



Article scientifique

Article

2000

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Le droit pénal : esclave ou maître du droit civil ? : autonomie du droit pénal  
et unité de l'ordre juridique: une liberté sous surveillance

---

Cassani, Ursula

**How to cite**

CASSANI, Ursula. Le droit pénal : esclave ou maître du droit civil ? : autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique: une liberté sous surveillance. In: La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2000, vol. 122, n° 8, p. 287–303.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42607>



Document	<b>SJ 2000 II p. 287</b>
Auteur(s)	<b>Ursula Cassani</b>
Titre	<b>LE DROIT PENAL: ESCLAVE OU MAITRE DU DROIT CIVIL? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique: une liberté sous surveillance</b>
Publication	<b>La Semaine judiciaire - doctrine</b>
Editeur	<b>Bernard Bertossa, Laura Jacquemoud-Rossari, François Chaix, François Bellanger, Sylvain Marchand, Grégory Bovey</b>
Anciens Editeurs	<b>Bernard Corboz</b>
Maison d'édition	<b>Société genevoise de droit et de législation</b>

## **LE DROIT PENAL: ESCLAVE OU MAITRE DU DROIT CIVIL? Autonomie du droit pénal et unité de l'ordre juridique: une liberté sous surveillance**

par Ursula CASSANI, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève

**SJ 2000 II p. 287**

### **LE DROIT PENAL: ESCLAVE OU MAITRE DU DROIT CIVIL?<sup>1</sup>**

"Il règne entre ces deux branches de la Jurisprudence une liaison des plus intimes: elles se pénètrent dans tous les points. Tous ces mots Droits, Obligations, Services, Délits, qui entrent nécessairement dans les lois civiles, se présentent de même dans les lois pénales. Mais en envisageant les mêmes objets sous deux points de vue, on s'est fait deux langues différentes. Obligations, droits, services, voilà le langage du code pénal. Connaître le rapport d'un code à l'autre, c'est savoir traduire l'une par l'autre ces deux langues."

Jeremy Bentham<sup>2</sup>

#### **I. LE DEBAT SUR LA NATURE NORMATIVE OU SANCTIONNATRICE DU DROIT PENAL**

La question du mode de coexistence entre le droit pénal et les autres branches du droit, en particulier le droit civil, s'est souvent réduite à celle du caractère sanctionnateur ou déterminateur (normatif) du droit criminel. L'interrogation a longtemps été la suivante: le droit pénal se contente-t-il de jouer le rôle du bras armé de l'ordre juridique, prêtant son secours aux autres branches et laissant à ces dernières le soin

<sup>1</sup> Texte, complété par des notes, de deux conférences prononcées devant la Société genevoise de droit et de législation en date du 28 février 2000.

<sup>2</sup> JEREMY BENTHAM, Vue générale d'un corps complet de législation, in Traité de législation civile et pénale, publiés par ETIENNE DUMONT, tome I, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 159 s.

---

SJ 2000 II p. 287, 288

d'aménager les rapports juridiques? Ou détermine-t-il, au contraire, de manière autonome les intérêts qu'il défend, en établissant ses propres normes de comportement, quitte à contredire parfois des choix faits par d'autres branches du droit?

Le modèle d'un droit pénal purement sanctionnateur remonte à Rousseau, qui écrivait en 1762: "les lois criminelles (...) dans le fond sont moins une espèce particulière de lois, que la sanction de toutes les autres"<sup>3</sup>. Cette idée a été reprise et approfondie par beaucoup de juristes au cours des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles. A l'époque du règne presque sans partage de la pensée civiliste, le droit pénal a parfois été réduit à des fonctions ancillaires vis-à-vis du droit privé<sup>4</sup>. Il y a eu, néanmoins, des mouvements de révolte contre cet asservissement aux constructions du droit civil, jugées trop formalistes. En Allemagne, les juristes nationaux-socialistes<sup>5</sup> se sont fixé pour but de libérer le droit pénal des chaînes du droit civil, après l'avoir libéré de celles du principe de la légalité, aboli en 1935 par l'"Analogiegesetz"<sup>6</sup>. En France, la querelle de l'autonomie faisait rage à l'époque de l'apogée de l'École de la défense sociale<sup>7</sup>.

Ce débat est aujourd'hui dépassé: le juriste contemporain reconnaît au droit pénal une autonomie relative, dont la limite réside dans l'idée d'unité du système<sup>8</sup>. Le droit est défini comme un système rationnel

---

SJ 2000 II p. 287, 289

de normes; or, un système se caractérise, d'une part, par la cohérence et l'interdépendance des éléments qui le composent et, d'autre part, par une certaine différenciation de ces derniers<sup>9</sup>. Ce modèle reconnaît à chaque discipline juridique sa fonction spécifique en même temps qu'il postule l'unité du droit. Le droit pénal n'est donc ni esclave ni maître, mais il entretient avec les autres branches de l'ordre juridique

---

<sup>3</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, in *Oeuvres complètes*, tome III, Paris, Gallimard, 1964, p. 394.

<sup>4</sup> En France, l'idée d'un droit pénal sanctionnateur fut défendue, en particulier, par JOSEPH ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1886, 5<sup>ème</sup> éd., p. 9; J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, tome I, *Droit pénal*, Paris, Sirey, 1927, 2<sup>ème</sup> éd., p. 14. En Allemagne, elle est attribuée à KARL BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig, W. Engelmann, 1872, pp. 143 ss.), dont la théorie des normes servit cependant comme référence à la fois aux tenants d'un droit pénal sanctionnateur et aux champions de l'autonomie. Pour un aperçu des théories défendues en France, en Allemagne et en Suisse depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle, cf. URSULA CASSANI, *La protection pénale du patrimoine, Autonomie et détermination par le droit civil*, thèse, Genève, 1987, Lausanne, Payot, 1988, pp. 28-48.

<sup>5</sup> Le fer de lance de ce mouvement fut BRUNS qui appela à l'émancipation du droit pénal vis-à-vis des constructions artificielles du droit civil (HANS-JÜRGEN BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, 1938, in toto et p. 180).

