Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 58 (1939)

Artikel: Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 du code pénal suisse

Autor: Panchaud, André

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896260

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 06.01.2026

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

Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 du code pénal suisse

par André Panchaud, docteur en droit,
juge au Tribunal cantonal, Lausanne.

TABLE DES MATIÈRES. Page

Principales sources 57a

Ie partie. La portée de l'article 335 . . . . . 58a

I. Diverses classifications des infractions 59a
1⁰ Classification „délits-contraventions" 59a
2⁰ Classification „droit pénal — droit de police" . 63a
3⁰ Classification „droit pénal proprement dit — droit pénal administratif" 65a

II. L'infraction administrative 66a
1⁰ Critère fondé sur la source législative 68a
2⁰ Critère tiré de l'autorité répressive 68a
3⁰ Critère fondé sur la culpabilité 69a
4⁰ Critère tiré d'une certaine sphère de l'activité humaine 69a
5⁰ Critère fondé sur l'activité administrative de l'Etat 71a

III. Force dérogatoire du droit fédéral 72a
1⁰ Droit pénal commun 72a
2⁰ Droit pénal administratif 73a
a) Contraventions de police 75a
b) Droit administratif 76a

IV. Garantie de la compétence réservée au législateur cantonal 77a
1⁰ Le conflit entre la sanction pénale de la Confédération et celle du canton, en matière administrative 77a
a) Solution législative et doctrinale de ce conflit 77a
b) Solution pratique du conflit 79a
2⁰ La portée du droit pénal administratif dans l'Etat fédératif 81a

IIe partie. Les diverses infractions cantonales 83a
I. Les contraventions de police (art. 335, al. 1) . . . 83a
1⁰ Définition 83a
2⁰ Effets du code suisse. Réserve des contraventions de police de la Confédération 84a
3⁰ Cas spéciaux 84a
a) Petites infractions à la pudeur 84a
b) Faits immoraux laissés impunis par le code suisse 85a
c) Associations illicites 86a
II. Les infractions administratives (art. 335, al. 2) . . . 92a
1⁰ Infractions concernant la sécurité publique . . . 92a
a) Délits d'incendie, explosion, construction défectueuse, etc. 92a
b) Délits contre la santé publique 93a
c) Entrave aux services d'intérêt général 94a
2⁰ Protection et développement de l'agriculture . . 94a
3⁰ Protection et développement du commerce, de l'artisanat et de l'industrie 95a
a) Chômage 95a
b) Presse 96a
4⁰ Protection de l'activité administrative de l'Etat . 97a
a) Administration de la justice 97a
b) Exercice des droits politiques 99a
c) Exercice de l'autorité en général 99a
5⁰ Discipline des magistrats et fonctionnaires, ainsi que des personnes exerçant une profession surveillée par l'Etat 100a
III. Les infractions fiscales (art. 335, al. 3) 101a

IIIe partie. Les dispositions générales applicables au droit pénal cantonal 102a
I⁰ Genèse de la loi. Actuelle liberté des cantons . . . 102a
a) Quant aux dispositions générales 102a
b) Quant aux peines 103a
II. Recherche d'une solution législative pour les cantons 105a
Renvois possibles aux dispositions générales du code suisse 105a
1⁰ Délits cantonaux 106a
a) Leur délimitation et leur désignation législative 106a
b) Dispositions générales applicables 109a
2⁰ Infractions fiscales cantonales 110a
3⁰ Contraventions cantonales 111a
Thèses 113a

Principales sources.

A. Travaux législatifs.

Avant-projet (disp. fin. et art. 214) et exposé des motifs du prof. Stooss, 1893. — Délibérations de la 1re commission d'experts 2 vol., 1893—1895 (II p. 338 s., 708 s., 722 s.). — Avant-projet de la 1re commission d'experts, 1896 (disp. fin.). — Exposé des motifs du prof. Zürcher concernant le IIIe livre, 1912 trad. Gautier (p. 1 s.). — Procès-verbal de la 2e commission d'experts 8 vol., 1912—1915 (VIII p. 17 s.). — Projet de la commission de rédaction, 1915 (art. 357). — Projet (art. 352) et Message du Conseil fédéral, 1918 (p. 89 s.).

Verhandlungen der Subkommission der nat.rätl. Kommission betr. des schw. Str.GB. 12., 13., 14. Mai 1927*). — Verhandlungen der Kommission des Nat.rates betr. das schw. Str.GB. 16.—20. Mai 1927 et 18.—24. Aug. 1927*). — Verhandlungen der Kommission des Ständerates betr. das schw. Str.GB. 13.—17. Okt. 1930, 10.—11. Mai 1935*).

Bulletin sténographique du Conseil national (p. 505 s., 547 s., 565 s., 714, 753 s.) et du Conseil des Etats (p. 237 s., 335). — Circulaire du Département fédéral de justice et police aux gouvernements cantonaux concernant l'introduction du code pénal suisse, du 27 décembre 1938 (p. 6).

*) Ces documents sont déposés à la bibliothèque du Département fédéral de justice et police.

B. Ouvrages suisses.

Cornaz, Auguste, Notes concernant un avant-projet de code pénal suisse, Neuchâtel 1893.

Delaquis, Ernst, Bedeutung und Umfang der Strafrechtseinheit ZSR. 1919 (p. 623).

Hafter, Ernst, Lehrbuch des schw. Strafrechts, Allg. Teil, Berlin 1926.

Renold, Wilhelm, Das schw. Bundesverwaltungsstrafrecht (Zürch. Beitr.) 1905.

Zürcher, Emil, Wichtigste Grundlage eines einheitlichen Strafrechts, ZSR. 1892 (p. 507).

C. Ouvrages allemands.

Frank, Reinh., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 7e éd. Tübingen 1926 (ad. 29. Tit. Übertretungen und ad § 1 p. 11).

von Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, II Das Verbrechen, Berlin 1930 (§ 10).
von Liszt, Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26e éd. 1932 (ad § 2 Einf.ges.).

Ière partie.

La portée de l'article 335.

L'article 335 du code pénal suisse fait allusion à des catégories d'infractions, qu'il suppose connues: les contraventions de police, les infractions administratives, les infractions de procédure, les infractions fiscales.

Il prescrit en effet:

„Contraventions. Droit pénal administratif et fiscal[1]).

1. Les cantons conservent le pouvoir de légiférer sue les contraventions de police[2]) qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale.

Ils ont le pouvoir d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration et de procédure.

2. Ils conservent le pouvoir d'édicter les dispositions pénales nécessaires pour assurer l'observation du droit cantonal en matière fiscale."

Quelle est la place de ces contraventions de police, de ces contraventions d'administration ou de procédure, de ces infractions fiscales dans la classification du droit pénal? C'est ce qu'il faut examiner tout d'abord[3]).

---

[1]) En allemand: Polizei- und Verwaltungsstrafrecht, Steuerstrafrecht. — En italien: diritto penale di polizia, amministrativo e fiscale.

[2]) En allemand: Übertretungen. — En italien: contravvenzioni di polizia.

[3]) Comme on le verra, notre tâche ne sera pas aisée. Déjà devant la 2e Commission d'experts (VIII 23), M. Kaiser signalait que l'expression „droit pénal de police (Polizeistrafrecht)" n'était pas définie en droit pénal et qu'ainsi l'art. 357 (aujourd'hui 335) était vicié à sa base. Cf. Comm. C E 10 mai 1935 (Wettstein).

I. Diverses classifications des infractions.

1° Classification „délits-contraventions".

a) Userons-nous, pour interpréter l'art. 335, de la classification, aussi connue que mal définie, des délits et des contraventions? Car l'art. 335, en son texte français, emploie, tant à l'al. 1er qu'à l'al. 2d ou dans la note marginale, le terme contravention; et dans le texte allemand on lit Übertretungen.

Mais, si l'on veut prendre la notion de contravention comme critère de distinction du droit cantonal (sous réserve des contraventions fédérales), il faut s'expliquer sur ce que l'on entend par là.

En droit français la contravention, c'est l'infraction qui est punie d'une peine de simple police. En droit allemand, c'est celle qui est punie d'arrêts ou d'amende jusqu'à 150 marks. En droit suisse, selon le système du CPS (art. 101 et 333), la contravention est toute infraction passible des arrêts (jusqu'à trois mois, art. 39), ou de l'amende (en principe jusqu'à 2000 frs., art. 106).

Mais il est clair que cette définition de la contravention, fondée sur la peine, ne peut être qu'une définition de lege lata: c'est une fois la loi faite, les peines fixées, que l'on voit alors ce qui est contravention et ce qui est délit.

En revanche, pour le législateur cantonal, qui veut savoir quel est son domaine, c'est-à-dire quelles sont les infractions dont il peut assumer la répression, une telle définition de la contravention sera sans portée aucune. L'art. 335 ne peut pas signifier que le législateur cantonal aurait le pouvoir de réprimer toute infraction quelconque, pourvu qu'il ne dépasse pas un certain plafond de peine. Il suffit pour le démontrer de rappeler qu'en plus du texte actuel de l'art. 335, les projets (tout au moins l'avant-projet Stooss de 1893 et le projet du Conseil fédéral de 1918) posaient expressément la règle que les cantons n'avaient pas à leur disposition d'autres peines privatives

de liberté que celles des arrêts ou de l'amende; si le mot lui-même de contravention impliquait cette conséquence, il n'eût pas été nécessaire de l'exprimer. De plus, lorsqu'on a supprimé dans le texte légal le maximum des peines à disposition des cantons, ce fut pour laisser à ceux-ci toute liberté à cet égard, pourvu qu'ils soient dans leur domaine propre[4]).

Un autre motif s'oppose encore à ce que l'on interprète le terme de contravention de l'art. 335 dans le sens étroit de la définition du code pénal suisse; c'est celui-ci: chacun est d'accord pour reconnaître que les cantons ne sauraient, même en se limitant à une amende ou aux arrêts, édicter des peines pour des faits que le législateur fédéral a intentionnellement voulu laisser impunis, dans les domaines qui sont nettement les siens, tels que les délits contre la vie et l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, etc.; or ramener la compétence du législateur cantonal à un simple plafond de peine, c'est lui entr'ouvrir au moins les portes de ces catégories de délits.

Dès lors il faut affirmer que le terme contravention qui figure à l'art. 335 n'a pas le sens précis donné par la définition de l'art. 101 CPS.

b) Y aurait-il alors, recouvrant ou au moins expliquant la notion de contravention du droit positif, une conception de cette infraction qui serait de droit désirable et s'imposerait comme telle à tous les législateurs, par conséquent aussi à celui des cantons dans le cadre de l'art. 335? Cette conception-là de la contravention permettrait-elle peut-être de délimiter ce domaine qui a été réservé à la compétence cantonale?

La définition de la contravention est un des gros problèmes du droit pénal. A consulter les spécialistes, il semble qu'il soit insoluble, ou tout au moins qu'il soit resté sans solution jusqu'ici.

---

[4]) Voir p. 103a—104a.

Tout au long de son Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts[5]), le professeur Hafter nie qu'il y ait entre la contravention et le délit autre chose qu'une différence de gravité. Selon lui les manquements qui méritent la plus grande désapprobation et par conséquent la peine la plus sévère, ce sont les crimes; ceux qui, tout en violant l'ordre légal et moral, méritent le moins l'intervention du législateur et du juge pénal sont les contraventions; entre ces deux pôles se placent les délits. Telle est aussi l'opinion du Procureur général Stämpfli, dans un article de la Revue pénale[6]), et celle, en définitive, du grand pénaliste allemand contemporain, von Hippel[7]). C'est là, nous semble-t-il, la doctrine la plus récente du droit pénal. Mais, axée sur la gravité de l'infraction elle se ramène à une définition de la contravention par la peine applicable, la peine étant l'expression visible du degré de gravité de l'infraction. A ce titre la doctrine de Hafter ne nous est d'aucun secours. Il n'est pas possible en effet de dire au législateur cantonal que son domaine comprend toutes les infractions qu'il jugerait peu graves. Ce serait pratiquement le faire juge de sa propre compétence et ce serait limiter celle-ci à un certain degré de peines[8]).

c) Enfin de nombreux pénalistes ont tenté, en dehors du droit positif, de poser un critère qui permît de reconnaître la contravention, non pas selon son aspect quantitatif (ex poena) mais selon son aspect qualitatif (ex delicto), c'est-à-dire selon la nature même de l'infraction dont il s'agit.

Ainsi pour Garraud[9]) les contraventions sont, sous réserve du droit positif, des faits indifférents et sans im-

---

[5]) Hafter, p. 90, 99 etc. Dans le même sens: Hafter, Revue pénale 1931, p. 149.

[6]) Revue pénale 1931, p. 11 s.

[7]) von Hippel, II § 10.

[8]) Voir ci-dessus p. 59a—60a.

[9]) R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3e éd., Paris 1914, t. 1 n. 108.

moralité, accomplis sans mauvaise intention, ne causant ordinairement aucun dommage et dont le caractère compromettant seul nécessite la sanction[10]). Pour feu le juge fédéral Cornaz[11]), expert de la première commission, la contravention est l'infraction qui ne se préoccupe pas de la culpabilité de l'agent, qui ne poursuit pas les buts élevés de la sécurité sociale et du relèvement du condamné. Pour feu le juge cantonal Correvon[12]), également membre de la première commission d'experts, les délits sont les violations de la loi commises avec une intention coupable et les contraventions sont celles qui peuvent être commises sans qu'il y ait intention coupable. Le professeur Zürcher[13]), membre de la deuxième commission d'experts, a exprimé une opinion semblable, sous une forme peut-être plus nuancée: les contraventions seraient caractérisées, objectivement, par une moindre atteinte à l'ordre juridique; subjectivement, par une moindre intention délictueuse; au point de vue symptomatique, par l'impossibilité de conclure nécessairement au caractère dangereux de l'auteur; et enfin, au point de vue moral, par l'absence en règle générale de la réprobation suscitée par l'acte.

