



Schenkung

Noll

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT
REVUE PÉNALE SUISSE
94. JAHRGANG · 94^E ANNÉE

LEBENDIGES STRAFRECHT

FESTGABE
ZUM 65. GEBURTSTAG VON
HANS SCHULTZ

O. PROFESSOR
AN DER UNIVERSITÄT BERN

HERAUSGEGEBEN
VON DEN PROFESSOREN
HANS WALDER
UND
STEFAN TRECHSEL

BERN



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN 1977

84
10/29
2. EX

Bxa
4/1
2. EX

WZ
10
94

ZITIERWEISE «FESTGABE SCHULTZ»

©

VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN • 1977

ELEKTRONISCH GESTEUERTER FILMSATZ,
OFFSETDRUCK UND BUCHBINDERARBEIT STÄMPFLI & CIE AG BERN
PRINTED IN SWITZERLAND

ISBN 3-7272-9223-7

INHALTSVERZEICHNIS TABLE DES MATIÈRES

	Seite Page
Vorwort	7
PETER STEIN, Maler: Graphik für Hans Schultz	vor 13
Dr. iur. KURT FUGLER, Bundespräsident, Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes: Zur Tätigkeit von Professor Hans Schultz für die Behörden der Eidgenossenschaft	13
Dr. iur. ERNST JABERG, Regierungsrat, Justizdirektor des Kantons Bern: Die Verdienste von Professor Dr. iur. Hans Schultz um die bernische Strafrechtspflege	20
Dr. med. RAYMOND MUEHLON, Spezialarzt für innere Medizin, Biel: Brief an einen Freund	26
PHILIPPE GRAVEN, Dr en droit, professeur à l'Université de Genève: De la 2 ^e à la 4 ^e révision partielle du Code pénal suisse	28
Dr. iur. PIETRO NUVOLONE, Professor des Strafrechts an der Universität Mailand: L'oggetto e i limiti della scienza del diritto penale	50
Dr. iur. EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Professor an der Universität Hamburg: «Objektiver» und «Subjektiver» Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung	61
Dr. iur. JÖRG REHBERG, Professor an der Universität Zürich: «Fremdhändige» Täterschaft bei Verkehrsdelikten?	72
Dr. iur. GÜNTER STRATENWERTH, Professor an der Universität Basel: Gewerbsmässigkeit im Strafrecht	88
Dr. phil., Dr. iur., Dr. iur. h. c. PETER LIVER, em. Professor der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern: Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht – Bemerkungen eines Zivilisten	108
Dr. iur. JÜRGEN BAUMANN, Professor an der Universität Tübingen, Senator für Justiz, Berlin: Schwierigkeiten und Gefahren eines Indikationenmodells beim Schwangerschaftsabbruch	134

	Seite Page
Dr. iur. PETER NOLL, o. Professor an der Universität Zürich: Rechtspolitische Überlegungen zum Tatbestand der Warenfälschung	147
Dr. iur. MARTIN SCHUBARTH, Advokat in Basel, Professor an der Universität Bonn: Begünstigung durch Beherbergen?	158
Dr. iur. EUGEN BUCHER, Professor an der Universität Bern: Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen	165
Dr. rer. pol. HERMANN G. BIERI, Professor an der Universität Bern: Nationalökonomie und Strafrecht	191
Dr. rer. pol., lic. iur. HUGO SIEBER, Professor an der Universität Bern: Volkswirtschaftlich fragwürdige Pönalisierungen im Wirtschaftsstrafrecht	197
Dr. rer. pol. EGON TUCHTFELDT, Professor an der Universität Bern: Möglichkeiten des Umweltschutzes ohne strafrechtliche Sanktionen	214
Dr. iur., Dr. iur. h. c. HANS-HEINRICH JESCHECK, Professor an der Universität Freiburg i. Br., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe: Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz	229
Dr. iur. ROBERT HAUSER, Professor an der Universität Zürich: Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht?	252
Dr. iur. ARTHUR HAEFLIGER, Bundesrichter, a. o. Professor an der Universität Bern: Der bundesrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung	287
Dr. iur. ERNST-WALTER HANACK, Professor an der Universität Mainz: Aktuelle Probleme der Strafverteidigung in der Bundesrepublik Deutschland	299
Dr. iur. FRITZ FALB, Obergerichter, Honorarprofessor an der Universität Bern: Die Berücksichtigung der Interessen des Verletzten im materiellen und formellen Strafrecht, insbesondere im bernischen Strafverfahren	327