<sup>6</sup> Loi du 28 juin 1935, RGBl 1935 I 839; sur la portée de l'analogie pendant cette période, cf. HANS-LUDWIG SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Francfort, A. Metzner, 1976, pp. 191 ss.

<sup>7</sup> Les hostilités furent déclenchées par l'ouvrage collectif publié par STEFANI et ses élèves en 1956; GASTON STEFANI (et al.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956 (in toto).

<sup>8</sup> PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Berne, Stämpfli, 1995, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour par BERNHARD STRÄULI, p. 5; JOSE HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie générale I*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, 2<sup>ème</sup> éd., p. 24, n. 74; CESARE PEDRAZZI, *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Editions universitaires, 1985, pp. 15 ss., pp. 22, 26; cf., cependant, pour l'affirmation d'un caractère strictement accessoire, STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, AT I*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, 5<sup>ème</sup> éd., p. 33.

<sup>9</sup> Les auteurs de doctrine qui se sont penchés sur la notion de système du droit et la fonction herméneutique de ce concept sont innombrables. Nous ne citerons que deux ouvrages: CLAUD-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969 (in toto); MICHEL VAN DER KERCHOVE/François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 (in toto).



des rapports multiples, dans lesquels il est tenu d'éviter les incohérences qui nuisent à la solidité de l'ensemble.

## II. L'UNITE DU DROIT: UN POSTULAT REALISE IMPARFAITEMENT

Pour satisfaire aux exigences d'un système rationnel, le législateur est tenu de respecter l'unité normative en évitant de poser des normes de comportement contradictoires. Mais l'unité du droit doit aussi, idéalement, être assurée sous l'angle sémantique (unité terminologique), de même que sous l'angle de la cohérence des valeurs affirmées (unité axiologique) et des buts poursuivis (unité téléologique)<sup>10</sup>.

L'unité du droit ainsi définie n'est pas un constat tiré de l'observation d'un ordre juridique concret, mais un postulat dont la réalisation est imparfaite. Le droit n'est, en effet, pas l'oeuvre cohérente issue du cerveau d'un créateur unique et parfait. L'image du "législateur rationnel", "foyer unitaire de sens", relève du mythe, voire du fantasme<sup>11</sup>. Quiconque a déjà collaboré au processus d'élaboration d'une loi, ne serait-ce qu'à titre de participant à une

---

SJ 2000 II p. 287, 290

procédure de consultation, sait que le droit est un "patchwork" de normes juridiques issues de processus législatifs successifs, auxquels ont participé une multitude d'acteurs animés par des finalités souvent irréconciliables.

### 1. L'unité terminologique

Pour créer des lois parfaitement compréhensibles par le citoyen, le législateur serait bien inspiré de définir les notions qu'il emploie de manière constante: idéalement, le même mot devrait toujours être utilisé pour signifier la même chose, et des mots différents pour signifier des contenus différents.

Ce postulat n'est pas pleinement respecté: de nombreuses divergences terminologiques existent entre les disciplines, comme d'ailleurs à l'intérieur d'une seule et même discipline. C'est ainsi que, pour prendre un exemple, le mot "enfant" recouvre des contenus sémantiques divers en droit suisse. Le code civil l'emploie pour désigner soit un être humain qui vient de naître (art. 31 al. 1 CC, "la naissance accomplie de l'enfant vivant") ou même un fœtus (art. 31 al. 2 CC, "l'enfant conçu"), soit un descendant au premier degré, dont la loi stipule parfois la minorité de manière explicite (par exemple les art. 267a et 273 CC, "l'enfant mineur") ou implicite (par exemple l'art. 289 CC ou les art. 296 ss. CC), tout en renonçant à cette même condition dans d'autres contextes (par exemple à l'art. 256 CC ou à l'art. 473 CC). Le code pénal, quant à lui, s'affranchit de ces définitions, sans pour autant faire preuve d'une plus grande constance. Les art. 82 ss. CP définissant les sanctions pénales applicables aux enfants visent les personnes entre 7 et 15 ans, alors qu'à l'art. 187 CP réprimant les actes d'ordre sexuel avec les enfants, l'âge limite est de 16 ans. L'art. 197 ch. 1 CP, visant celui qui rend la pornographie accessible à des enfants, reprend cette même définition, alors que l'art. 197 ch. 3 CP ne pose aucune limite d'âge pour la définition de la pornographie infantile, ouvrant ainsi la voie à la controverse doctrinale<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> La terminologie est empruntée à KARL ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, Carl Winters, 1935, pp. 43-63; pour une terminologie différente recouvrant des catégories comparables, cf. ZYGMUNT ZIEMBINSKI, *La notion de rationalité du législateur*, *Archives de philosophie du droit* 23 (1978) pp. 175 ss., 179 ss.

<sup>11</sup> JACQUES LENOBLE/FRANCOIS OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980 (in toto et en particulier pp. 3, 80, 114); FRANCOIS OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*, in MICHEL VAN DE KERCHOVE (éd.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 97 ss., p. 182; également ZYGMUNT ZIEMBINSKI, op. cit. note 10, p. 177.

<sup>12</sup> Pour une partie de la doctrine, l'enfant représenté doit avoir moins de seize ans (GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, B.T. I, Berne, Stämpfli, 1995, 5ème éd., § 10, n 6.; JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, 7ème éd., p. 420; URSULA CASSANI, *Les représentations illicites du sexe et de la violence*, RPS 111 (1993) 428 ss., 432), alors que pour d'autres auteurs, il faut qu'il soit manifestement impubère (STEFAN TRECHSEL,

---

SJ 2000 II p. 287, 291

De telles incohérences dans les définitions ne sont ni rares ni inacceptables, tant il est vrai que les termes utilisés dans la loi doivent toujours être interprétés en fonction de leur contexte normatif. Lorsqu'un mot est susceptible d'avoir plusieurs significations, c'est le but de la norme qui indique à l'interprète quel est son sens exact. Il s'ensuit que la signification des mots peut changer en fonction de leur contexte et a fortiori lorsque l'on passe d'une discipline juridique à une autre.