Dans son arrêt Bassanesi[14]), le Tribunal fédéral a dû dire si une infraction donnée du droit fédéral représentait une contravention ou un délit, c'est-à-dire si les dispositions générales du code pénal fédéral lui étaient applicables. Il s'agissait de la violation d'un arrêté fédéral sur la navigation aérienne, un aviateur ayant atterri dans le Tessin, sans autorisation, en dehors des places d'atterrissage officielles. A cette occasion la Cour pénale fédérale a recherché quelle était la nature propre de la contra-

---

[10]) Nous songeons, p. ex., au fait de circuler à gauche chez nous ou à droite en Angleterre.

[11]) Cornaz, op. cit.

[12]) 1re Comm. Exp. p. 10.

[13]) 2e Comm. Exp. V 408.

[14]) RO 56 I 413, JT 1931, I 496.

vention. L'objet de la contravention, a-t-elle argumenté, est un fait moralement licite ou indifférent; la contravention est punie indépendamment de l'élément intentionnel; le but de sa répression est d'éviter un danger, de sorte qu'elle a un caractère nettement préventif. Le Tribunal fédéral pose du reste ces principes tout en reconnaissant que les nécessités du droit positif amènent parfois le législateur à punir certains délits comme des contraventions[15]), comme aussi à punir certaines contraventions comme des délits.

Dans des arrêts postérieurs, il est vrai, le Tribunal fédéral, sans déclarer abandonner cette jurisprudence, n'y a plus fait aucune allusion. A l'occasion de deux arrêts de 1937, concernant la défense aérienne passive[16]), il a qualifié de délit une des contraventions de l'arrêté fédéral parce que la peine prévue allait jusqu'à un an d'emprisonnement; et il a qualifié de contravention une autre infraction du même arrêté, dont la peine ne dépassait pas 200 frs d'amende. Dans un plus récent arrêt encore, en matière de trafic d'armes à destination de l'Espagne[17]), il a aussi pris en considération la peine pour qualifier l'infraction de délit, non de contravention.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas en droit pénal une notion suffisamment ferme de la contravention, opposée au délit, — en dehors de celle du droit positif[18]), dont nous avons vu plus haut qu'elle était inapplicable dans notre recherche — pour qu'on y trouve la démarcation du droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335.

2° Classification „droit pénal — droit de police".

Dans l'avant-projet Stooss de 1893, il n'était question, comme matière du droit pénal cantonal, que des contra-

---

[15]) Nous pensons, p. ex., au larcin (cf. art. 138 CPS).

[16]) RO 63 I 326 et 63 I 334.

[17]) RO 64 I 375. Cf. en droit allemand: Reichsgerichtsentsch. Str. 49 n. 30.

[18]) Voir ci-dessous p. 106a—108a, 111a.

ventions de police. La commission d'experts, en 1896, avait tenté de donner une explication de ce terme „contravention de police" en ajoutant (c'est alinéa 2 actuel): les cantons sont en particulier compétents pour légiférer sur les contraventions aux dispositions cantonales d'ordre administratif.

On peut se demander dans ces conditions si l'idée des auteurs du code n'était pas de voir deux grandes catégories d'infractions, les unes du droit pénal proprement dit, appartenant au législateur fédéral, les autres du droit pénal de police, appartenant en principe au législateur cantonal. Une doctrine du droit pénal tentait en effet, précisément à l'époque des premiers travaux de rédaction du code suisse, de diviser tout le droit répressif en droit pénal et droit de police. Représentée surtout par l'Allemand Feuerbach, cette doctrine a trouvé son expression jusque dans une résolution de la 29ème journée des juristes allemands à Karlsruhe, en 1908[19]).

Il serait faux, pensons-nous, de s'inspirer de ces idées pour interpréter le texte de l'art. 335 CPS, au moins dans sa teneur actuelle. On se tromperait fort en désignant sous le nom général contravention de police la totalité de la matière abandonnée à la compétence cantonale par notre article 335.

C'est volontairement, en effet, qu'au cours des travaux législatifs, l'on a mis l'alinéa 2d, concernant les infractions administratives sur le même pied que l'alinéa 1er, relatif aux contraventions de police. Le terme „en particulier" qui introduisait l'alinéa 2d, dans l'avant-projet Stooss et dans la rédaction de la sous-commission du Con-

---

[19]) „Les contraventions aux prescriptions de police, dit cette résolution (trad.), ne sont que des manquements d'ordre et n'appartiennent pas au domaine du droit pénal; elles doivent être soumises à des règles spéciales, aussi bien en droit matériel qu'en procédure."

seil national, a été expressément supprimé au cours des délibérations parlementaires[20]).

Autrement dit, les contraventions de police (alinéa 1er) sont une chose; les infractions administratives (alinéa 2d) en sont une autre[21]). Les secondes ne sont pas comprises dans les premières, en une seule catégorie opposable aux délits de droit commun.

3° Classification „droit pénal proprement dit — droit pénal administratif".

Nous venons de marquer que les infractions administratives ne doivent pas être comprises comme une catégorie des contraventions de police. C'est plutôt l'inverse qui est vrai. Car il est universellement admis que la police est une branche de l'administration[22]); par ail-

[20]) Ce point mérite quelque précision, car tout le sens de l'alinéa 2d est commandé par la question de savoir si les infractions administratives qu'il prévoit sont simplement des cas particuliers de l'alinéa 1er (contraventions de police), si par conséquent la réserve de la législation fédérale joue ici encore. — A la sous-commission du Conseil national (13 mai 1927), le prof. Hafter, expert du Département, (inspiré visiblement par l'avant-projet Stooss), déclare que pour lui l'alinéa 2d ne donne qu'un exemple important des contraventions de l'alinéa 1er; sur quoi l'on précise le texte de cet alinéa 2d en disant: „ils ont notamment (insbesondere) le pouvoir . . .". — Or à la séance de la commission (20 mai 1927), le conseiller national Logoz, qui n'était pas présent aux délibérations de la sous-commission, intervient à son tour: il faut dire au 2d alinéa, explique-t-il, „aussi", au lieu de „notamment", ou bien laisser sans changement cette disposition. La commission, sans opposition, le prof. Hafter étant présent, se range à son avis. L'intention du législateur ne pouvait s'exprimer plus clairement. De ce débat nous croyons pouvoir conclure que les infractions administratives de l'alinéa 2d ne sont pas régies par l'alinéa 1er. — Voir encore p. 79a note 36.

[21]) De même M. Kuhn (Revue pénale 1939 p. 9—10), interprétant l'art. 335, paraît distinguer nettement entre les infractions d'administration et de procédure (al. 2), d'une part, et les contraventions, d'autre part (al. 1).

[22]) Voir p. ex.: Ruck, Verwaltungsrecht, dans „Schweizer Recht" II p. 869; Fritz Fleiner, Principes généraux de droit

leurs l'administration de la justice, c'est-à-dire les règles de la procédure, est aussi une branche de l'administration. De même le fisc.

Dans ces conditions, l'on peut dire tout simplement que le domaine des cantons est désigné en gros par la catégorie des infractions du droit administratif cantonal. Parmi celles-ci il y aura les contraventions de police, concernant l'ordre et la tranquillité publique; puis il y aura les contraventions au droit administratif proprement dit, concernant les règles que l'Etat cantonal impose à chacun dans l'intérêt de la collectivité et dans le cadre de son activité administrative; il y aura encore les contraventions aux règles relatives à l'administration cantonale de la justice et enfin les contraventions aux prescriptions du fisc cantonal.

Telle est la classification que nous adoptons[23]. Il reste maintenant à rechercher à quel critère on recourra pour reconnaître la contravention administrative et la distinguer du délit de droit commun.

II. L'infraction administrative.

Une théorie du droit pénal allemand, illustrée par Goldschmidt, représente le droit pénal administratif (Verwaltungsstrafrecht) comme étant tout à fait distinct du droit pénal: un droit qui possède ses infractions propres, ses règles propres quant aux dispositions générales sur l'acte et sa répression, un droit qui exige une procédure particulière et des tribunaux spéciaux. Cette théorie a

---

administratif allemand, trad. Eisenmann, Paris 1933, p. 53 s.; Giacometti, SJZ 31 375; Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif, Paris 1938, p. 6 s.; O. Mayer, Le droit administratif allemand, Paris 1903, II p. 1; Marcel Waline, Manuel élémentaire de droit administratif, 2e éd., Paris 1939, p. 3 s.

[23]) Dans sa circulaire du 27 décembre 1938, le Département fédéral de justice et police indique les mêmes catégories: droit fiscal, procédure, droit administratif et contraventions.

fait couler en abondance l'encre des imprimeries juridiques allemandes depuis une quarantaine d'années. Elle a été vivement combattue, tout récemment encore, par von Hippel[24]).

Que le rédacteur de notre article 335 ait été, ou non, inspiré par la théorie de Goldschmidt, nous ne pouvons le dire. Une chose est certaine, c'est que l'infraction administrative est à la base de l'interprétation de cette disposition dans son texte actuel: sommes-nous en présence d'un manquement du droit pénal commun, la compétence fédérale ne se discute pas. Avons-nous affaire au contraire à un manquement d'ordre administratif, alors la compétence répressive du canton peut apparaître, soit que l'infraction relève de la police (alinéa 1er), soit qu'elle représente une désobéissance à une injonction ou prohibition de l'administration cantonale (alinéas 2d et 3e).

Mais il va sans dire que, légiférant sur les infractions administratives de leur ressort, les cantons ne sont pas, par là même, liés à une certaine théorie du droit pénal administratif, ni à une certaine procédure. Ils pourront appliquer les principes généraux du droit pénal pour leurs infractions administratives, pour certaines d'entre elles, comme aussi soumettre celles-ci à la procédure pénale et à la juridiction pénale. Mais ils gardent la faculté de prescrire un régime propre à telles autres de leurs infractions administratives, tant au point de vue des règles du droit matériel qu'au point de vue de la procédure. C'est dans ce sens que notre classification des délits en infractions de droit pénal et infractions de droit administratif n'a rien de commun avec la théorie de Goldschmidt.

Il faut se demander maintenant si l'infraction administrative peut être décrite d'une façon générale, selon un critère commun, en dehors de l'énumération de cas particuliers. Une telle définition générale serait en effet nécessaire si l'on veut, en présence d'un fait, pouvoir dire

---

[24]) Voir von Hippel, II § 10.

à qui appartient sa répression, à la Confédération ou au canton, autrement dit s'il ressortit au droit pénal commun ou au droit pénal administratif.

1° Critère fondé sur la source législative.

Le droit positif[25]) définit en général la contravention de police[26]) comme étant celle réprimée par une loi de police ou par un réglement de police.

Ce critère, s'il est excellent de lege lata, ne nous est d'aucun secours de lege ferenda. Avant que la loi cantonale ne soit faite, il faut savoir en effet ce que le législateur est autorisé à y mettre, en vertu des règles du droit public. Il saute aux yeux, que sous prétexte d'en avoir inscrit la répression dans une loi de police, les cantons ne seraient pas autorisés par l'art. 335 à réprimer tout crime ou tout délit quelconque.

2° Critère tiré de l'autorité répressive.

Dirons-nous alors que l'infraction est administrative à condition qu'elle soit réprimée par l'autorité administrative, non par l'autorité judiciaire.

Ce serait tout aussi peu admissible, car il s'agit là également une distinction de lege lata. Il ne peut pas dépendre de l'autorité que le législateur instituera lui-même que celui-ci soit fondé ou non à édicter une peine. Au surplus bien des Etats confient à des tribunaux judiciaires le soin de réprimer des infractions administratives; ainsi, en France, les tribunaux de simple police; dans le canton de Vaud, le tribunaux de police, jugeant en cas de refus de soumission au prononcé préfectoral.

---

[25]) Voir, p. ex., le code de procédure pénale du canton de Zurich et le code pénal de police du canton de Bâle-Ville.

[26]) Les lois pénales de police comprennent aussi bien les contraventions de police proprement dites, celles relatives à la tranquillité et à l'ordre public, que celles touchant les autres branches de l'administration.

3⁰ Critère fondé sur la culpabilité.

Plusieurs cantons, tels les cantons de Vaud, Neuchâtel, Argovie, connaissent le système de la répression des contraventions administratives sans examen de l'élément subjectif[27]). Mais il en est différemment ailleurs, ainsi dans les cantons de Zurich, de Bâle-Ville, dans le projet zougois[28]). Quant au code pénal suisse (art. 102, 18, 333, al. 3), il soumet toutes les contraventions du droit fédéral à l'exigence de la culpabilité, intention ou négligence, sauf disposition contraire des lois spéciales.

Là encore on est en présence d'un critère de lege lata, sans intérêt pour la recherche d'une définition de la contravention administrative qui s'imposerait à un législateur de lege ferenda.

4⁰ Critère tiré d'une certaine sphère de l'activité humaine.

Lorsque, devant la première commission d'experts, feu le juge fédéral Cornaz décrivait le domaine réservé à la législation pénale des cantons, il ne crut pas pouvoir mieux faire que d'énumérer une série de matières dont les contraventions lui paraissaient devoir rester dans la souveraineté cantonale; cette liste va des denrées alimentaires aux pédicures, en passant entre autres par les auberges, le notariat, la chasse, le fisc, les écoles, le feu, le

---

[27]) Vaud, Cour de cassation: JT 1887 p. 587; 1907 II p. 206; 1924 III p. 135; 1926 III p. 123; arrêt non publié Sté artistique de Lavaux 22 mars 1937 (L'affaiblissement de cette jurisprudence qu'avait cru pouvoir signaler Hafter, Lehrb. p. 100 n. 2, n'en était pas un, car il s'agissait, dans l'arrêt consulté, JT 1918 III p. 63, d'une infraction au droit fédéral). — Argovie, voir Aarg. Viertelj. Bd. 3 p. 200 n. 157, Bd. 21 p. 137 n. 55. — Voir encore: arrêt TF Bassanesi, RO 56 I 413, JT 1931 I 496; Givanovitch, Revue pénale 1909 p. 263; Capitant, Dictionnaire juridique, V⁰ Contravention; Garraud, 1 n. 108.

[28]) Zurich ZPO § 327. Bâle-Ville, Polizeistrafgesetz § 10. Zug, Vorentw. Polizeistrafgesetz § 5 (Revue pénale 1938 p. 243). Voir en outre Hafter p. 90, 99, 106 s.

dimanche, les marchés, les chiens, les poules et les ramoneurs[29]).

