Urteilskopf

98 IV 106

20. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 2 juin 1972 dans la cause Spicher contre Procureur général du canton de Genève.
Regeste (de):
Art. 291 und 292 StGB; Prüfung durch den Strafrichter der Rechtmässigkeit der amtlichen Verfügung.

Der Strafrichter kann eine Verfügung nicht überprüfen, deren Rechtmässigkeit durch ein Verwaltungsgericht festgestellt worden ist; wenn hingegen dieses Gericht nicht angerufen wurde oder noch nicht geurteilt hat, ist er an die Verfügung nicht gebunden bei offensichtlicher Rechtsverletzung oder Ermessensmissbrauch; er hat freie Prüfungsbefugnis, wenn keine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht möglich ist (Erw. 3).

Art. 52 StGB, BG vom 18. März 1971, III Ziff. 3 Abs. 3: Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit, Verweisungsverfügung.

Der gemäss Art. 52 StGB in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellte Verurteilte hat diese am 1. Juli 1971 wieder erlangt; deshalb ermangelt seit diesem Tag eine Verfügung über den Entzug des Niederlassungsrechts im Sinne von Art. 45 Abs. 2 BV der gesetzlichen Grundlage (Erw. 4 und 5).

Regeste (fr):
Art. 291 et 292 CP: contrôle par le juge pénal de la légalité de la décision de l'autorité.

Le juge pénal ne peut revoir la décision dont la légalité a été constatée par un tribunal administratif; en revanche, si cette autorité n'a pas été saisie ou n'a pas encore statué, il n'est pas lié, en cas de violation manifeste de la loi ou d'abus du pouvoir d'appréciation; enfin, il exerce un libre contrôle lorsqu'aucun recours n'est possible à une juridiction administrative (consid. 3).

Art. 52 CP, LF du 18 mars 1971, III ch. 3 al. 3: Privation des droits civiques, décision d'expulsion.

Le condamné privé de ses droits civiques en vertu de l'art. 52 CP les a recouvrés le 1er juillet 1971, partant, dès ce jour, une décision de retrait du droit d'établissement au sens de l'art. 45 al. 2 Cst manque de base légale (consid. 4 et 5).

Regesto (it):
Art. 291 e 292 CP. Controllo da parte del giudice penale della legalità della decisione dell'autorità.

Il giudice penale non può esaminare la decisione, la cui legalità è stata accertata da un tribunale amministrativo; invece, se questa autorità non e stata adita o non ha ancora statuito, esso non è vincolato a detta decisione nel caso di manifesta violazione della legge o di abuso del potere di apprezzamento; infine esso esercita un libero controllo nei casi in cui è escluso il ricorso ad una giurisdizione amministrativa (consid. 3).

Art. 52 CP, LF 18 marzo 1971, III num. 3 cpv. 3: privazione dei diritti civici, decisione d'espulsione.

Un condannato privato dei suoi diritti civici a'sensi dell'art. 52 CP li ha riavuti il 10 luglio 1971: da questo giorno una decisione di revoca del domicilio a'sensi dell'art. 45 cpv. 2 CF difetta pertanto di base legale (consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 107

BGE 98 IV 106 S. 107

A.- Déjà condamné plusieurs fois à des peines privatives de liberté, notamment pour détournement d'objets mis sous main de justice et violation d'une obligation d'entretien, Spicher, originaire du canton de Fribourg, s'est vu infliger, le 31 août 1967, par le Tribunal correctionnel du district de Lausanne 18 mois de réclusion et 5 ans de privation des droits civiques pour vols en qualité d'affilié à une bande et par métier, dommage à la propriété, recel et violation d'une obligation d'entretien. Par arrêté du 12 mai 1970, notifié le 29 du même mois, le Département cantonal de justice et police du canton de Genève a ordonné son expulsion du territoire genevois, en vertu de l'art. 45 al. 2 Cst. Le Conseil d'Etat a rejeté, le 6 octobre 1970, un recours formé contre ce prononcé. Peu après Spicher a

BGE 98 IV 106 S. 108

quitté le canton de Genève. Il y est revenu quelques jours plus tard; depuis lors, il a vécu et travaillé à Genève.

