

Zeitschrift: Kriminologisches Bulletin = Bulletin de criminologie
Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band: 23 (1997)
Heft: 1

Buchbesprechung: Rezensionen = Recensions

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. 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. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

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. [Voir Informations légales.](#)

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. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 14.05.2025

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

REZENSIONEN / RECENSIONS

Bustini Grob Simona

Grosskredite im Schatten des Strafrechts

**Berner Bankrechtliche Abhandlungen, Band 3, Verlag Stämpfli+Cie AG
Bern, 1997, 203 Seiten.
CHF 66.--, DEM 86.--, ATS 628.--.**

Ausgehend von den grossen Firmenpleiten am Ende der Hochkonjunktur der 80er Jahre und dem darauffolgenden Ruf der Öffentlichkeit, insbesondere der Medien, nach einer staatlichen Reaktion, welche nicht nur die jeweiligen Finanzjongleure, sondern auch deren Kreditgeber zur Rechenschaft zieht, prüft die Autorin in ihrer 1996 an der Universität Bern als Dissertation abgelegten Studie anhand einer Aufarbeitung des Falles der deutschen co op die Tauglichkeit des Strafrechts zur Kontrolle von Kredit- und Sanierungsentscheiden der Banken.

In einem 1. Teil wird der Aufstieg und Fall der deutschen co op, einer Aktien- und zugleich Holding- und Konzernobergesellschaft, welche aus der Konzentration der kleinen Konsumgenossenschaften unter Mithilfe der Gewerkschaften entstanden war, dargestellt. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Kreditgewährung durch Grossbanken, insbesondere durch den Schweizerischen Bankverein in der Zeit vor dem Zusammenbruch im Herbst 1988 und der darauffolgenden Phase der verlustreichen Sanierung geworfen. Der SBV hatte die co op im November 1987 an die Börse geführt. Die Autorin stützt sich dabei auf das in den Medien anhand der Anklageschrift gezeichnete Bild und bezeichnet ihre Sachverhaltsdarstellung demzufolge auch als «realhypothetisch».

In der Folge subsumiert sie den so erstellten Sachverhalt unter die Tatbestände des Schweizerischen Strafrechts und prüft in einem 2. Teil die strafrechtlichen Risiken der Mitarbeiter des Bankvereins im Kreditgeschäft mit der co op, in einem 3. Teil die strafrechtlichen Risiken der Banken bei der

Sanierung und in einem 4. Teil die strafrechtlichen Risiken bei Entscheiden befangener Bankmitarbeiter sowie bei der Spesenwirtschaft. Die betriebswirtschaftlichen bankinternen Abläufe bei der Vergabe von Grosskrediten werden ausführlich aufgezeigt, die Gratwanderung der Kreditinstitute zwischen erwünschtem und unerwünschtem Risiko dargelegt. Besondere Aufmerksamkeit wird dabei auf die Abgrenzung der verschiedenen Verantwortungsebenen innerhalb der Bank bei einer Grosskreditvergabe (Verwaltungsrat / Generaldirektion / Tochtergeneraldirektion / Kundenbetreuer) und der Gefahr einer Sorgfaltspflichtverletzung durch Bankmitarbeiter dieser verschiedenen Hierarchiestufen gelegt. Dabei untersucht die Autorin hauptsächlich das Vorliegen einer Strafbarkeit nach Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsführung), also der Möglichkeit der Schädigung der Bank durch ihre eigenen Mitarbeiter. Die Sanierungsentscheide anlässlich der aussergerichtlichen Nachlassverträge werden auf das Vorliegen von nach Art. 181 StGB strafbaren Nötigungshandlungen zwischen den verschiedenen an der Sanierung beteiligten Gläubigerbanken untersucht.

Zur Sprache kommen ebenfalls die Schwierigkeiten der Strafverfolgungsbehörden, welche den Organisationsstrukturen der oft nicht an einer strafrechtlichen Aufarbeitung interessierten Finanzinstitute noch nicht gewachsen sind und nur dank umstrittenen «Deals» mit den Angeklagten wenigstens ein Teil des Geschehens aufdecken können.