Mais qu'on ne s'y trompe pas. L'énumération de ces matières, si suggestive qu'elle soit, ne permet pas de donner une définition de l'infraction administrative. C'est là plutôt un procédé, permettant de décrire à titre exemplaire dans quelles matières l'on peut trouver, en droit positif actuel, des contraventions de police ou administratives.

D'une part, en effet, la tâche de l'administration ne s'arrête pas là; il est impossible d'énumérer limitativement les matières dont l'Etat s'occupe dans sa fonction administrative. Les ouvrages de droit administratif, qui tentent une telle énumération, la terminent toujours par etc. L'activité de l'autorité judiciaire, par exemple, que l'on ne fait pas rentrer ordinairement dans la fonction administrative de l'Etat, peut se présenter sous un aspect administratif: quand le Tribunal cantonal nomme un fonctionnaire judiciaire, ou quand le Tribunal fédéral achète un livre pour sa bibliothèque, ces deux autorités judiciaires accomplissent des actes d'administration; de même l'assemblée législative lorsqu'elle agrée une concession de chemin de fer ou nomme le général de l'armée.

Inversément, toute activité de l'Etat dans les sphères que nous avons indiquées (auberges, foires et marchés, écoles, etc.) n'est pas nécessairement administrative. C'est par le droit civil que l'Etat règle les rapports entre aubergiste et clients; c'est par le droit pénal qu'il réprime la grivèlerie. Quant au notaire, il peut commettre un acte civilement illicite (art. 41 CO), ou bien contractuellement interdit, en vertu des règles sur le mandat ou la gestion d'affaires, ou bien un acte tombant sous le coup de la loi pénale, par quelque gestion déloyale ou exaction, ou bien simplement un manquement aux prescriptions administratives de la loi sur le notariat, en ne tenant pas les registres qui lui sont imposés.

[29]) 1re Comm. Exp. II 340.

5° Critère fondé sur l'activité administrative de l'Etat.

En réalité le seul critère admissible pour désigner l'infraction administrative tient à la nature de l'activité de l'Etat à l'occasion de laquelle le manquement intervient. Dès que l'auteur a manqué à une prescription établie par l'Etat déployant son activité administrative, l'infraction est une infraction d'administration.

Cette définition générale correspond aussi à la définition de l'administration qui n'est, selon les auteurs, ni proprement un ensemble d'organes, ni toute activité de l'Etat dans une certaine sphère, mais seulement l'activité de l'Etat d'une nature spéciale. Les auteurs du droit administratif définissent cette activité comme étant celle qui n'est ni législative, ni judiciaire, c'est à dire qui ne tend ni à faire les lois, ni à dire le droit.

Les tâches de l'Etat, dans son activité administrative, consistent tout d'abord à faire régner l'ordre, puis à poursuivre certains buts d'utilité publique (écoles, assistance publique, administration de la justice, contrôle des denrées alimentaires, des constructions, services publics, etc.).

Pour la réalisation des tâches qu'il assume, l'Etat exige des citoyens une certaine attitude, aux fins, d'une part, qu'ils n'entravent pas son activité, et, d'autre part, qu'ils y collaborent. C'est ainsi que le droit administratif demandera au citoyen, par exemple, de ne pas construire sur un terrain grevé d'alignement ou d'apporter sa contribution financière aux charges publiques.

Le refus, voire la simple omission du particulier de se conformer aux injonctions ou aux prohibitions de l'Etat administrateur constitue l'infraction administrative.

En général, la règle de droit administratif qui aboutit à la répression pénale sera donc double: d'une part nous aurons la règle du droit normateur, proprement administrative, fixant l'injonction ou la prohibition de l'Etat („celui qui . . . devra . . .", ou „il est interdit de . . .");

d'autre part la règle de droit pénal, sanctionnant celle du droit normateur („celui qui aura contrevenu aux dispositions de . . . sera puni . . .“). C'est cette dualité entre le droit normateur et le droit pénal que le rédacteur de l'art. 335 avait en vue lorsqu'il a dit, au second alinéa, que les cantons ont le pouvoir d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration et de procédure.

La dualité de la règle administrative et de la règle répressive existe presque toujours dans nos lois administratives actuelles. Mais il se peut que le législateur, pour simplifier, inscrive directement la sanction pénale, l'injonction et la prohibition étant alors implicitement contenues. Il ne faut pas attribuer à cette méthode législative une importance spéciale dans l'interprétation de l'art. 335.

En résumé, l'infraction administrative est le manquement à une injonction ou à une prohibition que l'Etat pose dans sa tâche administrative, si ce manquement est frappé d'une peine.

L'infraction administrative s'oppose à celle du droit pénal commun, dans ce sens qu'elle est déjà réalisée avant toute atteinte ou menace à des biens ou à des personnes déterminées. Du point de vue moral ou, si l'on veut, en droit naturel, elle ne porte pas le mal en soi; ce n'est pas un „malum in se“, c'est un „malum quia prohibitum“.

III. Force dérogatoire du droit fédéral.

1° Droit pénal commun.

Tout le droit pénal commun est fédéral.

Par droit pénal commun nous entendons celui qui est établi non pas pour protéger l'Etat dans sa tâche administrative et réaliser les buts que l'administration poursuit, mais celui qui tend à la protection des biens propres de l'individu et à la protection de l'Etat comme tel. Par

conséquent, les délits contre la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, la liberté, la liberté sexuelle, la famille et l'Etat sont nettement de droit commun. Ils sont soustraits à la compétence législative des cantons.

Par délits de droit commun nous entendons, selon la doctrine admise en droit pénal, aussi bien les délits de mise en danger concrète (konkrete Gefährdungsdelikte) que les délits d'atteinte (Verletzungsdelikte)[30]).

A l'égard de ces délits, la force dérogatoire du droit fédéral est complète. Elle sera aussi bien positive que négative. Autrement dit, si le législateur fédéral punit un fait, le législateur cantonal ne peut punir le même fait. Mais, si le législateur fédéral laisse un fait impuni, le législateur cantonal n'a pas la faculté d'en introduire la répression. C'est ce que les auteurs ont appelé le silence qualifié (qualifiziertes Schweigen)[31]).

2° Droit pénal administratif.

Le rédacteur de l'art. 335 s'est servi de deux procédés différents pour faire jouer la force dérogatoire du droit fédéral. D'une part, à l'alinéa premier, pour les contraventions de police, il réserve celles qui sont l'objet de la législation pénale fédérale. D'autre part, à l'alinéa second[32]), à propos des infractions administratives proprement dites, il ne réserve que celles qui sont des contraventions aux prescriptions fédérales de l'administration.

La différence est sensible.

---

[30]) Mais non pas les délits de mise en danger virtuelle (abstrakte Gefährdungsdelikte) ou de désobéissance (Ungehorsamkeitsdelikte), lesquels relèvent du droit pénal administratif. — Voir sur ces distinctions: Binding, Normen; von Hippel, II § 10; Frank, ad 29. Tit. et ad § 1; Vaud, Cour de cassation, arrêt Golay, du 17 février 1936.

[31]) Voir: Stooss, 1re Comm. Exp. II 345; Hafter p. 37; Delaquis, dans ZSR 1919 p. 623; en droit allemand: von Liszt, ad § 2 EG; von Hippel, p. 50/51.

[32]) Sur l'impossibilité de soumettre les infractions de l'alinéa 2d à la disposition de l'alinéa 1er, voir p. 64a et 65a, spéc. n. 20.

Dans le cadre de l'alinéa premier, si nous mettons à part les contraventions de police prévues par le droit fédéral, toutes les autres appartiennent au canton; c'est donc au point de vue du droit pénal, suivant qu'une infraction particulière aura été réprimée dans la législation fédérale ou non, que la démarcation sera faite.

Dans le cadre de l'alinéa second, il en est autrement: nous avons d'un côté non pas le droit pénal fédéral, mais le droit administratif fédéral et de l'autre côté le droit administratif cantonal; par là on doit entendre le droit normateur, indépendamment de toute peine. Les cantons sont impuissants à réprimer des infractions dans une matière qui relève du droit administratif fédéral. Inversément, la Confédération ne saurait prévoir d'infraction dans une matière qui relève du droit administratif cantonal.

De cette différence, quant à la force dérogatoire, entre le premier et le second alinéa de l'art. 335, résulte l'obligation de distinguer quelles sont, parmi les infractions administratives, celles qu'on peut qualifier de contraventions de police et les autres.

Un exemple: l'art. 234 CPS punit celui qui contamine des eaux; des règles du droit administratif cantonal répriment de leur côté certains faits de contamination d'eaux. Si nous faisons rentrer ces faits dans la catégorie générale des contraventions de police, il n'y aurait pas de doute que le code pénal suisse déroge, pour les mêmes faits, aux prescriptions cantonales correspondantes. Si, en revanche, nonobstant le terme de „police" des eaux, nous voyons là, non pas une contravention de police, mais une infraction administrative, il faut alors se demander si les règles du droit normateur concernant la contamination des eaux potables rentrent, ou non, dans le droit administratif fédéral; à ce défaut, il y aurait conflit entre le code pénal suisse et la loi cantonale. Nous verrons plus loin[33]) comment de tels conflits peuvent être résolus. Il

---

[33]) Voir p. 77a et s.

suffit de marquer ici la différence entre la force dérogatoire du droit fédéral à l'alinéa 1er et à l'alinéa 2d, et par conséquent l'importance qu'il y a à tracer une limite entre les contraventions de police et les autres infractions administratives.

a) Contraventions de police (art. 335 al. 1).

Peu de termes juridiques ont une signification aussi variable que celui de „police". Dans un sens étroit, on considère comme police l'activité de l'Etat tendante à assurer l'ordre et la tranquillité dans les rues et dans les lieux publics. Dans un sens plus étendu, on appellera aussi police l'intervention de l'Etat par ses règles administratives dans la sphère de la liberté humaine; c'est ainsi qu'on parlera de police des routes, police des marchés, police des constructions, police du commerce, police sanitaire, police des fabriques, police des eaux, police du feu, etc.

Pour délimiter le champ d'action de l'alinéa premier de l'art. 335, il faut, pensons-nous, faire abstraction de cette dernière et si vaste conception de la police. Et cela pour une raison bien simple; c'est qu'elle recouvrirait, ou peu s'en faut, tout le droit administratif. Il n'y aurait guère de matière du droit administratif qui, envisagée du point de vue de la répression des manquements, ne pût être appelée police. On en arriverait à faire rentrer toute la matière de l'alinéa 2d dans la matière plus générale des contraventions de police de l'alinéa 1, ce qui n'est pas admissible.

On est donc amené à adopter une notion de la police qui soit plus étroite que celle de la répression en matière administrative.

Pour notre part, nous ne voyons pas d'autre sens précis à donner au terme police, selon l'alinéa premier, que celui de l'activité de l'Etat tendante à faire régner l'ordre et la tranquillité, que ce soit dans la rue, dans les lieux publics, ou au point de vue plus général de la sécu-

rité de la société[34]). Dans cette mesure-là le droit fédéral, s'il édicte des peines, déroge alors librement au droit cantonal.

En d'autres termes, lorsque, à l'art. 335, elle a réservé la législation fédérale en matière de contraventions de police, la Confédération s'est indirectement approprié, par la voie du droit pénal, cette part du droit administratif qu'on appelle la police. Du moins elle se l'est virtuellement appropriée, et elle concrétise cette main-mise sur la police dans la mesure où elle édicte des peines en cette matière.

b) Droit administratif (art. 335, al. 2).

En revanche, s'il s'agit des autres matières de droit administratif, qui ne touchent ni à l'ordre ni à la tranquillité, le droit pénal fédéral ne déroge que si l'on est en présence d'une matière où la Confédération a pris des mesures de droit administratif qu'il s'agit de sanctionner pénalement. Autrement dit, seule la Confédération peut sactionner par une peine une règle de droit administratif fédéral.

Tel est le sens de notre alinéa second.

Pour résumer notre pensée quant à la force dérogatoire du droit fédéral, nous dirons qu'elle s'exerce à l'égard d'une éventuelle disposition pénale d'un canton:

a) en droit pénal commun: toujours;

b) en matière de police: chaque fois que le droit fédéral contient une sanction pénale sur le même objet (art. 335, al. 1);

c) en matière administrative (police mise à part): chaque fois que le droit fédéral contient une norme administrative sur le même objet (art. 335, al. 2).

Ajoutons enfin que toute disposition cantonale à l'égard de laquelle s'exerce la force dérogatoire du droit fédéral est abrogée par la simple entrée en vigueur du code suisse (art. 400 CPS).

---

[34]) Voir p. 83a—92a.

IV. Garantie de la compétence réservée au législateur cantonal.

„Les cantons conservent le pouvoir . . . Ils ont le pouvoir . . .", dit l'art. 335.

Une question se pose: quelle garantie est donnée aux cantons quant à l'intégrité de cette compétence?

Pour les délits du droit commun et pour les contraventions de police (alinéa 1er) cette question est vite résolue. Nous venons de montrer que les cantons n'ont là aucune garantie et, qu'en cas de conflit, la sanction pénale de la Confédération l'emporte.

Mais pour les autres infractions administratives, pour celles de l'alinéa 2d, c'est différent.

1º Le conflit entre la sanction pénale de la Confédération et celle du canton, en matière administrative.

a) Solution législative et doctrinale de ce conflit.

La sanction pénale du canton, dès qu'il s'agit du droit administratif cantonal, doit l'emporter et mettre en échec une règle correspondante du droit pénal de la Confédération, du code pénal suisse lui-même.

Une telle affirmation paraîtra peut-être audacieuse eu égard à l'art. 2 des dispositions transitoires de la constitution fédérale. Eclairons-la par un exemple. La police des constructions est un domaine du droit administratif cantonal; aucune norme administrative de la Confédération n'y déroge; il n'y a ainsi pas de conflit de droit administratif; seul le canton a le pouvoir, en présence de l'art. 335 al. 2 CPS, d'édicter des peines propres à réprimer les infractions aux règles de construction. La plupart ont usé de cette faculté. Mais, voici que, par l'art. 229 CPS, le législateur fédéral paraît avoir résolument empiété sur cette compétence, puisqu'il entend punir celui qui aura enfreint les règles de l'art en diri-

geant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura par là sciemment, fût-ce par négligence seulement, mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes[35]). Il y a ainsi conflit entre la législation cantonale et la législation fédérale. Laquelle l'emportera?