Il arrive néanmoins parfois qu'une branche du droit s'en remette à une autre pour la définition d'une notion qu'elle lui emprunte. Il en va ainsi lorsque la norme pénale se fixe pour but de protéger une institution juridique ou un rapport de droit aménagé par une autre branche et que l'on est donc exceptionnellement fondé à parler de fonction accessoire ou sanctionnatrice du droit criminel. C'est le cas, par exemple, en matière de bigamie: visant à protéger le mariage en tant que lien juridique défini par le droit civil, l'art. 215 CP ne revendique aucun particularisme et ne fait preuve d'aucune fantaisie dans la définition de cette notion.

Un autre exemple d'institution civile protégée par le droit pénal de manière accessoire est celui de la propriété, qui sera évoquée ci-dessous<sup>13</sup>. La possession civile et la maîtrise pénale sont, en revanche, des notions divergentes: les deux branches affirment leur autonomie à cet égard et l'assument par l'emploi de termes différents. Cela est parfaitement conforme au postulat de la rationalité du droit.

## 2. L'unité normative

L'entorse la plus intolérable à l'unité du droit est celle qui touche à l'unité normative, réalisée lorsque deux dispositions énoncent des normes de comportement contradictoires et qu'il n'est donc pas possible de respecter l'une sans violer l'autre. Il n'est pas admissible que le citoyen soit confronté à deux injonctions légales, dont l'une interdit ce que l'autre commande ou permet expressément, ni que le juge ait devant lui deux normes juridiques irréconciliables qui régissent la même situation.

L'ordre juridique s'est doté de règles qui permettent de résorber ces antinomies. Sur le plan vertical, le droit suisse connaît le principe de la force dérogatoire du droit fédéral et celui de la primauté de l'acte de rang supérieur. L'art. 191 CF empêche, certes, la résorption complète des antinomies par ce principe, puisqu'il commande l'application des lois fédérales, qu'elles soient ou non conformes à la constitution; la jurisprudence est, cependant, parvenue à restreindre la portée de cette

---

SJ 2000 II p. 287, 292

norme constitutionnelle<sup>14</sup>. Sur le plan horizontal, les antinomies entre normes de même degré sont éliminées par les principes chers à Hans Kelsen: le principe "lex posterior derogat priori" ou la spécialité<sup>15</sup>.

Au regard de l'unité normative, il serait intolérable que le droit criminel assortisse d'une sanction pénale un comportement commandé ou permis par le droit privé. Le mécanisme par lequel le droit pénal assure cette unité normative est l'art. 32 CP, érigeant en fait justificatif l'acte ordonné ou permis par la loi et servant ainsi de "soupape de sécurité" lorsqu'un comportement réalisant les éléments constitutifs d'une infraction pénale est déclaré parfaitement licite par une autre norme juridique. Ne

---

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, 2ème éd., n. 10 ad art. 197 CP; dans le même sens, GUIDO JENNY/MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, 4. Band, Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Berne, Stämpfli, 1997, n. 6 ad art. 197 CP).

<sup>13</sup> Sect. III, 2, infra.

<sup>14</sup> ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, Berne, Stämpfli, 2000, pp. 647 ss., n. 1831-1849. A noter que l'art. 191 CF deviendra l'art. 190 CF, conformément à la modification constitutionnelle adoptée par la votation populaire du 12 mars 2000.

<sup>15</sup> HANS KELSEN, Théorie pure du droit, traduction française de la 2ème édition par CHARLES EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, pp. 273 ss.



saurait ainsi être condamné pour dommages à la propriété (art. 144 CP), celui qui abat l'animal d'autrui en conformité avec l'art. 57 CO, ni pour abus de confiance (art. 138 CP) ou vol (art. 139 CP), celui qui exerce valablement un droit de rétention ou qui déclare la compensation de créances en conformité avec les art. 120 ss. CO.

La jurisprudence rendue par les tribunaux pénaux à propos de la compensation a pu donner lieu à des malentendus à cet égard. Le droit pénal connaît, en effet, la notion de compensation, traitée comme un motif d'exclusion du dessein d'enrichissement illégitime. Or, il n'y a pas congruence parfaite entre cette notion spécifiquement pénale et le mécanisme régi par le code des obligations. On admet qu'il y a compensation au sens pénal, lorsque l'auteur croit de bonne foi qu'il a contre le lésé une créance de valeur égale et qu'il agit pour récupérer ce qui lui est dû. Ce faisant, le juge pénal fait fi des conditions formelles et matérielles découlant des art. 120 ss. CO, telles que l'existence de créances de nature identique, l'exigibilité ou la déclaration de la compensation. La compensation a été retenue par le juge pénal, alors même qu'elle n'avait pas été déclarée ou qu'elle était exclue par l'art. 125 CO<sup>16</sup>. Pour respecter l'unité terminologique, il eut donc mieux valu éviter d'emprunter au code des obligations un mot qu'il définit de manière précise et parler d'encaissement forcé d'une créance.

Une plus grande précision conceptuelle serait d'autant plus souhaitable que l'admission de la "compensation pénale" et donc de l'absence de dessein d'enrichissement illégitime ne met pas forcément

---

SJ 2000 II p. 287, 293

l'auteur à l'abri d'une condamnation, ce qui ne saurait être admissible, au nom de l'unité normative, s'agissant d'un véritable cas de compensation exercée en conformité avec le code des obligations. Lorsqu'une infraction d'appropriation est commise sans dessein d'enrichissement illégitime, l'auteur reste, en effet, punissable en application de l'art. 137 ch. 2 al. 2 CP, introduit par la révision des infractions contre le patrimoine entrée en vigueur en 1995<sup>17</sup>. Une soustraction, un abus de confiance ou une autre appropriation illégitime commise par l'auteur qui entend ainsi récupérer une valeur dont il croit de bonne foi qu'elle lui est due, mais qui ne respecte ni les règles de la politesse, ni surtout celles du code des obligations, peut donc être sanctionné par l'art. 137 ch. 2 al. 2 CP. Si un employé qui n'a pas été payé par son patron depuis des mois décide, par exemple, de vendre les outils qui lui ont été remis pour accomplir le travail, afin de se payer ainsi lui-même, il reste punissable pour appropriation sans dessein d'enrichissement illégitime, la compensation proprement dite étant exclue par les art. 120 al. 1 et 125 ch. 2 CO.