Die Studie bietet dem an Wirtschaftskriminalität interessierten Leser einen wertvollen Einblick in die komplexe und für den Strafrechtler schwer durchdringbare Materie der Risikogeschäfte international tätiger Finanzinstitute. Sie enthält in erster Linie interessante Ausführungen zum materiellen Strafrecht, insbesondere dem Tatbestandsmerkmal der «Pflichtverletzung» von Art. 158 StGB und bietet dadurch eine Fülle von detaillierten Informationen und Anregungen bezüglich der strafrechtlichen Relevanz von Entscheidungen von Bankmitarbeitern anlässlich einer Kreditvergabe.

Die als Ausgangspunkt der Arbeit gewählte Empörung der Öffentlichkeit: «Und was ist mit denen, die Ihnen (den Finanzjongleuren) das Geld nachgeworfen haben?», bleibt jedoch weitgehend im Raume stehen, galt diese doch weniger der bankinternen strafrechtlichen Verantwortung für Kreditausfälle, sondern zielte in erster Linie auf die Verantwortung der Grossbanken für die gesamtgesellschaftlichen Folgen einer Kreditpolitik, die in der Hochkonjunktur Finanzjongleure geradezu aufbaute. Diese grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob mit Hilfe des Strafrechts als staatliches Ordnungsinstrumentarium, volkswirtschaftlich schädlichen Auswüchsen bei Risiko-

geschäften der (Gross-)Banken präventiv und repressiv entgegengewirkt werden kann und welche neuen Wege de lege ferenda allenfalls wünschbar wären, findet nur ansatzweise statt.

Kaspar Meng

Balmelli Marco

Die Bestechungstatbestände im schweizerischen Strafgesetzbuch

**Thèse de doctorat, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1996, 284 pages.
CHF 96.--, DEM 125.--, ATS 913.--.**

La corruption n'a pendant longtemps pas été un thème à la mode en Suisse. La doctrine comme l'activité judiciaire se sont peu occupées de ce type de délit. Cependant, les révélations de plus en plus fréquentes d'affaires de corruption, leur diffusion médiatique et la prise de conscience de l'ampleur jusque-là ignorée du problème soulèvent de nouvelles questions. Quelle est la réglementation actuelle en Suisse réprimant la corruption? Les normes existantes sont-elles suffisantes? Le grand développement du droit administratif a-t-il une influence sur l'application de ces normes?

Par cette thèse rédigée sous l'égide du professeur Mark PIETH, Marco BALMELLI analyse de façon systématique et approfondie les énoncés de fait légaux relatifs à la corruption en droit suisse: principalement les articles 288, 315 et 316 CPS; accessoirement les articles 168 et 281 CPS, 141ss CPM, et 4 lit. b LCD. Il apporte une contribution juridique à la compréhension d'un phénomène qu'il qualifie lui-même d'interdisciplinaire, et dont les contours normatifs restent flous en raison notamment des perceptions différentes du rapport corrompu, selon le contexte historique, politique ou socioculturel.

L'ouvrage est subdivisé en neuf chapitres. Marco BALMELLI présente d'abord la thématique (chapitre 1) et la systématique (chapitre 2) des délits de corruption. D'emblée, il élimine la prévention de la corruption et la lutte contre celle-ci par le biais du droit de procédure pénale, du droit administratif et du

droit privé. L'intérêt est porté sur la compréhension et l'application des normes du Code pénal suisse incriminant la corruption. Celle-ci est définie comme un abus de pouvoir au profit d'intérêts privés. Sans pour autant définir clairement chaque notion, l'auteur délimite la corruption au sens étroit du patronage, du clientélisme, du népotisme voire de la notion de pots-de-vin. Sont expliqués aussi les méthodes de la corruption, ses aspects caractéristiques et ses effets.

Le chapitre 3 traite en détail le *bien juridique* protégé. Les différents avis doctrinaux sont soupesés de manière critique. Chaque facette du bien est analysée en relation avec chacun des énoncés de fait légaux, permettant à l'auteur de dégager sa propre définition synthétique du bien juridique: «Est protégée la confiance du public en l'objectivité de l'activité étatique, qui est mise en danger lorsqu'un fonctionnaire se montre vénal (corruption passive et acceptation d'un avantage) ou qu'un tiers se montre désireux d'offrir un avantage (corruption active)» (p. 88).

L'auteur du délit et les formes de participation sont décrits dans le 4ème chapitre, avec une intéressante discussion de la notion de *fonctionnaire* et du statut de celui-ci par rapport à la privatisation d'entreprises publiques. C'est là que l'influence de l'évolution rapide du droit administratif se fait probablement le plus sentir.