	Seite Page
JEAN GAUTHIER, Dr. en droit, professeur à l'Université de Lausanne: Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du Code pénal suisse	364
Dr. iur. MAX KUMMER, Professor an der Universität Bern: Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang	377
Dr. iur. FRITZ GYGI, Professor an der Universität Bern: Zur strafrechtlichen Überprüfung von Verfügungen	399
FRANÇOIS CLERC, professeur aux Universités de Fribourg et de Neuchâtel: Remarques sur l'ordonnance pénale	414
Dr. iur. CURT A. MARKEES: Die Verstärkung der zwischenstaatlichen Bekämpfung der Kriminalität im Lichte des Entwurfs für ein Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)	430
MARC ANCEL, Membre de l'Institut de France, président de Chambre honoraire à la Cour de cassation-France, président de la Société internationale de Défense sociale: La peine privative de liberté du point de vue de la politique criminelle moderne	453
Dr. iur. CLAUD ROXIN, Professor am Institut für Strafrecht der Universität München: Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke	463
Dr. rer. pol. ERNST BURRIN, Direktor der Kantonalen Strafanstalt Lenzburg: Der Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe gemäss Art. 37 StrGB in den schweizerischen Strafanstalten	482
Dr. iur. STEPHAN QUENSEL, Professor an der Universität Bremen: Der Anstaltsinsasse als Objekt von Strafjustiz und Behandlungseifer: einige subjektive Bedingungen für ein Scheitern der Resozialisierungs-Reform	490
Dr. iur. GÜNTHER KAISER, Professor an der Universität Freiburg i. Br., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht: Kriminologie als angewandte Wissenschaft	514
Dr. iur., Dr. iur. h. c. HANS MERZ, em. Professor der Universität Bern: Militärgerichtsbarkeit – ja oder nein?	532
Verzeichnis der Veröffentlichungen von Hans Schultz	545

QUELQUES ASPECTS DE LA CONFISCATION SELON L'ARTICLE 58 DU CODE PÉNAL SUISSE

PAR JEAN GAUTHIER, LAUSANNE

Dans sa version originale, le Code pénal suisse réglait à l'article 58 la confiscation d'objets dangereux, voire leur destruction et à l'article 59 la dévolution à l'Etat, en nature ou en valeur, des dons et autres avantages qui avaient servi ou devaient servir à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, ainsi que les objets acquis par une infraction et dont le propriétaire n'a pas pu être découvert dans les cinq ans qui ont suivi une publication officielle. Il ne contenait aucune disposition générale qui permit la confiscation des gains illicites, plus précisément des objets et des valeurs acquis grâce à une infraction. En revanche, des dispositions de cette nature figuraient ou avaient figuré dans la législation pénale accessoire, notamment en matière économique et dans le droit de l'économie de guerre¹.

Le législateur a saisi l'occasion d'une refonte partielle des dispositions pénales en matière administrative et fiscale pour introduire une disposition générale dans le Code pénal lui-même. En effet, sur la proposition de la commission du Conseil national qui examinait le projet d'une loi fédérale sur le droit pénal administratif, les Chambres ont introduit, avec l'accord du Conseil fédéral, la substance des articles 13 à 15 du projet susmentionné dans le Code

¹ JULIUS GEORG LAUTNER, *System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts*, 3 volumes, Zurich 1942-1950. Voir notamment p. XI 21 et 22, où l'auteur relève que la confiscation permet de saisir les choses qui constituent l'objet d'une infraction ou le gain illicite, sans égard à la punissabilité d'une personne déterminée. On pourra consulter également le rapport présenté à l'Association internationale de droit pénal lors du VI^{ème} congrès international de droit pénal tenu à Rome en 1953 par ALBERT COMMENT, *Le droit pénal social économique*, *Revue internationale de droit pénal* 24 (1953) 289 ss., notamment 333 à 338. Ces deux auteurs donnent les références à la législation et à la jurisprudence.

pénal, dont les articles 58 à 60 ont été modifiés ou complétés par l'article 104 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975².

L'innovation a pour effet que, lors de la révision d'autres lois spéciales, le législateur supprime les articles concernant la confiscation des gains illicites, désormais régie par l'article 58 du Code pénal qui trouve application en vertu de l'article 333 du même code. L'exemple le plus connu est celui de la loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951, dont l'article 24 a été modifié lors de la révision qui a abouti à la loi fédérale du 20 mars 1975, entrée en vigueur le 1^{er} août 1975, de telle sorte qu'il ne contient plus qu'un complément aux règles sur le champ d'application dans l'espace de l'article 58 du Code pénal et un complément aux règles de l'article 348 du Code pénal sur le for de l'action pénale relative à une infraction commise à l'étranger³.

² RS 313.0; ROLF 1974 1857. Pour les travaux préparatoires, consulter le Message du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017 ss., notamment 1031, le projet de loi, FF 1971 I 1052, les déclarations du conseiller fédéral FURGLER au Conseil national le 5 juin 1973, Bull. off. CN 1973 459 et 469, ainsi que la brève déclaration de M. J.-F. AUBERT, loc. cit., p. 461; la proposition de la commission a été admise sans discussion par le Conseil national le 5 juin 1973, Bull. off. CN 1973 469 et le 1^{er} octobre 1973 par le Conseil des Etats, Bull. off. CE 1973 579. On trouvera d'autres indications concernant cette loi dans notre étude intitulée: *La loi fédérale sur le droit pénal administratif*, XIV^e journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N° 46, Genève 1975, p. 23 ss., notamment p. 45, pour ce qui concerne la confiscation.