L'on peut dire sans doute que la solution de ce conflit n'est pas d'une importance primordiale, car la même juridiction a la faculté de statuer en appliquant l'une et l'autre loi, ainsi que cela se fait actuellement pour certains délits d'automobilistes, qui constituent à la fois des voies de fait par imprudence et des violations de la loi fédérale sur les automobiles. Mais il suffirait que le canton confie la répression des infractions en matière de construction à une juridiction extraordinaire, l'autorité administrative, pour que surgissent à nouveau les difficultés; de même, quand il s'agira de savoir quelles sont les dispositions générales applicables au délit (par exemple si le sursis est applicable), ou si le recours est admis au Tribunal fédéral.

Nous affirmons qu'un tel conflit doit être résolu en faveur du canton et que la sanction pénale du code suisse doit céder le pas à la pénalité cantonale. Et si l'on met en doute notre opinion au nom d'une prétendue primauté du pouvoir de la Confédération, nous en appelons au législateur fédéral lui-même qui a entendu résoudre le conflit dont nous parlons par le texte de l'art. 335. N'oublions pas en effet:

---

[35]) L'art. 229 CPS fait-il allusion à toute mise en danger, fût-elle virtuelle (abstrakte Gefährdungsdelikt), ou bien seulement à une mise en danger concrète (konkrete Gefährdungsdelikt)? Dans ce dernier cas nous pensons bien que la compétence du législateur fédéral serait indiscutable car nous n'aurions pas quitté le domaine de droit pénal commun; voir p. 72a. C'est dans la mesure où l'art. 229 CPS prescrit une peine pour des faits de mise en danger virtuelle que le conflit dont nous discusons ici existe avec la loi cantonale d'administration.

1) que l'alinéa 2d de notre article 335 ne réserve pas, comme le fait l'alinéa 1er, les infractions „qui sont l'objet de la législation fédérale"[36]);

2) que l'alinéa 2d a pour but de consacrer la souveraineté pénale du canton dans son domaine administratif;

3) qu'enfin l'art. 335 — qui est une règle de droit public[37]) — fait partie du livre IIIe du code, celui consacré à l'„application" des règles des art. 1er à 332 CPS, de sorte que les prescriptions de ce code ne dérogent pas à l'art. 335 mais sont commandées par lui.

b) Solution pratique du conflit.

Cela posé, nous nous empressons d'ajouter que le législateur cantonal n'ignorera sans doute pas purement et simplement les sanctions pénales instituées par le code suisse dans le domaine du droit administratif cantonal.

Aussi bien pensons-nous que les cantons peuvent trouver, pour des cas de ce genre, une solution pratique qui soit de nature à réduire à néant l'opposition que nous signalons entre l'infraction de droit administratif cantonal et celle du code suisse, à aplanir le conflit que nous avons décrit entre les deux souverainetés, en un mot à supprimer, au moins apparemment, l'indécision quant à la loi applicable.

Une telle solution pratique peut s'esquisser fort simplement. Chaque fois qu'une même infraction de droit administratif cantonal sera aussi prévue par le code suisse, le législateur cantonal la conservera dans sa loi propre; mais, d'une part, il en modifiera le texte de façon à re-

---

[36]) Il est important de noter que la 2e Commission d'experts (VIII 23) a expressément repoussé une proposition faite en vue d'ajouter à cet alinéa 2d la même réserve qu'au premier alinéa: „qui ne sont pas l'objet de la législation cantonale". Nous avons d'autre part déjà montré l'indépendance voulue de ces deux alinéas; voir p. 64a et 65a, et note 20.

[37]) Sic: Bull. stén. CN 1930 p. 549 (Logoz).

prendre mot pour mot la définition du code suisse et, d'autre part, il adoptera la pénalité du code suisse[38]).

De cette façon l'incertitude aura pris fin. Que le droit fédéral soit applicable directement ou bien à titre de droit supplétif (ce qui est notre opinion), le résultat sera le même: l'acte ordonné ou interdit administrativement sera le même; le justiciable n'aura pas l'excuse d'ignorer à quelle loi il est soumis. La peine aussi sera la même; le juge n'aura pas à se demander quelle est la sanction, celle du droit fédéral ou celle du droit cantonal; comme, au surplus, nous proposerons d'autre part[39]) une référence quasi complète au code suisse pour les dispositions générales, au moins celles applicables aux délits, le conflit se trouve pratiquement éludé. Il ne reste à nos yeux qu'un point dans l'ombre, c'est le recours au Tri-

---

[38]) Quelques exemples tirés du droit vaudois (selon les textes que l'auteur de ces lignes a proposés au Conseil d'Etat du canton de Vaud dans son rapport du 30 avril 1939 sur l'introduction du CPS):

Loi sur l'organisation des fonctions publiques cantonales. — Violation du secret de la fonction. — Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire . . . sera puni conformément à ce qui est dit à l'art. 320 du code pénal suisse.

Loi sur l'organisation sanitaire. — Violation du secret professionnel. — Les médecins . . . qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession . . . seront punis conformément à ce qui est dit à l'art. 321 du code pénal suisse.

Loi sur la police des établissements publics. — Si les boissons alcooliques servies à un enfant de moins de 16 ans, par leur nature ou leur qualité, nuisent à sa santé ou la compromettent, celui qui les aura servies, fait ou laissé servir sera puni conformément à ce qui est dit à l'art. 136 du code pénal suisse.

Loi sur la police des constructions. — Celui qui intentionnellement ou par négligence aura enfreint les règles de l'art en dirigeant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura ainsi sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes sera puni conformément à ce qui est dit à l'art. 229 du code pénal suisse.

[39]) Voir p. 109a—110a.

bunal fédéral, inadmissible en matière de droit cantonal supplétif; mais ceci est secondaire[40]).

2° La portée du droit pénal administratif dans l'Etat fédératif.

Quoiqu'il en soit, l'art. 335, alinéa 2d du code suisse, en son texte actuel, est une garantie précieuse de la souveraineté cantonale dans un certain domaine du droit pénal: le droit pénal administratif.

Et pourquoi? Tout simplement parce que ce n'est pas sur le terrain de la sanction pénale que se résoud le conflit entre les deux souverainetés, mais bien sur le terrain du droit administratif. Si le canton a maintenu cette première position qui est la norme administrative, si son droit n'est en cette matière infirmé par aucune norme du droit administratif fédéral, la seconde position, qui est son pouvoir répressif, lui est assurée ipso facto; car, en matière administrative, celui qui pose la norme est maître également de la sanction pénale.

Nous ne pouvons comprendre autrement la prescription de notre texte: „Les cantons ont le pouvoir d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration".

Cette garantie que le législateur fédéral a ainsi donnée aux cantons pour l'exercice de leur souveraineté administrative procède d'une saine conception du droit pénal. Comme le rappelle Burckhardt[41]), la peine, c'est la sanction attachée à la violation d'une norme impérative; l'Etat punit lorsqu'il a posé une norme dont il ne peut assurer l'observation d'une autre façon; norme et sanction pénale sont deux phénomènes indissolublement liés. Nous ne pensons pas autrement. En édictant des peines contre les faits qui portent atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, au patrimoine, à la liberté, etc.,

[40]) L'on trouvera plus bas, dans notre partie spéciale, p. 92a—101a, nombre de cas pratiques illustrant ce qui précède.

[41]) Komm. der schw. Bundesverfassung, 3e éd., (ad art. 64bis).

l'Etat fixe indirectement les normes que doivent observer les individus à l'égard d'autrui pour le respect de ces biens juridiquement protégés. Et Burckhardt de résumer sa pensée en cette formule: „Qui décide du caractère punissable, décide aussi de la norme elle-même". Si la Confédération, autrement dit, avait le pouvoir, et seule le pouvoir de frapper un fait quelconque d'une sanction pénale, alors elle disposerait de toutes les normes qui ont besoin, pour être observées, d'une sanction pénale. Et ce serait quasiment tout le droit administratif des cantons qui y passerait; la Confédération elle-même l'aurait ainsi absorbé, indirectement, par la loi pénale.

Telles sont les raisons pour lesquelles il fallait une règle de droit public qui arrêtât le libre essor du législateur pénal, si du moins, nonobstant l'unification pénale, l'on voulait sauvegarder une certaine autonomie administrative des cantons. Cette règle de droit public, c'est précisément l'art. 335, qui conserve aux cantons leur souveraineté pénale en tant qu'il s'agit de leur activité administrative.

Ajoutons encore ceci, qui est essentiel: pour que les cantons jouissent de leur autonomie administrative dans les domaines qui leur sont propres, il faut non seulement qu'ils puissent déclarer tel fait punissable, mais encore qu'ils aient la faculté d'assurer l'impunité à tel autre fait. Seul le pouvoir qui poursuit une tâche administrative, ici le pouvoir cantonal, peut être juge en effet de l'opportunité d'interdire tel fait ou d'ordonner telle attitude à ses administrés. Conçoit-on un seul instant qu'une autorité, à Berne, décide quels sont, en matière d'administration, les faits punissables et qu'une autre autorité, au chef-lieu du canton, conserve néanmoins la liberté de diriger son administration et de fixer le caractère plus ou moins obligatoire de ses injonctions ou prohibitions?[42])

---

[42]) Un exemple: en droit vaudois le faux témoignage dans l'enquête pénale reste impuni; on y voit un avantage pour l'administration de la justice, car la liberté est laissée aux témoins de se rétracter; mais si le code suisse peut imposer une peine

Nous n'avons donc aucune hésitation quelconque à interpréter l'al. 2d de l'art. 335 dans ce sens que le code pénal suisse ou les autres lois pénales de la Confédération sont inapplicables en tant qu'il s'agit de sanctionner des prescriptions du droit administratif cantonal[43]).

IIème partie.

Les diverses infractions cantonales.

Après avoir tenté de définir la portée de l'art. 335, nous devons maintenant énumérer les différentes infractions qui, au regard du critère que nous avons posé, subsistent encore à la disposition des cantons.

I. Les contraventions de police (art. 335, al. 1).

1⁰ Définition.

Nous avons vu plus haut[44]) que la contravention de police doit être prise dans un sens étroit, qui n'englobe pas toutes les infractions administratives.

Il s'agit donc ici des infractions à l'ordre public. Par quoi nous entendons le trouble à la tranquillité, à la propreté, à la sûreté, à la décence dans les rues et places, dans les lieux publics, le trouble à l'ordre public, aux règles de

---

pour tout faux témoignage, même dans l'enquête, il gêne, complique, fausse l'administration de la justice cantonale, et empiète sur cet attribut de la souveraineté de l'Etat-canton. — Burckhardt (Komm. ad 64bis, p. 594 n. 2) dénonce la même atteinte intolérable du pouvoir central à propos du délit de violation du secret de la fonction (actuellement art. 320 CPS); par ailleurs il couvre une certaine unification pénale, même en droit administratif cantonal, pourvu que la Confédération le fasse avec tact . . .

[43]) Déjà en 1895 devant la première commission d'experts (II p. 343/344) M. Leo Weber, alors chef de division au Département fédéral disait (traduction): „en matière administrative, dès que les cantons ont l'autonomie législative, on doit leur reconnaître aussi la faculté d'édicter des peines."

[44]) p. 75a—76a.

circulation, à la police des spectacles, des fêtes, des auberges, le vagabondage, la mendicité, les mauvais traitements envers des animaux, les atteintes aux bonnes moeurs, au culte, au dimanche, aux sépultures. Nous faisons également rentrer dans cette catégorie la protection d'un ordre public plus général comme par exemple la surveillance des étrangers et des habitants, les mesures concernant les associations illicites.

Sur tous ces points, les infractions prévues sont des contraventions de police et rentrent par conséquent dans la définition du 1er alinéa de l'art. 335.

2⁰ Effets du code suisse. Réserve des contraventions de police de la Confédération.

Si, comme c'est le cas par exemple pour l'alarme, l'émeute, la police des moeurs, la liberté des cultes et des sépultures, le droit pénal fédéral a prévu certaines répressions[45]), celui-ci déroge aux infractions semblables que les lois pénales des cantons peuvent avoir édictées, cela en vertu de la restriction clairement exprimée au début de l'art. 335.

Les cantons devront donc faire disparaître de leurs législations propres (code pénal, loi pénale de police, lois spéciales, règlements communaux) toutes les infractions de police que connaît le code suisse.

Mais il est bien entendu que les cantons peuvent compléter ces dispositions pénales de la Confédération, celles-ci n'étant, en matière de police, que l'exception.

3⁰ Cas spéciaux.

Il y a cependant quelques cas spéciaux qu'il faut élucider.

a) Petites infractions à la pudeur.

Les petites infractions à la pudeur posent un problème délicat. Si l'on considère que, quelle que soit la

[45]) CPS art. 258, 260, 205 à 212, 261, 262.

minimité du fait, l'honneur sexuel d'une personne peut avoir été sinon gravement atteint, du moins froissé, on soutiendrait facilement que tous ces faits-là ne rentrent pas dans la simple police, mais déjà dans le droit pénal commun[46]); car il n'y a en somme entre les petits faits indécents et l'attentat à la pudeur pas d'autre différence qu'entre le larcin et le vol, une différence quantitative.

Mais ce serait faire preuve d'un rigorisme trop absolu. Les partisans eux-mêmes de l'unification la plus complète du droit pénal, ceux même qui soutenaient que le législateur pénal fédéral devait intervenir chaque fois qu'un besoin semblable de réprimer se faisait sentir dans les diverses parties de la Suisse, n'ont jamais contesté aux cantons le droit de veiller à la décence de la rue. Sans doute, les faits indécents relèvent-ils à la fois de la police et du droit pénal. Mais leur caractère de droit pénal sera souvent si effacé eu égard à leur caractère de police, la réprobation morale attachée au fait particulier sera de si peu d'importance par rapport à l'ordre général qu'il s'agit de faire observer, qu'on peut justifier ainsi leur classement dans les infractions de police.