Il doit en aller différemment, lorsque la compensation respecte les exigences découlant des art. 120 ss. CO et qu'il y a donc exercice régulier de la compensation au sens strict. L'auteur éteint alors sa dette d'une manière qui est expressément permise par le code des obligations, et l'application de l'art. 32 CP doit conduire à écarter toute sanction pénale, en raison de l'absence d'illicéité. Toute interprétation contraire de la loi aboutirait à criminaliser un mécanisme d'encaissement de créances que le droit des obligations a mis en place pour d'excellentes raisons, qui consistent à simplifier les transactions et à éviter des recours inutiles à l'exécution forcée et à la justice civile.

### 3. L'unité axiologique et téléologique

Ces deux derniers aspects de l'unité du droit postulent la cohérence des valeurs affirmées et des buts poursuivis par l'ordre juridique dans son ensemble. Une disposition légale ne doit pas contrecarrer les choix axiologiques et téléologiques qui sous-tendent les autres dispositions du droit; une discipline juridique ne doit pas rendre vains les efforts de l'autre.

---

<sup>16</sup> ATF 105 IV 35; ATF 81 IV 235; 74 IV 32; 74 IV 90.

<sup>17</sup> Loi fédérale du 17 juin 1994, en vigueur depuis le 1er janvier 1995, RO 1994 2290 2309; FF 1991 II 933 ss.

A cet égard aussi, la mise en oeuvre de l'unité du droit est cependant loin d'être parfaite. L'on songera, en particulier, à l'incohérence axiologique qui consiste à ne pas pénaliser la tentative de suicide, voire la consommation de l'alcool et du tabac, mais à réprimer -- sauf

---

SJ 2000 II p. 287, 294

ordonnance médicale -- la consommation de substances psychotropes tombant sous le coup de la législation sur les stupéfiants.

Un autre exemple de tensions axiologiques et téléologiques évidentes est celui du traitement de la corruption de fonctionnaires. Toutefois, les incohérences essentielles dans ce domaine ont été corrigées par des révisions législatives votées à la fin de l'année 1999.

-- Selon sa teneur entrée en vigueur en 1942, le code pénal suisse se limitait à réprimer la corruption de fonctionnaires suisses, à l'exclusion de celle des agents publics étrangers (art. 288, 315 et 316 CP de 1937). Ce nonobstant, nos autorités prêtaient leur concours aux enquêtes pénales conduites à l'étranger par le biais de l'entraide internationale en matière pénale, accordée aux pays poursuivant la corruption de leurs propres fonctionnaires sur la base d'une interprétation abstraite du principe de la double incrimination (SJ 1994 109). Le droit pénal suisse ne considérait donc pas la corruption de fonctionnaires étrangers comme parfaitement admissible; seulement, il s'abstenait de la réprimer, estimant que cette tâche incombait exclusivement à l'Etat touché par la corruption de son serviteur.

-- De manière parfaitement compatible avec ce retrait du droit pénal suisse qui ne signifiait pas approbation, le droit privé sanctionnait la corruption par des mécanismes que Pierre Tercier a su rappeler récemment<sup>18</sup>. Le droit des obligations considérait le contrat de pot-de-vin avec un fonctionnaire suisse comme illicite, celui avec un agent public étranger comme immoral; dans les deux cas, le contrat était nul au sens de l'art. 20 CO. Cela ne semble pas avoir empêché certains arbitres suisses de fermer les deux yeux et de prêter leur concours à la résolution de litiges portant manifestement sur l'exécution de contrats de pots-de-vin.

-- Le droit fiscal, quant à lui, admettait la déductibilité, au titre des charges justifiées par l'usage commercial, des sommes payées pour corrompre; cette règle, instaurée par un arrêt du Tribunal fédéral de 1946<sup>19</sup>, suivi par une circulaire de l'administration fiscale fédérale datant de la même année<sup>20</sup>, valait non seulement

---

SJ 2000 II p. 287, 295

pour la corruption d'agents publics étrangers mais aussi pour les pots-de-vin payés en Suisse à des fonctionnaires ou des personnes privées. La différence résidait dans le fait que le contribuable était tenu de fournir des renseignements plus précis sur les destinataires de pots-de-vin payés en Suisse, exigence qui était sans doute de nature à dissuader les contribuables de faire état de leurs paiements illicites.

Qu'il s'agisse de la corruption de fonctionnaires suisses ou étrangers, on était en présence d'une incohérence axiologique flagrante. Le droit fiscal, se prévalant de son autonomie, adoptait un point de vue purement économique et moralement neutre et refusait de tenir compte du fait que d'autres branches du droit considéraient les paiements déduits par le contribuable comme illicites ou immoraux. Or, si l'on comprend aisément que le droit fiscal ait pour but de frapper chaque contribuable de manière équitable, en tenant compte des réalités économiques, et s'il est parfaitement conforme à cette logique que le pot-de-vin soit déductible par celui qui le verse mais

---

18 PIERRE TERCIER, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II 225 ss.; pour une étude approfondie des sanctions prévues par le droit des contrats et le droit pénal en cas de corruption publique et privée, cf. ANNE HERITIER, Les pots-de-vin, thèse, Genève, Georg, 1981.

19 ATF du 25 octobre 1946, E. A.-G. gegen Aargauische Rekurskommission, Archives 15 (1946/1947) p. 219.

20 Circulaire du 8 novembre 1946 de l'Administration fédérale des contributions, Kreisschreiben der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. November 1946, Archives 15 (1946/1947) p. 141.



imposable en mains de celui qui le touche, il est difficile d'imaginer que les autorités fiscales suisses aient eu l'illusion que les bénéficiaires étrangers -- agissant très certainement en violation de leur législation pénale nationale -- déclaraient ces gains à leurs propres autorités fiscales. Les montants versés à l'étranger échappaient ainsi à toute imposition, de sorte que le but économique poursuivi par le droit fiscal et justifiant son amoralisme n'était pas réalisé, ou du moins pas entièrement. Plus important sous l'angle de l'unité du droit, le particularisme fiscal suscitait et entretenait une certaine ambiguïté concernant le caractère socialement inacceptable de ces paiements, souvent perçus comme des délits de bagatelle (Kavaliersdelikte).