³ RS 812.121; ROLF 1975 1220. Voir à ce sujet le Message du 9 mai 1973, FF 1973 I 1303 ss., notamment 1331, et la modification apportée au texte du projet de loi par le Conseil national dans sa séance du 2 octobre 1974, Bull. off. CN 1974 1460, adoptée par le Conseil des Etats le 28 novembre 1974, Bull. off. CE 1974 599. D'autres lois spéciales, révisées antérieurement, n'ont pas été adaptées et conservent leurs dispositions sur la confiscation et la restitution à l'Etat des gains illicites. Nous citerons l'exemple des articles 43 et 45 de la loi fédérale sur la pêche du 14 décembre 1973, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1976, RS 923.0 et ROLF 1975 2345. Ces textes sont fondés sur les mêmes considérations que les articles 58 ss. révisés du Code pénal, comme le montre le Message du 24 janvier 1973 relatif à la loi sur la pêche, FF 1973 I 645 ss., notamment 665. Au cours des délibérations parlementaires, la rédaction de l'art. 43 a été modifiée et le juge remplacé par l'autorité compétente à l'art. 45, selon la décision du Conseil national du 27 septembre 1973, Bull. off. CN 1973 1292, à laquelle le Conseil des Etats a adhéré le 3 octobre 1973, Bull. off. CE 1973 612.

Les travaux préparatoires et surtout les écrits de M. W. ROBERT PFUND, qui a joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, montrent que le législateur a suivi l'exemple du droit de la République fédérale d'Allemagne⁴. Il a voulu permettre la confiscation des objets et des gains acquis de façon illicite, par la perpétration d'une infraction, alors même qu'aucune personne déterminée ne serait condamnée ni même punissable, afin de supprimer les gains et les avantages illicites. En pareil cas, la confiscation est prévue non seulement dans le domaine spécial du droit pénal administratif, mais en droit pénal ordinaire. Les auteurs du projet de loi ont pensé notamment, mais pas exclusivement, aux infractions commises dans les entreprises et dont l'auteur ne pouvait pas être identifié. M. PFUND a souligné que la confiscation des profits illicites était une mesure fondée sur le droit pénal et dont la portée était étendue, qui posait de nombreuses questions juridiques. Notre auteur a cité comme exemples le principe de la proportionnalité, la détermination de la valeur des profits illicites en cas de fixation d'une créance compensatrice qui est une sorte de confiscation par équivalent, les droits des tiers sur les objets confisqués, les prétentions que peuvent élever les tiers lésés par l'infraction. A son avis, ces questions mériteraient d'être traitées dans une monographie⁵. Nous le pensons avec lui. La monographie a paru en Allemagne⁶. Notre propos est plus modeste. En montrant quelques aspects de la confiscation, nous aimerions poursuivre un effort que M. le professeur SCHULTZ a bien

⁴ W. ROBERT PFUND, *Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht)*, Société suisse des juristes, Rapports et communications 1971, p. 107ss., notamment p. 198, texte et note 276, ou *Revue de droit suisse (RDS)* 1971 II 107ss., 198. Voir actuellement les articles 73ss. du Code pénal allemand concernant la dévolution à l'Etat (Verfall) et la confiscation (Einziehung).

⁵ W. ROBERT PFUND, loc. cit., p. 199.

⁶ ALBIN ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 28, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1969. Il s'agit d'une thèse d'agrégation (Habilitationsschrift) présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Tübingen. Aux lecteurs de langue française, signalons le compte-rendu de cette étude presque exhaustive des sanctions patrimoniales en droit pénal allemand qui a paru dans la *Revue (belge) de droit pénal et de criminologie (RDPC)* 51 (1970-1971) 611 et 612.

voulu encourager⁷ et apporter une petite contribution à l'étude des sanctions pécuniaires ou patrimoniales, qui retiennent de plus en plus l'attention de la doctrine étrangère⁸.

Les limites assignées à un article ne nous permettent pas d'examiner toutes les dispositions de la partie spéciale du Code pénal et des autres lois pénales de la Confédération qui prévoient des confiscations. Nous citerons cependant quelques-unes de ces dispositions à titre d'exemples. Comme l'a relevé M. le professeur SCHULTZ⁹, les dispositions spéciales sur la confiscation sont fondées sur une présomption que les objets à confisquer ou à détruire présentent un danger pour la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. La présomption est irréfutable lorsque la confiscation est prescrite par une règle impérative¹⁰.

En France, la confiscation spéciale porte sur le corps du délit, les instruments qui ont servi ou devaient servir à le commettre et le produit de l'infraction. Elle a pour but d'infliger au coupable une peine complémentaire ou de retirer de la circulation un objet dangereux, ce qui en fait une mesure de sûreté à caractère réel. Elle vise parfois un double but et tient à la fois de la réparation civile et de la peine. Il en est ainsi lorsque la confiscation porte sur des marchandises de fraude en matière douanière ou sur des objets contrefaits en vertu de l'article 429 du Code pénal français. Les auteurs relèvent que le critère de la distinction entre la confiscation spéciale-peine et la confiscation spéciale-mesure de sûreté, voire la confiscation spéciale tenant lieu de réparation civile, est assez indécis tant en législation qu'en jurisprudence, de telle sorte que les distinctions ne sont pas toujours faciles à faire dans la pratique¹¹.