Ainsi il faudra réserver l'application de l'art. 203 CPS aux cas graves, qui justifient vraiment le recours à la procédure pénale, l'intervention des tribunaux pénaux et l'inscription au casier judiciaire. Mais les cantons ou les communes feront bien de laisser subsister dans leurs lois ou règlements de police les sanctions propres à réprimer administrativement et sommairement les menus faits contraires à la décence.

b) Faits immoraux laissés impunis par le code suisse.

Certains délits ou prétendus délits de moeurs, tels que les relations sexuelles hors mariage, le concubinat, la pédérastie entre adultes, la prostitution non qualifiée

---

[46]) Voir à l'art. 203 CPS le délit d'outrage public à la pudeur.

prêtent également à la discussion, à un point de vue différent, il est vrai.

Le code suisse ne punit pas de tels faits. Faut-il en conclure que la loi fédérale en impose l'impunité, en vertu de sa force dérogatoire négative (silence qualifié)[47]), ou bien que les cantons gardent leur liberté? C'est poser la question de la discrimination entre droit pénal et droit de police. La rigueur mathématique est ici en défaut. Tout au plus pouvons-nous voir, dans ces deux termes du droit pénal, deux tendances, deux forces d'attraction opposées; le législateur cantonal ou l'interprète de la loi pèsera chaque cas dans le cadre de sa politique propre.

Dans notre conception personnelle, ces faits-là ne ressortissent pas au droit pénal, mais au droit de police. Car il s'agit d'attitudes consenties par les intéressés dans la plénitude de leur indépendance; nul n'est atteint malgré lui dans sa personne, ses biens, son honneur, sa liberté. Si l'Etat juge à propos d'intervenir, ce ne peut être alors que par une disposition de police. Faute par la Confédération d'avoir légiféré, les cantons resteront donc maîtres de punir ou de ne pas punir, selon qu'ils le jugent à propos[48]).

c) Associations illicites.

Les associations illicites ont fait, dans certains milieux, l'objet d'une vive discussion peu avant la votation populaire de 1938. Pour notre part, nous ne croyons pas qu'il y ait là matière à beaucuop d'hésitation. Les lois dites „anti-communistes", telles qu'elles ont été promulguées dans les cantons de Neuchâtel, de Genève et de Vaud[49]) interdisent toute une série d'associations, d'or-

[47]) Voir p. 72a—73a.

[48]) Dans le même sens que nous, le prof. Hafter (2e Comm. Exp. VIII 20) tient le concubinat pour une contravention de police, susceptible d'une sanction cantonale.

[49]) A. Loi neuchâteloise portant interdiction des organisations communistes ou subversives, du 23 février 1937:

Article premier. Sont déclarés dangereux pour l'Etat et illégaux, aussi bien dans leur but que dans leurs moyens, le parti

ganisations et de groupements dont l'action ou le but sont contraires à l'ordre public; les lois neuchâteloise et vaudoise répriment pénalement les infractions à cette interdiction.

---

communiste et toutes les organisations qui s'y rattachent ou qui s'en inspirent.

En conséquence, toute activité politique ou autre est interdite sur territoire neuchâtelois au parti communiste, à ses sections ou cellules, ainsi qu'aux organisations accessoires ou entreprises qui travaillent entièrement ou partiellement dans l'intérêt du communisme ou qui s'en inspirent.

Le Conseil d'Etat est chargé de dissoudre les organisations illicites.

Art. 2. — Sont interdits également l'offre, la remise, l'envoi ou la distribution de tous journaux, écrits, feuilles volantes, manifestes et autre matériel de propagande ayant un caractère communiste ou subversif.

Art. 3. — L'exercice d'un mandat public et d'une fonction administrative ou pédagogique est déclaré incompatible avec le fait d'être membre du parti communiste, d'une organisation qui s'y rattache ou qui s'en inspire.

En conséquence, l'entrée en vigueur de la présente loi emporte de plein droit annulation des mandats publics attribués à des communistes et résiliation des rapports de service des fonctionnaires, employés et ouvriers de l'Etat ou des communes appartenant soit au parti communiste, soit aux organisations qui s'y rattachent ou qui s'en inspirent.

Les personnes qui, sans se rattacher à une organisation illicite, se livrent à une activité quelconque destinée à propager le communisme, l'anarchie, ou d'autres doctrines préconisant ou comportant le renversement, par la violence, d'institutions démocratiques, tombent sous le coup des incompatibilités prévues au présent article.

Art. 4. — Les infractions à la présente loi seront punies de l'amende jusqu'à cinq mille francs ou de l'emprisonnement jusqu'à deux ans. Ces deux peines peuvent être cumulées. En outre, la privation de l'exercice des droits civiques jusqu'à dix ans sera prononcée dans tous les cas comme peine accessoire de l'amende ou de l'emprisonnement.

Lorsque l'infraction commise ne présente pas un caractère particulier de gravité, la peine sera, indépendamment de la privation jusqu'à deux ans de l'exercice des droits civiques, l'amende jusqu'à cent francs ou l'emprisonnement jusqu'à deux mois.

De telles lois visent — la loi vaudoise et l'article constitutionnel genevois le disent expressément — le maintien de l'ordre public; ce sont des lois de police par excellence. Et comme la législation fédérale, spécialement le code pénal suisse, ne connaît pas les mêmes infractions, la valeur des actes cantonaux reste entière (art. 335, al. 1 CPS).

Toutes les peines prévues au présent article sont applicables à la tentative.

Sont également applicables, sous réserve des dérogations mentionnées ci-dessus, les dispositions générales du code pénal neuchâtelois du 12 février 1891.

Art. 5. — Les dispositions pénales ci-dessus sont applicables également à celui qui aura pris part à un attroupement formé en public et au cours duquel des violences ont été commises collectivement sur des personnes ou sur des propriétés.

Il n'encourra aucune peine s'il s'est retiré sur sommation de l'autorité sans avoir participé aux violences ni les avoir provoquées.

Celui qui aura provoqué un attroupement visé à l'alinéa premier du présent article sera puni des mêmes peines, si en raison des circonstances il était à prévoir que des violences seraient exercées.

Art. 6. — Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux groupements anarchistes ainsi qu'à tous autres groupements préconisant la violence dirigés contre l'Etat démocratique.

B. Loi constitutionnelle genevoise, ajoutant un art. 14bis et un chiffre 4 à l'art. 23 de la Constitution genevoise, du 7 avril 1937.

Art. 14bis. — L'activité des associations et organisations affiliées directement ou indirectement à l'Internationale communiste étant dangereuse pour l'Etat et pour l'ordre public, ces associations et organisations sont interdites sur le territoire du canton.

Est de même interdite, sur le territoire du canton, l'activité de telles associations et organisations établies hors du canton.

Toute autre association et organisation affiliées directement ou indirectement à une organisation internationale ou étrangère, dont l'activité sera considérée comme dangereuse pour l'Etat ou pour l'ordre public, pourra être interdite par décision du Grand Conseil sur proposition du Conseil d'Etat.

Du point de vue général de l'administration, la compétence pénale des cantons en matière d'associations illicites n'est pas contestable non plus, puisqu'il s'agit de la sanction d'une règle du droit administratif du canton, en dehors de la commission d'un délit de droit commun (art. 335, al. 2 CPS).

La loi déterminera les peines applicables à ceux qui entreindront cette interdiction et qui contreviendront aux prescriptions des lois d'exécution.

Art. 23, chiffre 4. — Ceux qui sont affiliés à l'Internationale communiste ou aux organisations qui en dépendent directement ou indirectement, ou à toute autre organisation internationale ou étrangère, dont l'activité est dangereuse pour l'Etat et pour l'ordre public.

C. Loi vaudoise du 21 novembre 1938 sur les associations illicites:

Article premier. — Les associations, organisations et groupements dont l'activité ou le but est contraire à l'ordre public, notamment ceux qui poursuivent le renversement par la violence des pouvoirs constitutionnels et des institutions publiques sont, quels que soient leur dénomination, leurs moyens et leurs buts apparents, illicites et interdits sur territoire vaudois.

Est également illicite et interdite sur territoire vaudois l'activité de telles associations, organisations et de tels groupements ayant leur siège ou leur direction hors du canton.

En conséquence, toute activité, politique ou autre, publique ou privée, est interdite notamment aux associations, organisations et groupements qui sont affiliés directement ou indirectement à l'Internationale communiste, ainsi qu'à toute autre organisation internationale ou étrangère dont l'activité est contraire à l'ordre public, ou qui travaillent dans l'intérêt des organisations précitées.

Art. 2. — Le Conseil d'Etat est chargé de prévenir et de faire cesser l'activité des associations, organisations et groupements visés à l'article premier.

Il interdit en particulier l'offre, la vente, la remise, l'envoi, l'exposition, l'affichage et la circulation de tous journaux ou autres écrits, figures, images ou emblèmes émanant de ces associations, organisations et groupements ainsi que l'utilisation par eux de tous autres moyens de diffusion.

Il a le droit de séquestrer et de confisquer les objets ou valeurs servant à l'exercice de l'activité interdite.

Enfin, du point de vue constitutionnel surtout, il ne faut pas oublier que l'art. 56 de la constitution fédérale réserve aux cantons les mesures nécessaires à la répression des abus en matière d'associations, lorsque celles-ci poursuivent un but ou emploient des moyens qui ont un ca-

---

Art. 3. — En cas d'urgence, le Département de justice et police est compétent pour prendre les mesures indiquées à l'article précédent, sous réserve de recours non suspensif au Conseil d'Etat.

Ce recours s'exerce par acte écrit, en deux exemplaires, sur papier libre. Il doit être déposé au Département de justice et police ou à la Chancellerie d'Etat dans les 10 jours dès la notification de la décision.

Art. 4. — L'exercice d'une fonction publique (administrative, judiciaire, pédagogique ou autre) est inconciliable avec l'affiliation du titulaire de cette fonction à une association, une organisation ou un groupement visés à l'article premier.

Le fait, pour une personne ne se rattachant pas à une association, une organisation ou un groupement visés à l'article premier, de se livrer à une activité quelconque en leur faveur est également inconciliable avec l'exercice d'une fonction publique.

En conséquence, la présente loi entraîne la révocation d'une fonction publique de quiconque se trouve, un mois après son entrée en vigueur, dans les conditions prévues aux alinéas précédents.

Art. 5. — La destitution d'un fonctionnaire se trouvant dans les cas prévus aux alinéas 1 et 2 de l'article précédent est déclarée par le Conseil d'Etat, après enquête, et après un avertissement d'un mois. La destitution des employés communaux est déclarée par la municipalité dont ils relèvent, dans les mêmes conditions.

La destitution d'un fonctionnaire judiciaire a lieu par jugement disciplinaire, conformément aux articles 140 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire.

Art. 6. — Toute infraction à l'article premier de la présente loi tombe sous le coup de l'art. 290 du code pénal.

La violation d'une décision prise par le Conseil d'Etat ou le Département de justice et police aux termes des articles 1 à 3 de la présente loi entraîne l'application de l'article 251 du code pénal.

L'article 303 du code pénal est applicable à celui dont les fonctions ont expiré en raison des articles 4 et 5 de la présente loi.

ractère illicite ou dangereux pour l'Etat. Or, il résulte d'une jurisprudence constante de la Section de droit public du Tribunal fédéral que le droit constitutionnel d'une autorité d'édicter des mesures de nature administrative, en particulier des ordres et des défenses de police contient, à défaut de prescriptions positives contraires, le droit de prévoir des sanctions pénales pour le cas d'infraction à ces prescriptions[50]).

Cette opinion sur la répression cantonale des associations illicites nous paraît partagée par le Département fédéral de Justice et Police qui a eu l'occasion de l'exprimer dans une lettre au canton de Neuchâtel[51]), puis, d'une façon plus évasive, il est vrai, dans un communiqué à la presse[52]) et en octobre dernier, à l'occasion de la conférence des directeurs cantonaux de Justice et Police[53]).

---

[50]) RO 41 I 50 I; RO 57 I 276, JT 1932 I 314; RO 63 I 8, JT 1937 I 437.

[51]) Lettre du 24 février 1938.

[52]) Voici le texte de ce communiqué paru dans les journaux à fin juin 1938:

Code pénal suisse et lois cantonales interdisant le parti communiste.

Le code pénal ne touche pas les lois que certains cantons ont édictées pour interdire le parti communiste comme tel (ou les partis dépendant de l'internationale communiste). Il se borne à abroger les lois pénales des cantons (art. 400). Ceux-ci conservent le droit de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale (art. 335). Il faut donc admettre que les crimes et délits proprement dits du droit cantonal sont remplacés par ceux qui y correspondent dans le code pénal fédéral (art. 265 et s.) et qui d'ailleurs suffisent. Ces infractions se rapportent aux actes constituant des attaques contre l'Etat, sans égard à qui les commet. Mais les cantons peuvent aller plus loin et punir, par exemple, comme contravention la simple appartenance à un parti interdit. Il incomberait le cas échéant au Tribunal fédéral de départager les deux catégories de dispositions pénales et de délimiter par conséquent la compétence cantonale.

[53]) Revue pénale 1939 p. 10.

Il reste une seule question: celle du concours idéal de délits. Le même acte pourrait être à la fois une infraction cantonale, en vertu de la loi „anti-communiste", et un délit fédéral en vertu des art. 259 (provocation au crime), 260 (émeute) ou 265 (haute trahison) du code pénal suisse. Nous pensons qu'en pareil cas, si le délit fédéral est réalisé, la sanction que le code suisse prévoit l'emporte sur celle de la loi cantonale; car il s'agit alors ou bien de droit pénal commun, ou bien de règles de police et dans les deux cas le droit de la Confédération déroge aux dispositions cantonales de même objet.

II. Les infractions administratives (art. 335, al. 2).

1° Infractions concernant la sécurité publique.

Plusieurs cas peuvent prêter à discussion:

a) Délits d'incendie, d'explosion, de construction défectueuse, etc. (art. 221 à 230 CPS).