B.- Le 15 décembre 1971, le Tribunal de police l'a frappé de dix jours d'emprisonnement pour rupture de ban. Sur appel du condamné, la Cour de justice a, le 20 mars 1972, réduit la peine d'emprisonnement à trois jours.

C.- Contre cet arrêt, Spicher se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Il se plaint de la violation de l'art. 2 al. 2 CP: l'abrogation, dès le 1er juillet 1971, de l'art. 52 CP, disposition qui est à la base, avec l'art. 45 al. 2 Cst., de l'arrêté d'expulsion rendu contre lui, exclut, du moins à partir de cette date, le délit de rupture de ban.

D.- Le Procureur général conclut au rejet du pourvoi.

Erwägungen

Considérant en droit:
1 et 2. - (Détermination de l'objet du recours).

3. L'abrogation de l'art. 52 CP affecte-t-elle les décisions d'expulsion motivées par la privation des droits civiques? La Cour genevoise répond en l'espèce négativement, parce que l'arrêté d'expulsion concernant le recourant n'a pas été révoqué. Une question préalable se pose: appartient-il au juge pénal appelé à appliquer les art. 291 ou 292 CP d'examiner la légalité de la décision à laquelle le prévenu ne s'est pas conformé? a) Préconisé par BLUNTSCHLI en 1885 déjà (Allgemeines Staatsrecht, 6e éd., p. 366, n. 5 i.f.), un tel contrôle prédominait dans les cantons avant l'entrée en vigueur du Code pénal suisse (IMBODEN, RPS 75 p. 146). Dans son message du 27 mars 1925 relatif au projet d'arrêté énumérant diverses attributions de la Cour administrative, le Conseil fédéral expose que, dans les cas où une injonction est adressée au citoyen par l'administration en vertu d'une loi de police de la Confédération et où la contravention est passible non d'une amende disciplinaire, mais d'une peine, il n'y a pas lieu de prévoir un recours à la Cour administrative, car il appartient au tribunal répressif de vérifier la légalité de la décision administrative (FF 1925 II 332/333; dans le même sens RUCK,

Schweiz. Verwaltungsrecht I p. 235). La Cour de céans s'est néanmoins montrée très réservée. D'après la jurisprudence, le juge pénal qui va appliquer les art. 291 ou 292 CP se borne à s'assurer que la décision satisfait aux exigences de forme, émane d'une autorité compétente et est entrée en force; en revanche, il n'a pas à en contrôler la

BGE 98 IV 106 S. 109

légalité (RO 71 IV 220, 73 IV 256). Ce dernier arrêt invoque ZÜRCHER, qui, dans l'Exposé des motifs d'avril 1908, se contente d'affirmer que le juge ne se prononce ni sur la légalité ni sur l'opportunité de la mesure prise (p. 366). Les arrêts postérieurs (RO 78 IV 118 et 90 IV 81) mentionnent simplement les précédents. THORMANN/OVERBECK (n. 4 ad art. 292), LOGOZ (n. 2 i.f. ad art. 292), SCHWANDER (no 750) reprennent cette opinion, qui, en définitive, n'a pas été motivée. Dans l'arrêt Rosset et consorts du 13 décembre 1961, la Cour de céans a cependant laissé entendre qu'elle pourrait être modifiée.
Plusieurs auteurs l'ont critiquée, pour des motifs en partie différents (HAFTER, partie spéciale, p. 726; ROOS, ZbJV 79 p. 496-498, 86 p. 441; LOEPFE, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, p. 68 ss.; ROTH, RSJ 48 p. 33 ss.; NOLL, RPS 72 p. 366/367; IMBODEN, RPS 75 p. 139 ss., en particulier 148-151). b) En vérité, elle ne soutient pas l'examen. Certes, les art. 291 et 292 CP exigent que la décision à laquelle le prévenu n'a pas obtempéré ait été prise par une autorité compétente. Mais on déduirait à tort de cette précision qu'elle interdit au juge de contrôler d'autres points. Comme l'écrit IMBODEN, "Dass die Bestrafung auf Grund einer unzuständigerweise erlassenen Verfügung ausgeschlossen wird, kann nicht besagen, dass alle anderen Mängel eine Bestrafung zulassen" (RPS 75 p. 149). La jurisprudence admet, maintenant déjà, que le contrôle peut porter sur le caractère obligatoire de la décision (RO 71 IV 219) et sur le respect des formalités (RO 90 IV 81). L'idée qu'un inculpé puisse être puni pour avoir désobéi à un ordre illégal est presque insupportable (ROOS, ZbJV 79 p. 496). Or, ce résultat n'est pas inévitable. Tenu d'appliquer la loi, le juge pénal ne saurait être lié par des décisions administratives qui la violent. En accordant la protection du droit pénal à des décisions illégales, c'est la loi elle-même qu'il transgresserait indirectement; il manquerait ainsi à son devoir d'en assurer le respect (ROTH, RSJ 48 p. 34). Le Tribunal fédéral a toujours tenu le juge pour habile à vérifier si une ordonnance du Conseil fédéral et de ses départements est conforme à la loi (RO 94 I 88 consid. 1, 396 consid. 3; 95 I 405 consid. 4 et les références). Il n'en va pas autrement dans les causes pénales (RO 84 IV 75 consid. II, 1; 85 IV 71; 87 IV 33 ss.; 92 IV 109/110; 96 IV 33 consid. 3). On ne voit pas pourquoi le pouvoir du juge serait moins étendu à l'égard d'une décision