⁷ HANS SCHULTZ, *Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, RPS 88 (1972) 1ss., notamment 52, texte et note 116.

⁸ Voir par exemple l'exposé du procureur général V. VAN HONSTE, *Politique criminelle et sanctions pécuniaires*, RDPC 56 (1975-1976) 407ss., ainsi que les rapports de A. HUSS, F. ROUQUET, G. LEVASSEUR, P.-E. TROUSSE et J. D'HAENENS sur le sujet: *Sanctions pénales et personnes morales*, RDPC 56 (1975-1976) 673ss.

⁹ HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, 2^e édition, tome II, Berne 1974, p. 164.

¹⁰ HANS SCHULTZ, loc. cit.

¹¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e édition, Paris 1947, Nos 680 à 684, p. 392 à 395, et ROGER MERLE et

En droit allemand, la confiscation est une peine accessoire lorsqu'elle est prononcée contre l'auteur de l'infraction ou contre un participant. Elle est qualifiée de mesure semblable à la peine lorsqu'elle vise un tiers qui, sans être l'auteur ni un participant, a commis un acte répréhensible en relation étroite avec l'infraction. La confiscation est une mesure de sûreté lorsqu'elle est ordonnée sans égard à la propriété du bien saisi pour des motifs de sécurité. En revanche, la dévolution à l'Etat, en nature ou en valeur, des biens acquis grâce à une infraction (Verfall) n'est plus une peine, mais une mesure qui peut être ordonnée à l'égard de l'auteur et des participants à l'infraction, sans égard à leur faute, c'est-à-dire, qu'ils soient ou non coupables¹².

Le Code pénal autrichien du 23 janvier 1974, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1975, prévoit à son article 20 la dévolution à l'Etat des dons reçus ou promis comme récompense d'une infraction, qui est une peine accessoire, et à son article 26 la confiscation pour des motifs de sécurité des instruments et des produits de l'infraction¹³.

Nous ne nous étendrons pas sur le droit italien, qui connaît aussi la confiscation spéciale comme mesure de sûreté¹⁴, ni sur les révisions législatives opérées dans d'autres pays¹⁵.

ANDRÉ VITU, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome I, Paris 1973, N° 686, p. 752 et 753. Sur la modification apportée à l'article 11 du Code pénal français par la loi du 11 juillet 1975, qui permet la confiscation spéciale même si elle n'est pas prévue par la loi particulière dont le jugement fait application, voir ANDRÉ DECOCQ, *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1976 5ss., notamment 9, ainsi que PIERRE BOUZAT et JEAN PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^e édition, tome I, Paris 1970, N°s 577 à 589, p. 595 à 603, et *Mise à jour* 1975, Paris 1975, p. 85 à 88.

¹² Voir l'ouvrage d'ALBIN ESER cité en note 6, celui de H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2^e édition, Berlin 1972, p. 595 et 596ss., ainsi que les articles 73ss. du Code pénal allemand dans la teneur de la loi du 2 mars 1974 et le commentaire de SCHÖNKE et SCHRÖDER, 18^e édition, Munich 1976; on trouve un bref aperçu de la nouvelle réglementation, par exemple, chez EBERHARD SCHMID-HÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e édition, Tübingen 1975, p. 768ss., N°s 20/16 à 20/20 et p. 837ss., N°s 21/49 à 21/52.

¹³ EUGEN SERINI, *Das neue österreichische Strafgesetzbuch*, RPS 90 (1974) 1ss., 16; EGMONT FOREGGER et EUGEN SERINI, *Strafgesetzbuch*, Manz, Wien 1975, p. 39 et 49.

¹⁴ Articles 236 et 240 du Code pénal italien. Voir aussi IVONE CACCIAVILLANI et RAIMONDO GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, *La Giustizia penale* 1974 II 459 à 479.

¹⁵ W. C. VAN BINSBERGEN et F. KUITENBROUWER, *Neue Entwicklungen im hollän-*

En droit suisse, la confiscation est une mesure de sûreté à caractère réel. Cela résulte déjà du texte légal, qui range l'article 58 dans les «autres mesures», titre marginal des articles 57 à 62 et non dans les peines accessoires prévues aux articles 51 à 56. C'est aussi l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁶. Il en résulte que la confiscation, à la différence de l'amende, peine pécuniaire, qui est éteinte par la mort du condamné (article 48 chiffre 3 du Code pénal) peut être exécutée contre les héritiers du condamné décédé après que le jugement fut passé en force¹⁷. Et si l'inculpé meurt pendant la procédure, la confiscation peut-elle être ordonnée contre ses héritiers? Nous ne le pensons pas, du moins lorsque la confiscation est fondée sur des considérations d'ordre répressif. En effet, la mort du délinquant éteint l'action pénale. Assurément, la confiscation peut être ordonnée sans égard à la punissabilité d'une personne déterminée, c'est-à-dire lorsque l'auteur de l'infraction est inconnu ou n'est pas punissable parce qu'il est irresponsable ou parce qu'il bénéficie d'une circonstance qui exclut sa culpabilité, comme l'erreur ou la contrainte absolue, ou encore qu'il est exempté de toute peine en vertu d'une disposition particulière du Code pénal, comme l'article 21 alinéa 2 le permet en cas de désistement. Néanmoins, la confiscation suppose qu'objectivement, une infraction a été commise. Elle ne peut être prononcée qu'à l'égard de l'auteur de cette infraction, d'un participant ou d'une personne qui a tiré profit de l'infraction commise par autrui. A notre avis, la confiscation ne saurait être prononcée contre les héritiers du délinquant qui n'ont participé en