Les faits d'incendie, d'explosion et autres semblables, comme tous ceux réprimés pour le danger qu'ils créent, peuvent être envisagés dans trois éventualités distinctes:

a) lorsqu'il y a eu lésion corporelle ou dégât matériel; dans ce cas on est en présence d'un fait qui appartient au droit pénal commun, non au droit administratif, que le fait soit intentionnel ou par négligence (Verletzungsdelikte);

b) lorsque, sans lésion ni dommage, il y a eu cependant mise en danger directe de certaines personnes déterminées ou de certains biens déterminés appartenant à autrui. Là encore la doctrine actuelle fait rentrer de tels délits dans le droit pénal commun (Gefährdungsdelikte);

c) lorsque, toujours sans lésion ni dommage, il y a une simple mise en danger virtuelle, personne ni aucun bien d'autrui n'ayant été directement menacés; ainsi, l'incendie de sa propre maison, abandonnée de tout être humain, en un lieu isolé. Il s'agit d'un cas que la

théorie du droit pénal distingue, fort opportunément du reste, du cas précédent: ce n'est plus une mise en danger concrète, mais une mise en danger abstraite (Gefährlichkeitsdelikte); ce ne sont plus des personnes ou des biens déterminés qui sont menacés, mais seulement le bon ordre établi par l'Etat dans sa tâche administrative. Aussi ne sommes-nous plus en droit pénal commun, mais en droit pénal administratif. Nous avons passé du „malum in se" au „malum quia prohibitum"[54]).

En vertu de la classification que nous avons posée[55]), les infractions des deux premiéres catégories appartiennent au droit fédéral. Celles de la troisième catégorie sont de droit cantonal.

C'est dès lors aux cantons qu'appartient la répression de manquements aux injonctions de l'Etat si, par un incendie, une explosion, ou une construction défectueuse, l'on a créé un danger seulement virtuel. Il n'y a aucune objection à ce que les cantons complètent de la sorte le titre VIIe du code suisse. Toutefois, comme nous l'avons préconisé[56]), ils feront bien de prévoir les mêmes définitions et les mêmes pénalités que ce code, s'ils ne veulent pas exposer les justiciables et les juges à des difficultés d'interprétation sans intérêt pour personne.

b) Délits contre la santé publique (art. 231 à 236 CPS).

Ce que nous venons de dire des délits d'incendie ou autres analogues peut être répété ici.

Lorsqu'un fait contre la santé publique a véritablement atteint autrui, ou a provoqué un danger immédiat et réel envers des personnes ou des animaux déterminés, le code pénal suisse est sans contredit seul applicable.

Sinon, le délit est administratif. Ainsi, il sera de la compétence des cantons de réprimer des faits de conta-

---

[54]) Voir p. 71a—76a.
[55]) Voir p. 72a et s.
[56]) Voir p. 79a—81a.

mination d'eaux (cf. art. 234 CPS) lorsque personne n'a été directement exposé à en subir les inconvénients.

c) Entrave aux services d'intérêts général (art. 239 CPS).

Toujours sous les mêmes réserves et à côté de l'art. 239 CPS, le législateur pénal cantonal réprimera — en l'absence d'une atteinte ou d'une menace concrète à des personnes ou à des choses — les infractions aux règles de droit administratif qu'il pose, par exemple pour assurer la distribution d'eau, la distribution électrique, les secours contre l'incendie, etc.

2° Protection et développement de l'agriculture.

Il s'agit des règles de droit administratif concernant la chasse et la pêche, les rapports de voisinage (code rural), la lutte contre les maladies et les insectes, la police des pâturages et des vendanges, les améliorations foncières, les assurances agricoles, les forêts.

Dans toutes ces matières, les cantons ont entière latitude pour assurer, comme ci-devant, par des sanctions pénales le respect des dispositions de leur propre droit administratif.

Souvent, en une même matière — par exemple pour la chasse ou les forêts — les règles administratives de la Confédération coexistent avec celles des cantons, celles-ci complétant celles-là. Rappelons que la discrimination entre la compétence pénale de chaque souveraineté dépendra du droit administratif[57]), plus précisément de la norme précise qu'il s'agit de sanctionner. Ainsi, de même que la norme administrative cantonale complète la norme administrative fédérale, de même la sanction pénale du canton quant à la première complètera la sanction pénale de la Confédération quant à la seconde[58]).

[57]) Voir p. 71a et 76a.

[58]) Exemple: l'interdiction de chasser le dimanche, qui ne résulte pas de la loi fédérale, mais qui est le fait du canton (art. 15 de la loi vaudoise du 11 mai 1926), reste sanctionnée par la pénalité cantonale.

Les cantons se garderont donc bien, en ces matières, où leurs compétences administratives subsistent à côté de la réglementation unifiée, de supprimer leurs pénalités actuelles. Car la Confédération, répétons-le, ne sanctionne pénalement, selon l'art. 335, al. 2 CPS, que les dispositions de son propre droit administratif, non celles des cantons[59]).

3° Protection et développement du commerce, de l'artisanat et de l'industrie.

De nombreuses règles administratives, propres aux cantons ou, le plus souvent, en complément de règles fédérales, régissent le commerce en général, les foires et marchés, les poids et mesures, les conflits du travail, la formation professionnelle, le travail dans les fabriques, le chômage, les jeux et loteries, la presse et d'autres matières analogues.

Il nous est impossible de les passer toutes en revue. Nous signalerons les cas qui peuvent prêter à discussion ou difficulté.

a) Chômage.

Telle loi cantonale sur le chômage réprime des faits assimilables à une escroquerie, dite escroquerie au chômage[60]). Ces faits seront-ils punissables selon le code pénal suisse (art. 148) ou selon la loi cantonale?

Nous proposons la solution suivante: si le caractère dominant de l'infraction commise est une atteinte au patrimoine, soit un fait immoral commis dans un but de lucre, qui entraîne la réprobation morale, il n'y a, croyons-

---

[59]) Voir p. 76a—83a.

[60]) Ainsi la loi vaudoise du 15 décembre 1936 concernant la lutte contre le chômage et ses conséquences:

Art. 61, al 1er. — Celui qui, par des indications inexactes ou incomplètes obtient ou tente d'obtenir pour lui-même ou pour autrui l'octroi illicite d'une aide quelconque prévue par la présente loi sera puni de l'emprisonnement de 6 mois au plus.

nous, pas de doute que le code pénal suisse l'emporte et que l'agent sera puni selon le droit fédéral.

En revanche, si l'escroquerie, quoique réalisée, est de si minime importance qu'elle révèle moins une attitude morale répréhensible de l'agent ou son esprit de lucre („malum in se"), qu'une volonté de désobéir à l'ordre établi par l'administration dans la lutte contre le chômage („malum quia prohibitum"), alors le caractère administratif de l'infraction l'emportera; la législation cantonale conservera toute sa valeur[61]).

b) Presse (art. 322 CPS).

Sauf la garantie constitutionnelle de la liberté de la presse et sauf les mesures pour la protection de la neutralité suisse, le régime de la presse relève administrativement des cantons, et non de la Confédération.

Or le code pénal suisse, par son art. 322, réprime de peines contraventionnelles l'éditeur et l'imprimeur qui ne mentionnent pas sur l'imprimé leurs noms et le lieu d'impression, comme aussi le rédacteur si le journal qu'il rédige ne le désigne pas. C'est là un empiétement sur le droit administratif cantonal.

Comment concilier la disposition de l'art. 322 du code suisse avec la règle de droit public posée par l'art. 335, al. 2, du même code? Nous ne nous en chargeons pas.

A notre avis les cantons peuvent et doivent sans arrière-pensée conserver leurs dispositions administratives sur la presse, avec leurs propres sanctions pénales contre les éditeurs, imprimeurs et rédacteurs contrevenants; l'art. 335, al. 2, disposition d'application du code

[61]) Aussi, dans les propositions que l'auteur du présent rapport a faites au Conseil d'Etat vaudois en vue de l'introduction du code pénal suisse, l'abrogation de l'art. 61, al. 1er de la loi concernant la lutte contre le chômage n'est-elle pas préconisée; en revanche, un alinéa 6e serait introduit, prescrivant: „l'application du code pénal suisse, dans ses dispositions spéciales, est réservée lorsque les actes incriminés réunissent les éléments d'un délit qui y est prévu."

suisse, les y autorise expressément. Mais ils ne le feront, bien entendu, que pour les infractions d'ordre administratif (cf. art. 322 CPS), laissant au code suisse la répression des délits de droit commun, par exemple les injures et la diffamation par la voie de la presse (cf. art. 27 CPS).

Toutefois, pour leurs règles administratives et leurs pénalités, les cantons agiront sagement en s'inspirant de l'art. 322 CPS, afin de ne pas jeter le désarroi dans les imprimeries et les rédactions, ni le trouble dans les prétoires[62]).

4⁰ Protection de l'activité administrative de l'Etat.

Qu'il s'agisse d'instruction publique, d'assistance publique, du registre de l'état-civil ou du registre foncier, les règles que pose le droit administratif cantonal peuvent être sanctionnées par des peines qui sont de droit cantonal.

Mais voici de nouveau des conflits délicats.

a) Administration de la justice (art. 303 à 311 CPS).

L'Etat frappe de peines ceux qui commettent les petits délits de la procédure, ceux qui, par exemple, refusent de déposer, ne répondent pas à une citation, ou encore forment un recours abusif. Telles sont toutes les contraventions qu'on a l'habitude de voir dans les codes de procédure civile ou pénale et qui sont sanctionnées par des peines que l'on appelle parfois des amendes d'ordre (Ordnungsbussen)[63]). Ces pénalités-là subsisteront sans discussion et resteront de droit cantonal puisqu'elles sont, au sens de l'art. 335, al. 2d in fine, destinées à sanctionner les dispositions de la procédure cantonale.

Du reste le droit fédéral ne contient pas de pénalités pour les infractions de ce genre commises à l'égard de la justice d'un canton.

---

[62]) Voir p. 79a—81a.

[63]) Message p. 90.

Dans cette première catégorie d'infractions de procédure, nulle difficulté.

Mais les „contraventions aux prescriptions cantonales de procédure" peuvent être quantitativement plus importantes, sans être toutefois, à nos yeux, d'une autre nature. Celui qui induit la justice en erreur, qui entrave l'action pénale, qui fait une fausse déclaration comme partie, voire comme témoin, commet un délit de procédure, plus grave sans doute que celui qui forme un recours abusif, mais du même ordre. Pourquoi, ici, le législateur fédéral s'est-il, par les art. 303 à 309 CPS, approprié les infractions contre l'administration de la justice, sans les limiter à celles commises dans une procédure fédérale, voire, peut-être encore, à celles qui ont eu pour effet un dommage à la personne ou aux biens d'autrui[64]? C'est ce que nous ignorons.

La seule tentative de justification de l'unification pénale en matière de faux témoignage devant la justice cantonale[65]) est tirée du fait que la répression par les cantons serait à l'heure actuelle déjà à peu près uniforme[66]).

Nous trouvons cet argument fort mince[67]).

---

[64]) Car il rentrait bien dans l'intention des auteurs du code de ne pas distinguer, à propos du titre XVIIe, entre les manquements en procédure cantonale ou en procédure fédérale. Voir 2e Comm. Exp. V 269 s. Voir aussi art. 340 ch. 1 al. 5 CPS, a contrario.

[65]) Burckhardt ad art. 64bis, p. 394. Burckhardt ajoute que la question doit être examinée en faisant appel au bon sens, plutôt qu'à la logique; le principe lui-même de la répartition du droit pénal entre la Confédération et les cantons est du reste chose illogique, dit-il . . .

[66]) Ce qui est du reste faux, car contrairement au code suisse, le code vaudois actuel, pour de très bonnes raisons, ne punit pas le faux témoignage au cours de l'enquête pénale; voir p. 82a n. 42.

[67]) Chaque canton a une gendarmerie; pourquoi ne pas centraliser les corps de gendarmes? Chaque canton a son école primaire; pourquoi ne pas promulguer une loi fédérale d'instruction publique?

Pour notre part nous pensons que, dans la mesure où le manquement doit être réprimé pour ce seul motif qu'il entrave la justice cantonale, sans toutefois qu'il y ait atteinte à des tiers, l'infraction répond à la définition de l'art. 335, al. 2d et appartient au canton.[68])

Sous les mêmes réserves nous sommes enclins à reconnaître au canton les délits de favorisation à l'évasion (art. 310 CPS) et de mutinerie de détenus (art. 311 CPS).

Nous pensons toutefois que le législateur cantonal fera bien, en conservant ces délits dans sa législation, de recourir aux mêmes définitions et pénalités que le code suisse[69]).

b) Exercice des droits politiques (art. 279 à 284 CPS).

L'organisation du scrutin et les infractions des citoyens en matière de votation relèvent directement du droit administratif. De la sorte, et en vertu de l'art. 335, les cantons conservent, selon nous, malgré les art. 279 et suiv. CPS, la compétence de réprimer les irrégularités et fraudes lorsqu'il s'agit de votations et d'élections cantonales. S'ils usent d'une référence au code suisse, les dispositions de celui-ci seront de droit supplétif.

Quoiqu'il en soit, l'on ne contestera pas aux cantons la faculté d'assurer par d'autres sanctions pénales encore, le bon fonctionnement des opérations électorales[70]).

c) Exercice de l'autorité en général (art. 285 à 295 CPS).

La plupart des sanctions prévues par le code pénal suisse sous le titre des „infractions contre l'autorité pu-

---

[68]) Voir p. 71a—83a.

[69]) Voir p. 79a—81a.

[70]) Le canton de Vaud, par sa loi du 17 novembre 1924, connaît encore la répression de toute une série d'infractions secondaires en cette matière: défaut inexcusable de l'électeur à une votation fédérale, absence injustifiée d'un membre du bureau, retard dans l'envoi des procès-verbaux, etc.

blique" ont pour but de prévenir tout ce qui peut entraver l'activité de l'Etat.