Cette incohérence vient d'être supprimée, puisqu'en date du 22 décembre 1999, le parlement a voté une révision du droit pénal suisse en matière de corruption, dont une des innovations est qu'il érige en crime la corruption de fonctionnaires étrangers (322septies CP)<sup>21</sup>. Dans la foulée, il a aussi adopté une loi mettant fin à la déductibilité fiscale des pots-de-vin payés à des agents publics suisses et étrangers<sup>22</sup>. Les pots-de-vin payés à des représentants d'entreprises privées, dans le but de les amener à trahir les intérêts qui leur sont confiés, ne sont, en revanche, pas visés par la nouvelle loi fiscale.

II

---

SJ 2000 II p. 287, 296

faut probablement en déduire qu'ils restent considérés comme des charges justifiées par l'usage commercial, nonobstant le fait qu'ils sont réprimés, quoique sur plainte seulement, en vertu des art. 4 lit. b et 23 LCD et, le cas échéant, de l'instigation à la gestion déloyale (art. 158 CP). A cet égard, les tensions axiologiques subsistent donc.

### III. LE CARACTERE ACCESSOIRE DE LA PROTECTION PENALE DU PATRIMOINE

Le domaine patrimonial est celui où la question d'une détermination de la protection pénale par les règles de droit civil s'est le plus souvent posée. C'est, en effet, au droit civil qu'il incombe au premier chef d'aménager les rapports pécuniaires contractuels et extra-contractuels entre les personnes, ainsi que les rapports entre les personnes et les choses.

#### 1. Le dommage subi dans un contrat illicite

Le débat sur la cohérence entre droit civil et pénal est resté particulièrement vif en ce qui concerne la protection pénale de celui qui subit une atteinte à ses intérêts patrimoniaux dans une transaction illicite.

Le droit civil refuse son concours à celui qui s'engage dans une affaire illicite ou immorale. Le contrat illicite ou immoral est nul (art. 20 CO), son exécution ne peut être obtenue par les voies de droit, et les prestations déjà faites ne peuvent être récupérées au titre de l'enrichissement illégitime, puisque l'art. 66 CO s'oppose à la répétition de l'indu. Il s'agit là d'une nullité sanction, par laquelle le droit privé suisse manifeste sa désapprobation vis-à-vis de certaines transactions.

Le droit pénal, quant à lui, considère qu'il est possible d'être la victime d'une infraction pénale, par exemple d'une escroquerie, d'un abus de confiance ou d'une usure, alors même que l'on s'est engagé dans une transaction illicite. Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait là de la manifestation par excellence de l'autonomie du droit pénal vis-à-vis du droit civil.

La question a été examinée dans sa jurisprudence à propos de la tromperie commise par le trafiquant de drogue qui abuse son client sur le degré de pureté de la substance qu'il lui vend. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral affirmait que le vendeur qui prétendait offrir des stupéfiants de qualité courante, alors que la marchandise était de

---

<sup>21</sup> Révision du droit pénal de la corruption (Modification du code pénal suisse et du code pénal militaire), du 22 décembre 1999, FF 2000 I 66. Cette modification est entrée en vigueur le 1er mai 2000 (RO 2000 1121, du 2 mai 2000).

<sup>22</sup> Loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes, du 22 décembre 1999, FF 2000 I 88. L'entrée en vigueur de cette loi n'est pas encore fixée.

qualité très médiocre, se rendait coupable d'escroquerie (ATF 111 IV 55). Aux arguments de l'auteur, qui invoquait les art. 20 et 66 CO

---

SJ 2000 II p. 287, 297

et niait l'existence d'un dommage reconnu par l'ordre juridique suisse, le Tribunal fédéral répondait que le droit pénal était autonome par rapport au droit civil et qu'il n'était par conséquent pas tenu de respecter les choix éthiques de ce dernier. Le Tribunal fédéral préconisait ainsi une définition autonome des intérêts patrimoniaux protégés par le droit pénal, en application de la théorie économique du patrimoine.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence, en préconisant la parfaite harmonie de l'appréciation pénale et civile portée sur les transactions illicites (ATF 117 IV 139). Non pas que le résultat de l'analyse en fût modifié: le Tribunal fédéral admet aujourd'hui comme autrefois qu'une escroquerie peut être commise à l'occasion d'une transaction illicite. Il renverse, en revanche, l'argumentation sur laquelle ce résultat se fonde, en adoptant une définition accessoire du dommage patrimonial. Adhérant désormais à la théorie "juridico-économique" du patrimoine, le Tribunal fédéral soutient que le droit pénal ne protège que les éléments patrimoniaux qui bénéficient également d'une protection civile (ATF 117 IV 148 ss.)<sup>23</sup>. Or, et c'est là que réside le point décisif du raisonnement exposé, le droit pénal ne s'oppose nullement au droit civil en admettant qu'il puisse y avoir escroquerie dans des affaires illicites, parce que l'art. 41 CO permet également au lésé de demander la réparation du préjudice subi, lorsque les deux parties s'engagent dans une transaction illicite, mais que la "turpitude" de l'une pèse plus lourd que celle de l'autre<sup>24</sup>.

La condamnation du vendeur de stupéfiants pour escroquerie est ainsi, selon la jurisprudence actuelle, une manifestation de la parfaite concordance de vues entre droit pénal et droit civil (ATF 117 IV 148, 150). En théorie, la victime bénéficiera de la double protection pénale et civile; l'escroc sera puni et devra réparation à sa victime sur la base de l'art. 41 CO. Le prix payé à l'escroc ne sera, en revanche, pas sujet à répétition, ce qui est, de nouveau, parfaitement compatible avec le point de vue du droit pénal, puisque l'argent payé pour acheter de la drogue sera soumis à la confiscation en mains du trafiquant ou d'un tiers, en vertu de l'art. 59 CP.