dischen Strafrecht seit dem Zweiten Weltkrieg, RPS 85 (1969) 1ss., 34; voir aussi les études citées en note 8 ci-dessus.

¹⁶ Sur le problème en général, voir ERNST HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2^e édition, Berne 1946, p. 415ss. Concernant les articles 58ss. nouveaux du Code pénal, voir HANS SCHULTZ, *Einführung...*, ouvrage cité en note 9 ci-dessus, p. 163ss., et JÖRG REHBERG, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, Zurich 1975, p. 53 à 55. Au sujet de la nature de la confiscation selon l'article 58 ancien, d'une part, et selon les articles 153ss. du Code pénal, d'autre part, voir ATF 89 IV 62, JdT 1963 IV 74.

¹⁷ PAUL LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie générale*, Neuchâtel et Paris 1939, note 2 à l'article 58, p. 253; 2^e édition, 1976, p. 325.

aucune manière à la perpétration de l'infraction ni tiré profit de celle-ci¹⁸.

La question se pose différemment si la confiscation est ordonnée pour des motifs de sécurité. Elle perd alors le caractère d'une sanction purement répressive et peut se justifier à l'égard du possesseur de l'objet dangereux, même s'il n'a pas participé à l'infraction ni tiré profit de celle-ci. En pareil cas, nous pensons, avec HAFTER¹⁹, que la mort de l'auteur de l'infraction n'éteint pas l'action pénale et que celle-ci peut être continuée contre les héritiers de l'auteur qui possèdent l'objet dangereux à confisquer. Signalons à ce propos qu'en vertu de l'article 74 alinéa 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, celui qui est touché par la confiscation a les mêmes droits que l'inculpé et peut user des mêmes voies de droit. Le législateur, qui a incorporé les dispositions du projet de cette loi sur la confiscation dans le Code pénal suisse, aurait été bien inspiré d'incorporer la règle de l'article 74 alinéa 2 à la loi fédérale de procédure pénale, afin de lui donner une portée générale. A défaut d'une disposition expresse dans la loi de procédure applicable, le tiers qui n'est pas inculpé comme auteur de l'infraction, mais qui est propriétaire ou détenteur des objets séquestrés en vue d'une confiscation doit être entendu avant que le juge décide la confiscation²⁰.

La confiscation peut-elle être ordonnée lorsque l'action pénale est prescrite? Certains auteurs pensent que la prescription de l'action pénale ne s'applique pas aux mesures et n'interdit que l'infliction d'une peine. Ainsi, pour M. le professeur REHBERG, la confiscation peut être ordonnée par le juge, dans les cas prévus par l'article 58 du Code pénal, indépendamment de la punissabilité d'une personne déterminée, par exemple lorsque l'auteur de l'infraction est inconnu ou que la procédure s'est terminée par un non-lieu motivé par la prescription²¹. Nous doutons qu'une pareille

¹⁸ Dans ce sens ALBIN ESER, ouvrage cité en note 6 ci-dessus, p. 219 à 221, qui donne l'exemple d'une voiture automobile utilisée par le défunt pour commettre une contravention douanière (soustraction de droits de douane) et exprime l'opinion que ce véhicule ne saurait être confisqué au préjudice des héritiers non fautifs.

¹⁹ ERNST HAFTER, ouvrage cité en note 16 ci-dessus, p. 429.

²⁰ VITAL SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2^e édition, Zurich 1964, N° 477, chiffre 3, p. 279.

²¹ JÖRG REHBERG, ouvrage cité en note 16 ci-dessus, p. 54.

décision soit admissible, du moins lorsque la confiscation n'est pas motivée uniquement par des considérations de sécurité, mais revêt un caractère répressif²². Certes, le Code pénal suisse range la confiscation dans les mesures de sûreté à caractère réel et non dans les peines accessoires. Mais chacun sait que la limite entre ces deux genres de sanctions pénales est difficile à tracer et il reste que la confiscation suppose la perpétration d'une infraction, que le juge doit constater. Or, comment rendre un jugement qui constate la perpétration d'une infraction si le droit de poursuivre et de juger l'acte incriminé s'est éteint par l'expiration du délai de prescription de l'action pénale? Il faut admettre une action pénale imprescriptible qui tendrait uniquement à la confiscation. Nous hésitons à franchir ce pas²³. Nous préférierions que le législateur adopte une solution claire en généralisant la règle de l'article 12 alinéa 4 de la loi fédérale sur le contrôle des fermages agricoles du 21 décembre 1960, selon laquelle, lorsque l'action pénale est prescrite, la dévolution au canton ou au fermier d'une somme correspondant à l'avantage pécuniaire illicite acquis par le bailleur n'est plus possible²⁴.