Nous tenons donc pour des délits purement administratifs l'opposition aux actes de l'autorité, l'usurpation de fonctions, la soustraction des objets mis sous main de l'autorité, le bris de scellés, la rupture de ban, la publication de débats, l'infraction à l'interdiction d'exercer une profession, l'infraction à l'interdiction des débits de boissons.

Ces délits-là appartiennent aux cantons, sur la foi de l'art. 335, al. 2d, et en dépit des art. 285 et suiv. CPS, si du moins c'est une autorité cantonale qui est atteinte[71]).

5° Discipline des magistrats et des fonctionnaires, ainsi que des personnes exerçant une profession surveillée par l'Etat (art. 312 à 322 CPS).

Les auteurs du droit pénal ont pris l'habitude de mettre le droit disciplinaire en dehors du droit pénal[72]). Il est exact qu'en droit positif l'Etat limite parfois son pouvoir répressif à des peines dites de discipline (réprimande, retenue de salaire, obstacle à l'avancement, déplacement, révocation) et réserve l'intervention de la justice pénale aux cas plus graves. La différence entre la répression disciplinaire et la répression pénale est ainsi une différence de gravité, donc de peine, et aussi de procédure et d'autorité compétente. Mais ce n'est pas une différence dans la nature de l'infraction.

L'on est d'accord pour reconnaître aux cantons une pleine liberté en matière disciplinaire, car, dit-on, il s'agit de droit pénal administratif au sens de l'art. 335, al. 2d CPS[73]). Cela signifie probablement que les cantons ont en tout cas la faculté de punir toutes infractions de leurs

---

[71]) Voir p. 77a—79a.

[72]) Zürcher, Exp.mot. 1915 p. 6; Laband et Binding, cités par Renold.

[73]) Gautier, 2e Comm. Exp. VIII 19; Delaquis, ZSR 1919, 624.

fonctionnaires, pourvu qu'ils s'en tiennent à des peines disciplinaires, c'est à dire en rapport avec l'activité administrative. De telles peines ne feraient du reste pas obstacle à une répression des mêmes faits par la voie pénale, puisque l'une et l'autre sanction peuvent concourir et s'ajouter[74]).

Il reste à savoir si les cantons sont autorisés à édicter des peines du droit pénal commun à l'égard de leurs fonctionnaires qui manqueraient aux devoirs de leurs fonctions. Nous répondons affirmativement.

Le fonctionnaire cantonal qui viole ses devoirs officiels, se laisse corrompre, aide à l'évasion d'un détenu, viole le secret de sa fonction contrevient aux prescriptions de l'administration. Sauf le cas où un délit de droit commun a été commis (détournement de fonds, voies de fait), le seul intérêt lésé est celui de l'administration cantonale et l'on ne voit pas ce qui s'oppose à ce que la législation des cantons, nonobstant les art. 312 et suiv. CPS' mais au bénéfice de la garantie donnée par l'art. 335, al. 2 CPS, réprime de tels faits; il en va de même du cas du médecin qui délivre un faux certificat ou des professionnels qui violent leur secret. Nulle part il n'est dit en effet que les cantons soient limités aux peines disciplinaires, bien au contraire[75]).

Mais là encore le recours des cantons à la législation fédérale, comme droit supplétif, nous paraît recommandable.

III. Les infractions fiscales (art. 335, al. 3).

Nous ne mentionnons les infractions fiscales que pour mémoire. La réserve au profit des cantons est clairement exprimée à l'art. 335, dern. al. D'autre part le législateur fédéral ne nous paraît pas avoir empiété ici sur les compétences cantonales.

---

[74]) Gautier, 2e Comm. Exp. VIII 19.

[75]) Voir p. 103a.

IIIème partie.

Les dispositions générales applicables au droit pénal cantonal.

Dans son exposé des principes à la base de l'unification du droit pénal[76]) le prof. Zürcher relevait, qu'en échange des concessions faites aux fédéralistes par l'abandon aux cantons des contraventions de police, il paraissait juste d'imposer à ceux-ci des restrictions de deux ordres à leur législation propre: tout d'abord l'application des dispositions générales du code suisse aux contraventions cantonales; puis la limitation des peines cantonales, quant à leur genre et quant à leur montant, aux normes que le code suisse établit pour les contraventions du droit fédéral: trois mois d'arrêt (art. 39 et 101 CPS) et 2000 frs d'amende (art. 106 CPS).

Au cours des travaux législatifs, ces deux restrictions à l'autonomie des cantons ont disparu.

Mais ce ne fut pas sans diverses vicissitudes.

I. Genèse de la loi. Actuelle liberté des cantons.

a) Quant aux dispositions générales.

L'avant-projet de 1893 (avant-projet Stooss) n'envisageait l'application des dispositions générales du droit fédéral que si le législateur cantonal était muet à cet égard:

„Art. 214. Les dispositions générales qui précèdent (concernant les contraventions) seront subsidiairement applicables aux contraventions prévues . . . par les lois et ordonnances cantonales."

Le projet de 1915 est dans le même sens[77]):

---

[76]) ZSR 1892 p. 508 s.

[77]) Signalons que déjà le juge fédéral Cornaz, membre de a 1re Commission d'experts (II, 710) avait tenté de faire tomber e texte, appuyé du reste par le prof. Stooss, mais combattu par prof. Zürcher.

„Art. 358. La partie générale du présent code, livre des contraventions, est applicable aux contraventions réservées à la législation cantonale, pour autant que celle-ci ne contient pas de dispositions sur la matière."

Or la 2e Commission d'experts[78]), dans l'idée de respecter la liberté des cantons, a supprimé cet art. 358. Le projet du Conseil fédéral (1918) ne contient donc (à l'exception de ce qui sera dit plus bas sur les peines) plus aucune prescription, ni impérative ni même subsidiaire, sue les dispositions générales du droit pénal cantonal.

Une telle liberté laissée au législateur cantonal ne fut pas du goût de certains parlementaires. Déjà à la commission du Conseil national le rapporteur[79]) pose la question: ne faut-il pas déclarer applicables les dispositions générales du code suisse au droit pénal qui reste aux cantons? Un autre commissaire en fait la ferme proposition, mais il reste en minorité. La proposition est reprise en séance du Conseil national[80]); cependant, combattue par les rapporteurs, elle échoue en votation.

Le Conseil des Etats fut du même avis[81]).

b) Quant aux peines.

La liberté des cantons d'instituer toutes peines qu'il leur plaira est aujourd'hui entière aussi. Mais l'insistance du pouvoir fédéral pour une uniformisation fut plus tenace.

Dans l'avant-projet de 1893 il est prescrit expressément:

„Dispositions finales. . . . Les peines ainsi établies (par les cantons) pourront être les arrêts jusqu'à 3 mois et l'amende jusqu'à 10,000 frs.; la confiscation pourra être également prévue . . ."

---

[78]) 2e Comm. Exp. VIII 24 à 27.
[79]) Séance du 20 mai 1927 (Logoz).
[80]) Bull. sten. 1930, p. 550 à 567.
[81]) Bull. sten. 1931, p. 237 à 238.

Tandis que la 1re Commission d'experts avait biffé cette disposition[82]), l'on y revint dans les délibérations de la 2e Commission d'experts[83]), et avec une certaine vivacité. Nul doute, s'exclamait-on, que, si l'on laisse aux législateurs des cantons la bride sur le cou, ils vont abuser de cette parcelle d'autonomie dont il nous plaît de leur faire le généreux présent; ainsi les verrait-on réintroduire, avec des peines sévères, de véritables délits, ce que le législateur fédéral ne saurait tolérer.

Aussi le projet du Conseil fédéral (1918) continue-t-il à être restrictif:

„Art. 352, al. 3. Ils (les cantons) ne peuvent édicter d'autre peine privative de liberté que celle des arrêts, telle qu'elle est établie par le présent code."

Ce fut finalement le mérite des Chambres[84]) de réinstaurer la pleine liberté des cantons, quant aux genres et quotités des peines, pour les infractions de leur compétence.

De même fut abandonnée une proposition faite d'imposer aux cantons les dispositions fédérales sur le sursis conditionnel (art. 41, 105 CPS)[85]).

Enfin une dernière proposition parlementaire, destinée à imposer aux cantons la règle du code suisse touchant l'exécution des peines d'amende et leur conversion en arrêts (art. 49 CPS) fut rejetée elle aussi[86]).

De ce qui précède retenons que les cantons disposent pleinement de leur pouvoir législatif pour fixer les modalités générales de la répression quant aux contraventions

---

[82]) 1re Comm. Exp. II 347 à 349. Il faut noter spécialement, dans le sens de la liberté des cantons, les interventions du prof. Zürcher et du juge cantonal vaudois Correvon.

[83]) 2e Comm. Exp. VIII 20 s.

[84]) Bull. stén. CN 1930 p. 547 à 567 (signalons les interventions des rapporteurs Seiler et Logoz en faveur de la liberté des cantons). Comm. CE 16 octobre 1930; Bull. stén. CE 1931, p. 237 à 238.

[85]) Bull. stén. CE 1931, p. 238. Bull. stén. CN 1934, p. 714.

[86]) Comm. CN 20 mai 1927.

et délits qui, au sens de l'art. 335 CPS, sont restés dans leur domaine propre. Le législateur fédéral ne leur impose ni une définition du dol, ni une conception de la tentative, ni une notion de la responsabilité, ni un système de peines, ni rien enfin qui puisse brider leur autonomie.

II. Recherche d'une solution législative pour les cantons. Renvois possibles aux dispositions générales du code suisse.

Si les cantons sont libres d'adopter les dispositions générales qu'il leur plaît pour les infractions de leur domaine, ils peuvent, cela va sans dire, adopter celles du code suisse.

Dans cette éventualité le droit fédéral devient un droit cantonal supplétif, phénomène qui n'est point nouveau dans notre Etat fédératif. Le Tribunal fédéral n'a alors pas la compétence de revoir l'application de ces règles devenues cantonales[87]).

Le renvoi au code suisse est donc possible. Mais est-il désirable?

Oui, disait-on déjà à la 2e Commission d'experts[88]): une circulaire devrait, précisait-on, recommander aux cantons d'adopter les dispositions générales du code suisse sue les contraventions. C'est ce que fait l'actuelle circulaire du Département fédéral de justice et police[89]): „. . . Il serait utile, selon nous, d'examiner si les cantons n'auraient pas avantage à adopter les mêmes principes généraux pour les contraventions de droit cantonal, puisque leurs tribunaux devront les appliquer très largement dans les cas les plus importants de crimes et délits. Ce serait là une simplification; dans plus d'un canton on comblerait utilement une lacune des règles générales en matière de contraventions."

---

[87]) C'est ce qui a été rappelé devant la 2e Commission d'experts (VIII 26, 27).

[88]) 2e Comm. Exp. VIII 20.

[89]) Circulaire aux gouvernements cantonaux concernant l'introduction du code pénal suisse, du 27 décembre 1938.

La solution n'est pas aussi simple.

Il ne faut pas perdre de vue en effet que les infractions cantonales sont des plus diverses. Il n'y a pas que les petites contraventions de police. Nombre de manquements qui appartiennent sans contredit au droit cantonal sont traités, dans certaines législations tout au moins, comme de véritables délits, non comme des contraventions; ainsi le refus par un membre d'une autorité ou un fonctionnaire d'accomplir les devoirs de son office[90]) ou la participation à des associations illicites[91]). Par ailleurs nous avons, parmi les infractions cantonales, celles constituées par la violation des prescriptions fiscales, avec un côté pénal peu accentué, mais des amendes fort élevées, voire des peines privatives de liberté fort sensibles.

Bref, il serait de la dernière imprudence législative d'insérer dans une loi cantonale d'introduction cette simple phrase: les dispositions générales du code suisse relatives aux contraventions (art. 101 à 109) sont applicables aux infractions du droit cantonal.

Le législateur cantonal préférera sans doute classer les infractions de sa compétence, au sens de l'art. 335 CPS, dans les trois catégories que nous venons d'esquisser: délits, infractions fiscales, contraventions.

1° Délits cantonaux.

a) Leur délimitation et leur désignation législative.

Les infractions cantonales de cette catégorie, qualifiées délits, feront normalement l'objet d'une instruction pénale (non administrative); elles seront réprimées par le juge pénal; mais surtout — et c'est ce qui nous intéresse ici — les dispositions générales concernant la répression des délits (celles du code suisse, par renvoi, ou celles propres au canton) leur seront applicables.

---

[90]) P. ex. Code pénal vaudois, art. 302.

[91]) P. ex. Loi vaudoise du 21 novembre 1938 sur les associations illicites.

C'est l'oeuvre du législateur cantonal de délimiter cette catégorie des délits cantonaux, et cela aussi bien quant aux infractions de police (art. 335, al. 1) que quant aux infractions administratives proprement dites (art. 335, al. 2).

Nous qualifierions délits:

1. tout d'abord les infractions des codes pénaux cantonaux actuels que le code suisse n'a pas reprises et qui échappent à l'oeuvre abrogatoire du législateur fédéral; par exemple, en droit vaudois[92]): l'atteinte à la liberté du travail (art. 160 CPV), le vagabondage et la mendicité (art. 237 et 238 CPV), le refus par un membre d'une autorité ou un fonctionnaire d'accomplir les devoirs de son office (art. 302 CPV), la continuation par un fonctionnaire révoqué de l'exercice de ses fonctions (art. 303 CPV), l'arrestation illégale ou la visite domiciliaire illégale (art. 308 et 309 CPV), etc.

2. puis des infractions particulièrement graves des lois spéciales, que le code suisse ne connaît pas non plus; ainsi, en droit vaudois: la participation à des associations illicites (loi vaudoise du 21 novembre 1938), la fraude au chômage (loi vaudoise du 15 décembre 1936, art. 61), peut-être certaines infractions de chasse et de pêche, etc.

3. enfin ces infractions dont nous avons parlé plus haut[93]) et qui appartiennent selon nous aux cantons malgré la prescription analogue du code suisse.

Ici se pose une question délicate, qui relève de la technique législative.

Il faut savoir en effet, en présence d'une infraction cantonale, comment le législateur fera reconnaître immédiatement s'il s'agit bien d'un délit, c'est à dire si les dis-

---

[92]) Selon les propositions de l'auteur de ces lignes au Conseil d'Etat vaudois ces infractions pourront être, après abrogation du code pénal vaudois, réparties selon leur objet dans un certain nombre de lois administratives qu'elles concernent spécialement.