Cet arrêt a fait couler beaucoup d'encre<sup>25</sup>. A propos du résultat, presque tous les auteurs s'accordent pour affirmer que d'excellents

---

SJ 2000 II p. 287, 298

arguments de politique criminelle justifient la protection des consommateurs de stupéfiants contre les escroqueries commises par leur dealer<sup>26</sup>. Sur le raisonnement, en revanche, qui affirme la dépendance du droit pénal par rapport à la protection civile du patrimoine, les critiques doctrinales ont été très vives. L'on ne saurait, en effet, ignorer

---

23 L'adhésion à cette théorie a été confirmée dans la jurisprudence ultérieure: ATF 122 IV 181; 124 IV 105; SJ 1999 I 218 (abus de confiance commis sur des avoirs provenant du trafic de stupéfiants).

24 ATF 117 IV 149; H. BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allg. Bestimmungen, Art. 1-183, Berne, Stämpfli, 1941, n. 10 ad art. 66 CO.

25 Comme le Tribunal fédéral, quant au résultat et à l'argumentation, KURT SEELMANN, Kein Diebstahl an Betäubungsmitteln möglich? recht 15, 1997 pp. 35 ss., p. 38. Une partie de la doctrine admet qu'il y a dommage patrimonial, mais sur la base d'un raisonnement qui ne repose pas sur la définition civile du patrimoine (GRACE SCHILD, "Mit gestreckten Drogen betrogen", recht 1991 pp. 142 ss. (résolument autonomiste); GUNTER STRATENWERTH, op. cit. note 12, § 15, n. 46 s.). MARKUS BOOG (Zu den Merkmalen der Arglist und des Vermögensschadens beim Betrug im Rahmen rechtswidriger Rechtsgeschäfte, PJA 7/93 779 ss., pp. 782 ss., 784) nie l'existence d'une escroquerie en soutenant qu'il ne saurait y avoir de protection pénale, s'agissant d'une transaction réprouvée par le droit suisse dans son ensemble.

26 Pour l'absence de protection pénale, voire même civile et pénale: MARC AMSTUTZ/MARCEL A. NIGGLI, Unrecht im Unrecht? PJA 2/94 pp. 188 ss., p. 196 (se prononcent pour une définition purement juridique du dommage patrimonial); FELIX BOMMER, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Berne, Stämpfli, 1996, pp. 130, 143.



le caractère "circulaire"<sup>27</sup> du raisonnement exposé par le Tribunal fédéral: le droit pénal admet qu'il y a escroquerie, parce que l'art. 41 CO reconnaît au lésé une prétention en réparation; le droit des obligations, quant à lui, soumet la responsabilité aquilienne à l'existence d'une escroquerie. Chaque branche s'en remet à l'autre, dans un conflit de compétence négatif, dans lequel, pour en revenir au titre de notre exposé, les deux disciplines se disputent le rôle de l'esclave et refusent celui du maître.

Il convient, cependant, de ne pas exagérer la portée de cette difficulté logique, ni celle de la controverse sur le caractère accessoire ou autonome de la définition du dommage patrimonial: est déterminant, au regard de l'unité du droit, le fait que l'ordre juridique suisse, dans son ensemble, porte un jugement cohérent sur un certain comportement, le droit pénal et le droit civil affirmant des valeurs congruentes.

## 2. La propriété portant sur des stupéfiants

Dans un domaine très proche, on assiste actuellement à des controverses plus nourries encore, qui pourraient faire croire à la résurgence d'une véritable querelle de l'autonomie. Il s'agit de la question de savoir si celui qui se procure des stupéfiants en en dépouillant autrui se rend coupable d'une atteinte contre le patrimoine, en particulier de vol.

Le vol est défini comme la soustraction, suivie d'une appropriation, d'une chose mobilière appartenant à autrui. Or, la définition pénale de la propriété se veut strictement accessoire par rapport au droit privé. Est une chose mobilière appartenant à autrui, une chose qui n'est pas

---

SJ 2000 II p. 287, 299

une res nullius et dont l'auteur n'est pas le propriétaire exclusif en application des droits réels.

En vertu de ces règles, l'appartenance à autrui fait défaut s'agissant des choses inaliénables (res extra commercium)<sup>28</sup>. Les stupéfiants sont des choses relativement inaliénables, pour lesquelles deux régimes juridiques coexistent. Le détenteur n'acquiert pas la propriété juridique lorsqu'il s'agit de substances vendues sur le marché illégal (ATF 122 IV 183; 124 IV 102); devient, en revanche, propriétaire le médecin, le pharmacien ou le consommateur qui obtient la substance sur ordonnance du médecin (ATF 122 IV 183). Acquiert aussi la propriété, par un acte réel, celui qui cultive la drogue<sup>29</sup>; cependant, lorsqu'il la vend de manière illégale, il abandonne la propriété, sans pouvoir la transférer à autrui. L'acheteur ne devient donc pas propriétaire.

La limitation des possibilités de détenir légalement des stupéfiants est imposée par le droit public, plus précisément par la Loi fédérale sur les stupéfiants, qui interdit la détention et l'aliénation non autorisées et prévoit la confiscation pénale et la destruction des stupéfiants détenus illicitement. Cette limitation s'impose au civiliste et, en retour, au pénaliste dans son appréciation de l'appartenance juridique à autrui.

De manière irréprochable sous l'angle de la logique et de l'unité entre droit pénal et droit civil, le Tribunal fédéral en a déduit que celui qui soustrayait des stupéfiants acquis par autrui sur le marché illégal ne se rendait pas coupable de vol (ATF 122 IV 179)<sup>30</sup>. Dans l'affaire qui lui était soumise, l'auteur avait reconnu, dans un train venant

---

<sup>27</sup> Dans le même sens, MARKUS BOOG, op. cit. note 25, PJA 7/93 p 783.