Lorsque l'infraction qui motive la confiscation n'est poursuivie que sur plainte, il nous paraît que la confiscation ne peut être ordonnée que si une plainte a été déposée par le lésé. Sinon, il manque une condition objective de la punissabilité de l'acte, si l'on suit l'opinion de M. le professeur SCHULTZ²⁵, ou une condition de l'exercice de l'action pénale, si l'on suit la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁶. Dans l'un et l'autre cas, l'une des conditions requises pour prononcer la confiscation fait défaut: ou bien il n'y a pas d'infraction, ou bien l'infraction commise ne peut pas être pour-

²² ALBIN ESER, ouvrage cité en note 6 ci-dessus, p. 60.

²³ Plusieurs auteurs se sont exprimés dans ce sens: PH. THORMANN et A. VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, tome I, Zurich 1940, note 6 à l'article 70, p. 229; HANS HAEMMERLI, *Der Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen*, thèse Berne 1950, p. 14 et 15, qui invoque en outre le commentateur P. LOGOZ, note 7 à l'article 70; ARTHUR BÖHLER, *Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht*, thèse Zurich 1945, p. 105 et 106.

²⁴ RS 942.10 ou ROLF 1961 282.

²⁵ HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, tome I, 2^e édition, Berne 1974, p. 156. Dans le même sens JdT 1972 IV 126.

²⁶ ATF 99 IV 257 ss., consid. 5 a, rés. JdT 1975 IV 61 et les références citées.

suivie. De toute manière, un jugement de confiscation est exclu²⁷. La question n'est pas académique. On peut imaginer la confiscation du bénéfice réalisé par un acte de concurrence déloyale, dans la mesure où il dépasse le dommage éprouvé par le lésé, et partant, le montant de l'indemnité que celui-ci peut réclamer²⁸. De même, notre collègue M. le professeur PIOTET a envisagé, dans un exposé présenté à un séminaire traitant de l'avant-projet de loi fédérale modifiant le Code civil et le Code des obligations (protection de la personnalité) le cas d'une personne qui, grâce à la confusion créée entre elle et un auteur célèbre, vendrait un livre à de très nombreux exemplaires et réaliserait ainsi un bénéfice supérieur au préjudice causé au lésé: selon le droit en vigueur et la jurisprudence actuelle, le lésé n'a droit qu'à la réparation du dommage qu'il a subi, mais non à la remise du bénéfice, qui pourrait être confisqué en vertu de l'article 58 du Code pénal. Encore faut-il que l'acte illicite constitue une infraction et, si elle n'est poursuivie que sur plainte, comme c'est généralement le cas des atteintes à l'honneur et des infractions contre le domaine secret ou le domaine privé²⁹, que le lésé porte plainte.

Ces exemples nous amènent à examiner la relation entre la confiscation des gains illicites obtenus grâce à une infraction et les droits du lésé. En droit privé, celui-ci dispose d'une action en réparation du dommage causé par l'acte illicite qu'est l'infraction ou d'une action en restitution de l'enrichissement illégitime que l'infraction a procuré à son auteur ou à la personne qui en a profité. Avec M. le professeur JEANPRÊTRE, nous pensons que la meilleure solution serait de donner la préférence au lésé qui agit par la voie civile et de ne prévoir la confiscation ou plus précisément la dévolution à l'Etat de l'avantage pécuniaire illicite que pour le

²⁷ BÖHLER, cité en note 23 ci-dessus, p. 103; opinion contraire, HAEMMERLI, cité dans la même note, p. 15, dans l'hypothèse d'une poursuite ouverte d'office qui permet de constater la perpétration d'une infraction qui n'est poursuivie que sur plainte; pour cet auteur, la confiscation ou plus exactement la dévolution à l'Etat peut être prononcée, même à défaut d'une plainte.

²⁸ ATF 73 II 194, JdT 1948 I 271, consid. 5.

²⁹ Articles 173ss. et 179ss. du Code pénal.

surplus ou si le lésé n'agit pas³⁰. Mais le législateur semble suivre une autre voie. Il prévoit la confiscation ou la dévolution à l'Etat du gain illicite et laisse au juge pénal, statuant en équité, la latitude d'allouer au lésé tout ou partie de ce gain confisqué³¹. Selon la jurisprudence, le lésé n'a pas un droit d'exiger des prestations sur la valeur des biens confisqués; le juge décide selon son pouvoir d'appréciation et ne viole le droit fédéral que s'il excède les limites de ce pouvoir. Le Tribunal fédéral a déclaré que la décision du juge cantonal n'était pas susceptible d'être attaquée par un pourvoi en nullité fondé sur les articles 268ss. de la loi fédérale sur la procédure pénale, mais seulement par la voie subsidiaire du recours de droit public³². A supposer que la jurisprudence persiste à exclure le pourvoi en nullité, le lésé ne disposerait-il pas désormais du recours de droit administratif? Depuis la modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire par la loi du 20 décembre 1968, le recours de droit administratif est recevable, nonobstant l'article 100 lettre f de la loi d'organisation judiciaire, en matière d'exécution des peines et des mesures fondées sur le droit pénal³³. Pour emprunter une expression utilisée par M. le professeur MACHERET³⁴, le recours de droit administratif ne devrait-il pas prendre ici aussi le relais du recours de droit public? Les spécialistes de la procédure du recours de droit administratif prennent grand soin de délimiter le droit public fédéral, dont la violation est un motif de recours en vertu de l'article 104 lettre a de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du