[93]) Voir p. 77a—79a.

positions générales concernant les délits sont applicables. Divers systèmes sont concevables:

1. Désignation générale ex lege. C'est en général le critère adopté par les cantons jusqu'ici: lorsque une infraction est réprimée par le code pénal, elle est un délit, sinon une contravention[94]). Avec l'abrogation des codes pénaux des cantons ce procédé sera à l'avenir exclu.
2. Désignation spéciale ex lege: il y a délit lorsque la loi réserve expressément pour cette infraction particulière l'application des dispositions générales concernant les délits[95]).
3. Désignation ex judice: lorsque une infraction est soumise à la répression d'un tribunal pénal, et non d'un juge de police, elle est un délit.
4. Désignation ex poena: on est en présence d'un délit dès que la peine prévue pour une certaine infraction dépasse un certain minimum. C'est le système du code suisse: „les dispositions générales concernant les crimes et délits, dit l'art. 333 al. 2 CPS, sont applicables à toutes infractions pour lesquelles une autre loi fédérale (ici: cantonale) prévoit une peine privative de liberté de plus de trois mois.“ Ce système a l'avantage de la simplicité. Il nous paraît cependant manquer de souplesse, car il convient parfois que certaines petites infractions, peu graves en elles-mêmes, mais entraînant néanmoins la réprobation de la morale ou du droit naturel („malum in se“) puissent être traitées comme des délits, malgré la peine minime qu'ils entraînent; inversément il semble nécessaire de pouvoir considérer comme des contraventions (susceptibles de la procédure administrative et de la juridiction de police) certaines infractions moralement indifférentes, mais graves seulement par le trouble qu'elles causent à l'administration („malum quia prohibitum“).

---

[94]) P. ex.: code pénal vaudois, art. 1er, al. 1; Str.PO Zürich § 327 a contrario.

[95]) P. ex.: code pénal vaudois, art. 1er, al. 2.

Chaque canton, dans ses lois d'introduction et à l'occasion de la revision de sa législation pénale, recourra au procédé qui lui paraîtra le meilleur.

b) Dispositions générales applicables.

Les cantons jouissant d'une complète liberté, ils pourraient conserver pour leurs délits les dispositions générales de leur code pénal actuel.

Nous ne pensons cependant pas qu'ils le fassent. Il convient en effet de limiter les inconvénients, déjà suffisants, qui résultent de la coexistence de deux droits sur un même territoire. Or il serait insensé d'instaurer concurremment deux systèmes répressifs, l'un fédéral, l'autre cantonal. La confusion règnerait alors en maîtresse, sinon chez les juristes avertis, au moins dans l'esprit de nos juges laïques et à plus forte raison dans les cerveaux des citoyens (dont nul n'est censé ignorer la loi!). Voit-on un peuple vivre avec deux notions différentes de la responsabilité, de la culpabilité, de l'erreur de fait, de la légitime défense, de l'état de nécessité? Quant à nos institutions pénitentiaires, elles ne supporteraient sans doute pas qu'aux quelque vingt genres de réclusion, d'emprisonnement, d'internement ou d'hospitalisation du code suisse, l'on ajoutât encore les modes propres au droit cantonal. Enfin il va de soi que les termes de la vie courante qui ont une signification juridique (femme, proches, familiers, fonctionnaires, titres, titres authentiques, jour, mois, année, détention préventive)[96]) ne sauraient avoir un autre sens en droit fédéral et en droit cantonal. Ce n'est pas en ignorant le code suisse qu'on en diminuera les inconvénients en terre cantonale, mais bien en recherchant, sur le plan même où les cantons, bon gré mal gré, ont été placés, l'ensemble juridique qui présentera le plus de facilité d'application.

Pour ces raisons nous préconisons un renvoi global aux dispositions générales du code suisse (art. 1er à 100

[96]) Cf. art. 110 CPS.

et 110) en ce qui concerne les délits de la compétence cantonale.

Mais ce renvoi devra être exprès et figurer dans la législation cantonale fondamentale, par exemple dans la loi d'introduction ou dans une loi pénale de base.

Tout au plus tel canton apportera-t-il aux dispositions fédérales, qui deviennent ainsi parties intégrantes du droit cantonal, quelques adjonctions ou restrictions justifiées par des traditions locales[97]).

2° Infractions fiscales cantonales.

La délimitation et la désignation législative des infractions fiscales ne comportent pas de difficultés.

En revanche, il faut signaler le danger qu'il y aurait à soumettre ces infractions aux dispositions générales du code suisse, aussi bien à celles sur les crimes et délits qu'à celles sur les contraventions.

Nul ne pensera en effet qu'il soit opportun d'appliquer à de telles infractions les règles telles que celles sur la complicité, sur la responsabilité restreinte, sur l'erreur de fait ou de droit, sur la légitime défense ou l'état de nécessité. D'autre part, l'on refusera de limiter à 2000 frs., comme pour les contraventions du droit fédéral (art. 106 CPS), le maximum de l'amende fiscale[98]).

Les cantons instaureront donc certainement, s'ils ne l'ont déjà fait, des dispositions générales propres pour les pénalités destinées à protéger le fisc.

---

[97]) Ainsi l'auteur de ces lignes a proposé au Conseil d'Etat vaudois le maintien du sursis pour les peines d'amende en matière de délits cantonaux.

[98]) Dans ce sens: le prof. Zürcher devant la 2e Comm. Exp. II 347. En droit vaudois l'amende en matière de droit de mutation équivaut à dix fois le droit soustrait.

3° Contraventions cantonales.

Les infractions cantonales qui ne sont ni des délits ni des infractions fiscales seront des contraventions[99]). Il n'est, pensons-nous, pas besoin d'une autre délimitation.

Législativement, aucune désignation spéciale ne sera nécessaire. Aussi tenons-nous pour inutile une définition ex poena à l'instar des art. 101 et 333, al. 2 CPS. Il suffira que la loi fondamentale du canton en matière pénale (loi d'introduction au CPS ou loi pénale de base) prescrive: „Sont réputées contraventions toutes les infractions cantonales qui ne sont pas qualifiées délits ou qui ne ressortissent pas à la répression fiscale."

Pour les dispositions générales applicables à leurs contraventions, les cantons ont le choix entre deux méthodes:

1. Ils peuvent se référer aux dispositions générales du code suisse concernant les contraventions, art. 101 à 109, ainsi que le fait l'art. 333, al. 2 pour les infractions des lois fédérales spéciales; ici encore il faudra un renvoi expressis verbis, dans une loi fondamentale du canton, car les dispositions du code suisse ne sont pas en elles-mêmes applicables.

Mais nous voyons à ce mode de faire un inconvénient sérieux. L'art. 102 CPS en effet rend à son tour applicables aux contraventions, sauf exception, les dispositions générales du code concernant les crimes et délits. Aperçoit-on les conséquences d'un tel renvoi pour les petites contraventions de nos lois cantonales, de nos règlements communaux de police?

Nous doutons fort en effet qu'il soit opportun d'exiger de l'autorité compétente en matière de petite contra-

---

[99]) L'on aura, dans cette acception du terme contravention, des contraventions de police, de la catégorie des infractions de l'alinéa 1er de l'art. 335, comme aussi des contraventions administratives, de la catégorie des infractions de l'alinéa 2d; de même qu'on pourra avoir, dans ces deux catégories, des délits au sens de ce qui est dit ci-dessus p. 106a—110a.

vention de police (dans le canton de Vaud: un conseiller municipal de village) qu'elle fasse procéder, en tant que mesure d'instruction, à l'examen mental de la personne dénoncée, conformément à l'art. 13 du code pénal suisse, ou qu'elle recherche, à propos d'une divagation de poules ou d'un „clédar" laissé ouvert, les questions de dol éventuel, de négligence, d'erreur de fait et d'erreur de droit[100]).

La contravention de police, voire l'infraction purement administrative exigent, pensons-nous plutôt, une rapidité de sanction et une appréciation objective des faits qui se concilient difficilement avec un système de droit pénal affiné et subtil[101]).

Nous ne voyons pas davantage les cantons recourir pour la répression de leurs contraventions à des mesures de sûreté telles que l'internement d'alcooliques ou à des mesures de rééducation de mineurs. L'application du sursis est même discutable.

2. Les cantons préféreront en revanche créér un système de dispositions générales propre à leurs contraventions.

Sur deux points le législateur cantonal s'inspirera, pensons-nous, du code suisse. Il adoptera dans les dispositions générales applicables à ses contraventions les définitions légales de l'art. 110 CPS. D'autre part, entrant dans la voie tracée par l'art. 333, al. 2 in fine CPS, et désireux d'éviter une revision de toutes ses lois et ar-

---

[100]) Déjà devant la 1re Comm. Exp. (II 710) le juge fédéral Cornaz signalait que les dispositions du code suisse sur l'intention, la négligence, la responsabilité, la tentative, la complicité, le cumul, les mineurs, les mesures de sûreté seraient difficilement applicables aux infractions du droit administratif et aux contraventions de police des cantons.

[101]) A Lausanne, par exemple, le Préfet du district, à côté de son activité proprement administrative comme représentant du gouvernement, prononce à lui seul sur 2000 contraventions annuellement; l'officier de la police locale de son côté statue, chaque année aussi, sur 8000 contraventions de la compétence municipale.

rêtés administratifs comportant des pénalités, il prescrira une fois pour toutes: „en matière de contraventions le juge doit prononcer les arrêts au lieu de l'emprisonnement."

Pour le surplus l'avant-projet de loi pénale de police pour le canton de Zoug[102]) peut servir de guide, en tout cas pour les cantons qui voient dans le dol ou la négligence une condition de la répression des contraventions. De son côté le Conseil d'Etat du canton de Vaud fait actuellement préparer un projet de dispositions générales pour les contraventions cantonales, projet auquel les législateurs cantonaux auront aussi la faculté de se référer[103]).

Thèses.

A. Définitions.

1. Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 CPS n'est pas défini dans son ensemble par la notion de contravention.
2. Il ne l'est pas davantage par la notion de droit pénal de police.
3. En revanche, toutes les infractions réservées aux cantons par l'art. 335 CPS sont des infractions administratives.
4. L'infraction administrative, au sens de l'art. 335 CPS, n'est pas nécessairement celle inscrite dans une loi administrative ou réprimée par une autorité adminis-

---

[102]) Vorentwurf zu einem Polizeistrafgesetz für den Kanton Zug (Bericht und Vorentwurf), par le prof. Dr. A. von Overbeck, de l'Université de Fribourg, Revue pénale 1938, 52, p. 226 s. — Voir aussi le Polizeistrafgesetz du canton de Bâle-Ville du 23 septembre 1872 et surtout les dispositions générales revisées (§§ 1 à 21 c) de cette loi dans le tout récent projet de Gesetz über die Einführung des schw. Str. GB. pour le canton de Bâle-ville.

[103]) On rappelle que le canton de Vaud reste fidèle au principe de la répression de ses contraventions cantonales sur la base du seul élément objectif de l'infraction; voir plus haut p. 69a.

trative; elle n'est pas non plus celle où ferait défaut l'élément subjectif; enfin elle ne se limite pas à certaines sphères de l'activité humaine.

5. L'infraction administrative est celle qui est réalisée par la désobéissance à une injonction ou prohibition que l'Etat pose dans sa tâche administrative, si ce manquement est frappé d'une peine. L'énumération des infractions administratives n'a d'autre limite que le cadre des lois administratives elles-mêmes.
6. L'infraction administrative s'oppose à celle du droit commun dans ce sens qu'elle est déjà réalisée avant toute atteinte ou menace directe à des biens ou à des personnes déterminés.
7. Les infractions administratives comprennent en particulier les contraventions de police, les contraventions aux règles destinées à protéger l'administration, les contraventions aux injonctions et prohibitions de l'administration pour la réalisation de ses buts, les contraventions aux règles de procédure, les contraventions fiscales.
8. Par contraventions de police au sens de l'alinéa premier de l'art. 335, il faut entendre celles qui concernent l'ordre et la tranquillité des lieux publics et de la société en général.

B. Force dérogatoire du droit fédéral.

9. Chaque fois qu'est réalisé un délit de droit pénal commun, délit d'atteinte ou de mise en danger concrète, le droit fédéral l'emporte sur les dispositions pénales des cantons, qui sont abrogées par l'art. 400 CPS.
10. De même la force dérogatoire du droit fédéral jouera lorsque, en matière d'atteinte ou de mise en danger concrète d'une personne ou d'un bien, le code suisse, par son silence, impose l'impunité.
11. En matière de contraventions de police (art. 335, al. 1er), toute infraction du droit pénal fédéral déroge à celle correspondante du droit cantonal.

12. Pour les autres infractions administratives (art. 335, al. 2 et 3) la pénalité du droit fédéral ne déroge à celle du droit cantonal que si elle se rapporte à une matière du droit administratif fédéral.
13. Au contraire, chaque fois qu'il s'agit de sanctionner pénalement une norme administrative cantonale (et en l'absence d'un délit de droit commun), l'infraction inscrite dans la législation du canton garde sa valeur, même en concours avec une pénalité, également d'ordre administratif, instituée par le code suisse.
14. Toutefois, en cas de conflit entre la sanction pénale cantonale et la sanction pénale fédérale, en matière administrative, le législateur du canton peut trouver une solution pratique en adoptant et la définition et la peine du code suisse, cela à titre de droit cantonal supplétif.

C. Dispositions générales applicables.

15. Les cantons ne se voient imposer, pour leurs infractions propres, ni les dispositions générales du code suisse ni un maximun de peines.
16. Pour les dispositions générales applicables à leurs délits propres — dont ils fixent eux-mêmes la délimitation — les cantons pourront utilement se contenter d'un renvoi global aux dispositions générales du code suisse, à titre de droit cantonal supplétif.
17. En revanche, pour leurs contraventions fiscales et leurs contraventions de police, ils conserveront ou éventuellement créeront les dispositions générales appropriées à ces infractions.