<sup>28</sup> La doctrine civile suisse est peu prolifique en ce qui concerne le régime juridique des choses inaliénables, cf. ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Das Sachenrecht, 1. Abt., Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977, p. 17, n. 34 s.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 1. Tb., Berne, Stämpfli, 1981, 5ème éd., p. 91, n. 198 s.; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts I, Berne, Stämpfli, 1991, n. 194 ss.; JÖRG SCHMID, Sachenrecht, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, p. 2 n. 13; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, vol. I, Berne, Stämpfli, 1997, 3ème éd., p. 30 n. 76 s.

<sup>29</sup> KURT SEELMANN, op. cit. note 25, recht 15, 1997, p. 37.

<sup>30</sup> Le Tribunal fédéral avait jugé en sens contraire dans trois arrêts non publiés en matière d'EIMP, cités in ATF 122 IV 180 s.



d'Amsterdam, un voyageur comme étant un trafiquant de drogue notoire; il a profité d'une inattention de ce passager pour lui soustraire sa valise, dont il supposait à raison qu'elle contenait de la drogue. Le Tribunal fédéral a écarté le vol, faute d'appartenance à autrui, sous réserve de la soustraction de la valise et des autres objets, parfaitement aliénables, qu'elle pouvait contenir. La soustraction de la drogue a

---

SJ 2000 II p. 287, 300

donc été examinée à la seule lumière de l'art. 19 LStup, réprimant l'acquisition et la détention des substances prohibées.

Dans un obiter dictum, le Tribunal fédéral a précisé, en outre, que la victime d'une tromperie astucieuse qui remettait à autrui des stupéfiants n'était pas fondée à se plaindre d'escroquerie, au motif que des stupéfiants détenus de manière illicite n'étaient pas des éléments patrimoniaux protégés par le droit civil suisse (ATF 122 IV 184<sup>31</sup>). L'acheteur de stupéfiants est donc protégé contre les escroqueries mais non le vendeur, parce que l'argent que paie le premier est un élément du patrimoine qui bénéficie de la protection de l'ordre juridique, ce qui n'est pas le cas des stupéfiants détenus sans droit par le second.

Cet arrêt a soulevé de vives controverses<sup>32</sup>: les critiques les plus pointues -- celles de Seelmann<sup>33</sup> -- tiennent au fait que la situation au regard du droit civil est elle-même passablement incertaine, la doctrine suisse n'y ayant consacré que des analyses très succinctes<sup>34</sup>. La doctrine allemande invoquée par Seelmann, quant à elle, n'aboutit pas toujours à la conclusion que les res extra commercium échappent à la propriété<sup>35</sup>.

---

SJ 2000 II p. 287, 301

La jurisprudence du Tribunal fédéral a rencontré l'opposition de certains tribunaux romands. La Cour de Justice genevoise, à l'instar du Tribunal correctionnel du district de Lausanne<sup>36</sup>, a refusé d'en tenir compte dans un arrêt rendu quelques mois plus tard, à propos de consommateurs de stupéfiants qui avaient menacé leur "dealer" d'un couteau, pour obtenir ainsi de l'héroïne. Estimant qu'il y avait bien eu soustraction d'une chose appartenant à autrui, commise au moyen d'une menace pour la vie, la Cour de Justice a confirmé la condamnation des auteurs pour brigandage. Le Tribunal fédéral a cassé l'arrêt genevois, en répétant qu'en l'absence d'une atteinte à la propriété d'autrui, il n'y avait pas de vol, et par conséquent pas de brigandage (ATF 124 IV 104). Les faits

---

<sup>31</sup> Le Tribunal fédéral expose à juste titre que les stupéfiants ne sauraient être protégés au regard de la théorie juridico-économique du patrimoine adoptée dans l'ATF 117 IV 139 et compte tenu du fait que ces substances sont soumises à la confiscation au sens de l'art. 58 CP (ATF 122 IV 184; argument également retenu dans l'ATF 124 IV 105). Cela ne signifie pas, pour autant, que la protection pénale soit déniée à toutes les valeurs patrimoniales qui sont susceptibles d'être confisquées. Il faut, en effet, comprendre les considérants du Tribunal fédéral dans le sens qu'ils visent les choses dangereuses, immorales ou contraires à l'ordre public sujettes à la confiscation au sens de l'art. 58 CP et non les valeurs patrimoniales qui sont le produit d'une infraction et doivent, dès lors, être confisquées en vertu de l'art. 59 CP. C'est donc à raison que le Tribunal fédéral a considéré que l'argent ou des fonds en compte provenant du trafic de la drogue étaient susceptibles de faire l'objet d'une infraction patrimoniale, en l'espèce d'un abus de confiance commis par l'avocat auquel ils ont été confiés (SJ 1999 I 219).

<sup>32</sup> La doctrine est divisée: l'arrêt a été rejeté par PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht*, Berne, Stämpfli, 1995, n. 9 ad art. 27 LStup; KURT SEELMANN, *op. cit.* note 25, recht 15, 1997 p. 37; JOSE HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie spéciale I*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, 3ème éd., n. 693; DANIEL STOLL, JT 1997 IV 141 ss.; ANTOINE LANDRY, JT 1998 IV 2 ss. Sont, en revanche, favorables à la jurisprudence du Tribunal fédéral, JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, *op. cit.* note 12, p. 75 n. 55; STEFAN TRECHSEL, *op. cit.* note 12, n. 4a ad art. 137 CP; HANS WIPRÄCHTIGER, *Entwicklungen im revidierten Vermögensstrafrecht*, PJA 4/99 379 ss., p. 381; nuancé: HANS SCHULTZ, *Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1996*, RJB 133 (1997) p. 395 s.

<sup>33</sup> *Op. cit.* note 25, recht 15, 1997 pp. 35 ss.

<sup>34</sup> Cf. note 28, *supra*.

<sup>35</sup> KURT SEELMANN, *op. cit.* note 25, recht 15, 1997, p. 37, note 5.

<sup>36</sup> Relaté par ANTOINE LANDRY, *op. cit.*, note 32, JT 1998 IV 2 ss.



devaient donc être qualifiés de contrainte (art. 181 CP), en concours avec une infraction à l'art. 19 LStup (ATF 124 IV 105).