BGE 98 IV 106 S. 110

d'un rang inférieur. Il serait paradoxal que le défaut de légalité d'une ordonnance gouvernementale ou départementale entraîne la libération du prévenu accusé de l'avoir enfreinte, alors qu'un vice identique entachant la décision d'espèce d'un service subordonné ou l'ordre d'un fonctionnaire de police demeurerait inopérant (NOLL, RPS 72 p. 366/367). Le contrôle de la légalité des décisions administratives est le seul moyen d'empêcher que les tribunaux répressifs ne se trouvent dans la situation - incompatible avec l'essence d'un Etat de droit - de devoir condamner contrairement à leur conviction (ROOS, ZbJV 86 p. 441). Il est d'autant moins critiquable que, ne portant pas sur les questions d'opportunité (la doctrine est unanime à cet égard), il ne limite en rien la latitude de l'administration d'agir selon son appréciation; il vise uniquement les actes illégaux, c'est-à-dire ceux que, par définition, elle n'a pas le droit d'accomplir. Il est d'ailleurs exclu, dans certains cas, par une disposition expresse (art. 60ter al. 3 et 105 LAMA, 101 al. 3 LD, 305 al. 2 PPF); ces règles spéciales engagent, elles aussi, à le tenir pour légitime dans les autres domaines. c) Par contre, il cesse de se justifier, malgré

l'opinion de KIRCHHOFER (Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, p. 72), quand un tribunal administratif s'est assuré de la légalité de la décision (ROOS, ZbJV 86 p. 443). En effet, si l'autorité normalement compétente pour résoudre la question à titre principal s'est déjà prononcée, le juge pénal n'a plus de motifs de s'en occuper. d) Qu'en est-il lorsque le prévenu qui en avait la possibilité n'a pas déféré à une juridiction administrative l'injonction ou l'interdiction à laquelle il ne s'est pas soumis? L'absence d'une décision de cette juridiction serait une raison d'admettre le contrôle du juge pénal. On pourrait assurément défendre la solution inverse, en relevant qu'il incombait à l'intéressé de saisir une telle autorité de la question. Mais si l'on considère que, souvent, il ne mesure pas immédiatement toute la portée de la décision qui le concerne et qu'il ne serait pas satisfaisant de lier le juge pénal à un prononcé administratif qui lui paraît nettement illégal, il convient de permettre, dans ce cas également, le contrôle judiciaire, par voie incidente, de la décision administrative, en le limitant toutefois à la violation manifeste de la loi et à l'abus du pouvoir d'appréciation (cf. art. 104 litt. a OJ). Une solution identique s'impose lorsque le prévenu