³⁰ RAYMOND JEANPRÊTRE, *Le contrôle des fermages agricoles et le droit civil*, Mélanges Roger Secrétan, Université de Lausanne, Montreux 1964, p. 139ss., notamment p. 146ss.

³¹ Article 12 de la loi fédérale sur le contrôle des fermages agricoles du 21 décembre 1960, RS 942.10 ou ROLF 1961 282; article 60 du Code pénal suisse.

³² ATF 89 IV 171, JdT 1963 IV 98.

³³ Voir à ce sujet, à propos, il est vrai, d'un séquestre de publications et d'objets immoraux fondé sur l'article 36 alinéa 4 de la loi fédérale sur les douanes du 1^{er} octobre 1925, RS 621.0, ATF 100 Ib 383, résumé dans la Revue de droit administratif et fiscal (RDAF) 1976 78 Nos 168 et 169, dans l'article de JACQUES MEYLAN, *La jurisprudence administrative du Tribunal fédéral en 1974*.

³⁴ AUGUSTIN MACHERET, *La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral*, RDAF 1974 1 à 28 et 86 à 101, notamment 13, texte et note 27.

droit privé fédéral³⁵. Ils sont moins diserts sur les relations entre le droit public et le droit pénal. Admettent-ils comme allant de soi que le droit pénal fait partie du droit public fédéral et que la seule articulation entre les deux voies de recours est l'article 102 lettre a de la loi fédérale d'organisation judiciaire, qui exclut le recours de droit administratif en matière de poursuite pénale parce que les décisions y relatives peuvent être attaquées par la voie du pourvoi en nullité? C'est la raison probable du silence de la doctrine. Dès lors, il paraît difficile de dénier à la décision du juge pénal qui applique l'article 60 du Code pénal le caractère d'une décision fondée sur le droit public fédéral au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968³⁶. Le lésé qui n'est pas satisfait pourrait interjeter un recours de droit administratif qui serait soumis à la Cour de cassation pénale en vertu de l'article 7^{bis} du Règlement du Tribunal fédéral du 21 octobre 1944, modifié le 15 septembre 1969, car il porterait sur les modalités de l'exécution d'une mesure, ce qui entre sans doute dans «l'exécution des peines» au sens dudit article³⁷.

La Cour pénale fédérale a ordonné la confiscation et la dévolution à l'Etat des objets et des valeurs détenus par un espion sans se préoccuper beaucoup des droits de l'Etat qui avait bénéficié de l'espionnage, estimant que, vu l'article 66 CO, il ne saurait répéter les sommes qu'il aurait prêtées en vue d'atteindre un but illicite³⁸. Quant au fond, le jugement mérite approbation. Mais en la forme, le droit d'être entendu que la jurisprudence du Tribunal fédéral garantit à l'inculpé tout spécialement en ce qui concerne la confiscation et la dévolution à l'Etat des avantages illicites³⁹ et que la doctrine reconnaît aussi au tiers détenteur des objets à confisquer⁴⁰, a-t-il été respecté? Quoi qu'il en soit, le simple fait de se déterminer sur l'action en répétition de l'enrichissement illégitime du prétendu

³⁵ AUGUSTIN MACHERET, loc. cit., p. 9 ss.; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund*, Berne 1969, p. 126 ss.; 2^e édition, Berne 1974, p. 140 ss.

³⁶ RS 172.021 ou ROLF 1969 757.

³⁷ RS 173.111.1.

³⁸ ATF 101 IV 177.

³⁹ ATF 101 Ia 325.

⁴⁰ VITAL SCHWANDER, passage cité en note 20 ci-dessus.

lésé montre que le Tribunal fédéral y prête attention et ne considère pas qu'elle soit nécessairement exclue par l'article 58 du Code pénal.

Deux questions méritent d'être signalées à propos de la confiscation des gains illicites. Les tribunaux sont fréquemment appelés à statuer sur ce point lorsqu'ils jugent des personnes accusées d'avoir commis des infractions à la loi sur les stupéfiants. Le gain illicite procuré par l'infraction est-il le prix de vente net, comme l'a jugé le Tribunal fédéral à plusieurs reprises⁴¹, ou le gain illicite net, c'est-à-dire la différence entre le prix de vente et le prix d'achat que l'inculpé a payé à son fournisseur, comme l'a jugé la Cour d'appel de Berne, qui ajoute cependant la valeur de la drogue que l'inculpé a consommée lui-même⁴²? Il nous paraît que seul le gain net, y compris le prix d'achat des substances consommées, constitue un enrichissement illégitime acquis grâce à une infraction, et partant un avantage illicite au sens de l'article 58 du Code pénal. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour pénale suprême de l'économie de guerre, qui considérait comme bénéfice illicite le montant dont l'inculpé s'était effectivement enrichi⁴³.

Lorsque le gain illicite a été réalisé par plusieurs personnes qui ont participé à la perpétration de l'infraction, le juge peut-il les condamner solidairement à payer à l'Etat une somme égale à l'enrichissement illégitime qu'elles ont acquis en commun? En l'absence d'une disposition légale qui institue la solidarité des participants, la Cour de cassation pénale vaudoise a jugé, avec raison pensons-nous, que chacun des participants ne pouvait être condamné à payer que le montant qui correspondait à sa part du gain total. Ne disposant d'aucun élément qui permette de tirer une

⁴¹ ATF 100 IV 263, rés. JdT 1975 IV 159; ATF 101 IV 359 et les références citées.

⁴² Berne, Cour d'appel, II^e Chambre pénale, 31 octobre 1975, Rudolf T., *Revue de la Société des juristes bernois* (RJB) 112 (1976) 343, avec une remarque du professeur HANS SCHULTZ, loc. cit. et p. 381 et 382. GABRIEL AUBERT, *Semaine judiciaire* 1976 264 estime lui aussi que la confiscation ne peut porter que sur le gain net.

⁴³ ALBERT COMMENT, rapport cité en note 1 ci-dessus, p. 336. Toutefois, dans une chronique parue alors que notre article était à l'impression, M. le professeur HANS SCHULTZ, RJB 112 (1976) 440, approuve la jurisprudence du Tribunal fédéral avec des arguments qui méritent un examen attentif.

autre conclusion, la cour a présumé que les parts étaient égales et condamné chacun des trois coauteurs de l'infraction à payer à l'Etat un montant égal au tiers de l'enrichissement illégitime commun⁴⁴.

Ce rapide tour d'horizon, qui n'aborde pas tous les aspects du droit matériel de la confiscation, mériterait d'être complété par une étude des règles de la procédure. Et même sur le plan du droit matériel, notre bref aperçu pose plus de questions qu'il n'en résout. Nous espérons cependant avoir montré au lecteur l'intérêt que présente l'étude des sanctions patrimoniales pour les juristes qui s'attachent à l'examen des relations entre le droit pénal, le droit civil et le droit administratif. Nous souhaitons reprendre un jour cette étude afin de faire un pas de plus dans la voie que M. le professeur SCHULTZ nous a indiquée.

⁴⁴ Tribunal cantonal vaudois, Cour de cassation pénale, 14 juin 1976, O., et 31 août 1976, J., arrêts non publiés à l'heure où ces lignes sont écrites.

DIE VOLLSTRECKUNG DES UNTERLASSUNGSRURTEILS DURCH STRAFZWANG

VON MAX KUMMER, BERN

I. DIE EIGENART DES UNTERLASSUNGSANSPRUCHS

Die Forderung, «etwas nicht zu tun» (OR 98 II), *trotzt inhaltsgetreuer Vollstreckung*. Solange der Schuldner erfüllt, sieht sich der Gläubiger nicht veranlasst, zu klagen und zu vollstrecken, empfängt er doch, was er zu fordern hat, nämlich das Unterlassen. Und erfüllt der Schuldner nicht, indem er seine Unterlassungspflicht verletzt und tut, was nicht zu tun er schuldet, ist ausgeschlossen, ihn zur Erfüllung zu zwingen, weil geschehene Verletzung nicht ungeschehen gemacht werden kann. Was dem Gläubiger jetzt einzig noch zu fordern übrig bleibt, ist *Schadenersatz* wegen Nichterfüllung.

Es ist nun freilich nicht eine bloss dem Unterlassungsanspruch zukommende Eigenheit, erst nach Umwandlung in einen Schadenersatzanspruch vollstreckbar zu werden. Auch der eine *nicht vertretbare Leistung* fordernde Gläubiger kann die Erfüllung, säumt der Schuldner, nicht erzwingen, und auch er muss sich mit einer Schadenersatzforderung zufrieden geben als dem vollstreckbaren Ersatz seiner nicht vollstreckbaren Forderung. Wohl aber fällt ihm hier der Nachweis dieses Schadens leichter als bei der Unterlassungspflicht, weil sich das Geschuldete meist in einem Vorgang sicher erfassbarer Folgen darbietet (wie etwa ein Arbeitsergebnis) und er demzufolge unschwer darzutun vermag, was ihm die Leistung, hätte er sie empfangen, eingetragen oder erspart haben würde.

Dies nun eben im Unterschied zu einer Forderung auf ein *Nichttun*. Wie stark die Verletzung des Konkurrenzverbotes das Kundschaftsgefüge durcheinanderbringt, wie weit die Wellen einer Ehrverletzung schlagen: über Mutmassungen – vom Schuldner