Cette jurisprudence mérite d'être approuvée, parce qu'il y a des arguments forts en faveur de l'interprétation strictement civiliste de la propriété. Les infractions contre la propriété sont conçues comme des normes de protection accessoires à celles découlant des droits réels: l'institution de la propriété bénéficie d'ailleurs d'une protection beaucoup plus extensive que les autres droits pécuniaires. Il est impossible de comprendre la structure de la protection pénale du patrimoine, si l'on fait abstraction de la définition civile de la propriété d'une chose corporelle. Le droit pénal dépend donc du droit privé, parce que les architectes du code pénal l'ont voulu ainsi et que la construction toute entière s'effondrerait, si l'on faisait abstraction de cet emprunt au droit civil.

Cette jurisprudence suscite néanmoins un certain malaise, qui fait que c'est peut-être à raison que Hans Schultz l'a qualifiée de boîte de Pandore<sup>37</sup>.

Il n'y a, en effet, aucun doute que les stupéfiants sont des biens dont la détention est extrêmement convoitée. Prétendre que celui qui se procure de la drogue sans bourse délier, par la soustraction, la menace ou la tromperie, ne déploie pas une énergie criminelle certaine et ne mérite pas d'être sanctionné de ce fait, revient à fermer les yeux devant les réalités sociales. Sous cet angle, punir le voleur pour la soustraction du contenant -- soit, dans la première affaire relatée ci-dessus, de la valise -- mais non du contenu, peut paraître à la limite du grotesque.

---

SJ 2000 II p. 287, 302

L'on ne saurait ignorer, par ailleurs, les inégalités de traitement difficilement justifiables qui naissent de la coexistence de deux régimes juridiques différents en matière de stupéfiants. En effet, celui qui soustrait de la méthadone à un pharmacien ou de l'héroïne à un médecin qui est habilité à la distribuer commet un vol, puisque ces personnes détiennent ces substances de manière licite. Or, le propriétaire volé ne perd pas ses droits de propriétaire; si ces substances sont volées au voleur, il y a appropriation au détriment du propriétaire pharmacien ou médecin, sous réserve bien sûr des correctifs résultant de l'art. 19 CP en cas d'erreur de fait.

De la même manière, si l'on admet, à l'instar de Seelmann<sup>38</sup>, que celui qui cultive ces substances en devient propriétaire par un acte réel, il s'ensuit qu'elles peuvent lui être volées, alors même qu'il ne les détient pas légalement pour autant.

Enfin, le consommateur qui obtient des stupéfiants sur ordonnance médicale devient propriétaire; en toute logique, celui qui lui vole ces substances sera punissable. Or, le droit pénal se place avant tout du point de vue de l'auteur et se demande si son comportement est ou non antisocial; sous cet angle, voler un drogué qui consomme aux frais de l'assurance maladie n'est pas plus répréhensible que de voler celui qui se procure les substances sur le marché illégal.

Il s'ensuit que, sous couvert d'unité du droit, cette jurisprudence fait naître des incohérences axiologiques au sein même du droit pénal.

La situation juridique se compliquerait encore, si la consommation de stupéfiants était décriminalisée. Les différents modèles proposés actuellement retiennent une dépénalisation de la consommation du cannabis, voire de tous les stupéfiants, qui irait de pair avec la renonciation à poursuivre la fabrication et le petit commerce, soumise à

---

<sup>37</sup> HANS SCHULTZ, op. cit. note 32, RJB 133 (1997) p. 396.

<sup>38</sup> Op. cit. note 25, recht 15, 1997, p. 37. Ne paraît, en revanche, pas convaincante l'argumentation que cet auteur (op. cit., p. 39) fonde sur l'art. 727 CC, s'agissant de stupéfiants non aliénables coupés avec un produit qui est, lui, parfaitement licite (par exemple du lait en poudre). Selon SEELMANN, le mélange ferait passer le droit de propriété à celui qui était le propriétaire de la substance utilisée pour le coupage, ce qui aboutirait à la conséquence effectivement inéquitable que les stupéfiants coupés, de loin les plus nombreux sur le marché, seraient aliénables, mais non la substance pure. A cette interprétation, l'on objectera que le produit utilisé par le coupage de stupéfiants doit être considéré, dans le mélange, comme un simple accessoire au sens de l'art. 727 al. 2 CC et que son propriétaire ne devient, par conséquent, pas le propriétaire du tout.



certaines conditions à définir dans la loi ou une ordonnance du Conseil fédéral<sup>39</sup>. La possession de stupéfiants ne deviendrait donc

---

SJ 2000 II p. 287, 303

pas licite, mais l'infraction serait soustraite à la poursuite, ce qui signifierait sans doute également qu'il n'y aurait pas de confiscation pour les petites quantités destinées à la consommation et à la commercialisation dans les conditions énoncées par la loi ou l'ordonnance. Il faudrait probablement en déduire que l'ordre juridique protégerait la possession, la fabrication et la commercialisation en petites quantités, ce qui aboutirait au résultat absurde qu'il n'y aurait pas de vol possible pour le commerce en gros, mais que la substance récupérerait son aliénabilité pour le commerce au détail. Ce serait une incongruité de plus.

Ces incohérences axiologiques démontrent la difficulté qu'éprouve le droit suisse à définir une politique de la drogue conciliant les réalités sociales avec les conventions internationales auxquelles notre pays est partie. Elles reflètent la fracture profonde entre droit et faits dans ce domaine, dont elles ne constituent d'ailleurs qu'une manifestation d'importance relativement mineure au regard de l'ensemble des enjeux sociaux en cause.

---

<sup>39</sup> La procédure de consultation annoncée dans la FF 1999 6584 a porté sur cinq propositions législatives consacrant des solutions plus ou moins larges, dont deux émanaient du Conseil fédéral et trois de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national; cf. Département fédéral de l'intérieur, Révision de la loi sur le stupéfiants du 3 octobre 1951. Rapport explicatif, Projet pour la consultation (non daté); Conseil national, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique, Dispositions pénales de la loi sur les stupéfiants. Modification (CSSS), Rapport et proposition du 30 avril 1999. La procédure de consultation s'est terminée le 31 décembre 1999; dans l'ensemble, les prises de position étaient favorables à la dépénalisation de la consommation du cannabis.