avait formé un recours de droit administratif contre l'injonction à laquelle il a désobéi, mais que le sort n'en est pas encore connu au moment où le juge pénal statue. e) Quand la décision à laquelle le prévenu ne s'est pas conformé émane d'une autorité judiciaire (par exemple en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, de mesures provisoires durant une procédure de divorce ou de protection de la propriété et de la possession) la légitimité et la nécessité du contrôle de sa légalité, à titre préjudiciel, par le tribunal répressif sont moins évidentes. La cour de céans réserve son opinion à ce sujet. f) En résumé, le juge pénal ne saurait revoir la décision (au sens des art. 291 et 292 CP) dont la légalité a été constatée par un tribunal administratif. Si une telle autorité n'a pas été saisie de la question ou qu'elle ne l'ait pas encore résolue au moment où il statue, il n'est pas lié en cas de violation manifeste de la loi ou d'abus du pouvoir d'appréciation. Si la question de la légalité ne pouvait pas être déférée à une juridiction administrative, il exerce librement son contrôle. g) Les développements précédents ont trait au juge pénal en général. Le pouvoir d'examen de la Cour de cassation reste circonscrit par l'art. 269 al. 1 PPF. En d'autres termes, chaque fois que la décision administrative dont le juge pénal est appelé à sanctionner l'inobservation est fondée sur le droit cantonal, la question de sa légalité échappe à la censure de la cour de céans. Mais en l'occurrence, la décision à laquelle le recourant a désobéi repose sur le droit fédéral.

4. Le législateur ne s'est pas contenté, le 18 mars 1971, d'abroger l'art. 52 CP. Il a édicté une disposition transitoire (III ch. 3 al. 3), qui énonce: "Les privations des droits civiques prononcées dans des jugements antérieurs cessent leurs effets avec l'entrée en vigueur de la présente loi en tant qu'elles ne concernent pas l'éligibilité à la charge de membre d'une autorité ou à une fonction." Il s'ensuit d'abord que tous les condamnés qui avaient été privés de leurs droits civiques en vertu de l'art. 52 CP (mais non de l'art. 39 CPM, qui est encore en vigueur) les ont recouvrés le 1er juillet 1971; puis qu'une autorité administrative n'a plus le droit de retirer l'établissement selon l'art. 45 al. 2 Cst. en raison d'une privation des droits civiques prononcée avant cette date; enfin que les décisions d'expulsion prises avant le 1er juillet

1971 en vertu de l'art. 45 al. 2 Cst. sont devenues caduques. Les travaux préparatoires n'éclairent pas sur la portée de la disposition transitoire précitée. Le rapporteur au Conseil des Etats a simplement déclaré qu'elle répondait à la logique (Bull. st. 1970, p. 135). Or les conséquences dégagées plus haut sont toutes trois commandées par la logique. Certes, d'un point de vue formaliste, on pourrait exiger que le condamné qui se propose

de pénétrer sur le territoire du canton qui lui a retiré l'établissement en vertu de l'art. 45 al. 2 Cst. invite au préalable l'autorité compétente, en invoquant le ch. III, 3 al. 3 de la loi du 18 mars 1971, à rapporter la décision d'expulsion. Il n'en reste pas moins que, depuis le 1er juillet 1971, ce condamné jouit à nouveau de ses droits civiques, de sorte que, dès ce jour, cette décision manque de base (cf. RO 74 I 25 no 8). Le juge pénal n'est pas tenu d'attendre que l'autorité qui l'a prise constate sa caducité. Il doit en tirer lui-même les conséquences, en refusant la protection de l'art. 291 CP.

5. Il n'y a donc plus eu rupture de ban à partir du 1er juillet 1971. En tant qu'elle considère la prévention comme établie pour la période postérieure au 30 juin 1971 - ce qui revenait à déclarer Spicher coupable de rupture de ban du 1er juillet au 13 septembre 1971 - la Cour genevoise a violé le droit fédéral. Bien que cette violation n'ait apparemment pas influé sur la décision, elle en impose l'annulation (RO 96 IV 66 ss.). La cause doit être renvoyée à la juridiction cantonale pour qu'elle libère le recourant de la prévention de rupture de ban après le 30 juin 1971 et fixe à nouveau la peine.

Dispositiv

Par ces motifs, la Cour de cassation pénale:
Admet le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision.