit pouvoir refuser, par décision préliminaire, d'entrer en matière sur le pourvoi lorsqu'il est irrecevable, quel que soit le motif de l'irrecevabilité;
 - c) la faculté doit lui être accordée, au moins en matière pénale, de rejeter, sans instruction préalable, un pourvoi manifestement dépourvu de fondement;
 - d) elle doit pouvoir annuler et renvoyer, sans autre, à l'instance cantonale lorsque le jugement a été rédigé de manière à ce qu'elle ne puisse se rendre compte de la façon dont le droit fédéral a été appliqué.

XII.

La Cour de Cassation doit délibérer, à l'avenir, à huis clos.

XIII.

Le pourvoi en nullité doit être la seule voie de recours ouverte contre la partie civile du jugement pénal.

XIV.

Si les conclusions civiles liquidées par le juge pénal, au cours du procès par voie d'adhésion, ne sont pas, par elles-mêmes, susceptibles de recours en réforme, la Cour de Cassation n'entrera en matière sur le pourvoi dirigé contre la partie civile du jugement qu'à la condition d'avoir été également saisie d'un pourvoi portant contre le dispositif pénal et au surplus, à la double condition :

- a) qu'elle ait annulé la partie pénale du jugement;
- b) qu'un nouveau jugement soit de nature à exercer une influence sur le dispositif civil.

Il n'y a, dans ce cas, pas de pourvoi en nullité si le condamné a acquiescé à la partie civile du jugement.

XV.

Lorsque les conclusions civiles sont, en soi, de celles qui seraient susceptibles de recours en réforme, l'arrêt cantonal ne doit être exécutoire, en ce qui les concerne, qu'à l'expiration du délai de recours au Tribunal fédéral, le recours ayant des effets suspensifs.

De plus, le droit de recourir par voie de jonction doit alors être assuré à la partie intimée au recours.

XVI.

Les héritiers du demandeur ou du défendeur aux conclusions civiles exercent, dans la procédure de recours, les droits du défunt (art. 602 CCS.).

XVII.

L'accusateur privé (évent. le plaignant) doit être tenu d'avancer les frais du recours, dans un délai fixé par le président de la Cour de Cassation, sous peine qu'il ne soit pas entré en matière sur son pourvoi.

La même obligation devrait être imposée à l'accusé condamné à une amende de moins de 200 fr. en matière d'atteinte à l'honneur, d'adultère, de voies de fait ou de lésions corporelles légères.

Sont réservés les cas où la situation financière du recourant ou encore les circonstances de la cause justiferaient qu'il soit fait abstraction de cette obligation.

XVIII.

Lorsque le recours est dirigé exclusivement contre la partie civile d'un jugement, les frais et dépens, de même que l'obligation de les avancer ou celle de constituer des sûretés, doivent être réglés comme en matière de recours en réforme.

XIX.

Il y a lieu de prévoir que la revision des arrêts de la Cour de Cassation pourra être demandée, dans les cas

prévus par la loi, lorsque la Cour aura statué elle-même sur le fond de la cause, par exemple en matière civile.

XX.

L'accusé qui en matière de crime ou de délit conteste, du point de vue intercantonal, la compétence de la juridiction d'un canton, doit pouvoir nantir de ses griefs la Chambre d'Accusation du Tribunal fédéral.

Son recours doit parvenir à la Chambre d'Accusation au plus tard trois jours avant celui fixé pour les débats devant l'instance cantonale.

La décision de la Chambre est définitive.

L'accusé qui n'a pas recouru à la Chambre d'Accusation conserve le droit de se prévaloir de l'incompétence de l'instance cantonale à l'appui d'un pourvoi en nullité.

Le recours n'a d'effet suspensif que si la Chambre ou son président l'ordonne.