Les conditions légales des articles 288, 315 et 316 CPS font l'objet des chapitres 5 et 6. BALMELLI dissèque scrupuleusement l'acte délictueux (conditions objectives, chapitre 5) en précisant chaque élément déterminant. En particulier, l'*avantage* est toute prestation gratuite, matérielle ou immatérielle. Il doit permettre la mesure objective d'une amélioration de la situation économique ou juridique du corrompu. La *violation du devoir* est la distinction principale entre les articles 288 et 315 CPS d'une part (où le rapport corrompu suppose une telle violation) et l'article 316 CPS d'autre part (où, malgré l'avantage, l'acte du fonctionnaire n'est pas contraire à ses devoirs). Quant au *lien de causalité*, il suppose la relation de cause à effet entre prestation (avantage) et contre-prestation (violation d'un devoir). Il trouve sa limite dans ce qui est accepté par les us et coutumes. Les conditions subjectives de ces diverses infractions (chapitre 6) ne sont toutefois qu'effleurées.

Après quelques aspects particuliers (chapitre 7) du problème, l'auteur expose le régime de la prescription (chapitre 8) pour les différentes formes de corruption, en s'appuyant sur l'évolution jurisprudentielle y relative. L'import-

tance de celle-ci réside dans le fait que le processus de corruption s'étend (presque) toujours dans le temps. En guise de conclusion, BALMELLI nous présente ses considérations finales (chapitre 9). Il s'agit de propositions convaincantes pour une modification des règles actuellement en vigueur et jugées inadaptées. Les principales propositions de l'auteur sont: la réunion des articles 288 et 315 CPS sous le même titre car ils couvrent le même bien juridique, la création d'un pendant actif à l'article 316 CPS (à savoir l'incrimination de l'offre d'avantage), et la qualification de crime tant pour l'article 288 CPS que pour l'article 315 CPS, la différence de peine ne se justifiant pas.

La thèse de Marco BALMELLI est très complète sous l'angle de la dogmatique pénale des articles 288, 315 et 316 du Code pénal suisse. Leur compréhension est facilitée par un appareil critique étoffé et un style très agréable.

On pourra regretter cependant l'absence de l'une ou l'autre référence bibliographique importante (francophone et romande notamment). Par ailleurs, l'ouvrage ne traite pas du tout les aspects de droit comparé relatifs aux délits de corruption. Ceci est d'autant plus regrettable que la corruption est un problème international qui ne connaît pas de frontières.

Lehel Szombath
Université de Fribourg

Weissenberger Philippe

Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben

**Thèse de doctorat, Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR, Heft 587, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1996, 189 pages.
CHF 62.--, DEM 81.--, ATS 592.--.**

Par cette thèse, WEISSENBERGER analyse si et dans quelle mesure le consentement du lésé dans les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (atteinte ou mise en danger) exclut la portée pénale de l'acte. Plus précisément, il passe en revue les conceptions de la doctrine et de la jurisprudence suis-

ses, dans le but de soulever des questions dogmatiques jusqu'à présent peu traitées en Suisse, pour qu'on prenne conscience chez nous de la nécessité de quelques réformes.

Il s'agit là, en réalité, d'une question générale qui occupe les juristes depuis l'époque d'Ulpian déjà (D.47.10.15: *Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*). L'auteur nous présente d'abord un bref mais très intéressant aperçu historique de la dogmatique en la matière, à travers les époques et l'espace: de la période préromane au droit romain, aux droits canon et germanique, sans oublier les développements ultérieurs de l'institution juridique en Allemagne, en Autriche et en Suisse.

Dans le deuxième chapitre – le plus vaste de sa thèse – WEISSENBERGER s'occupe des questions générales sur la notion et le champ d'application du consentement et de la place de celui-ci dans la structure de l'infraction. Après avoir rappelé que le consentement de la victime ne supprime pas toujours la portée pénale du comportement, il expose aussi les idées fondamentales et une classification systématique du consentement ayant effet justificatif, ainsi que les conditions à remplir pour que cet effet se produise. De plus, il nous fait en particulier part de ses interprétations et propositions sur le rôle du consentement du lésé dans les délits de résultat par négligence.

Le troisième chapitre de l'ouvrage est réservé à deux états de faits différents et à leur délimitation par rapport à l'institution du consentement: celui de la participation d'un tiers à la mise en danger d'elle-même par une personne (où le tiers ne joue qu'un rôle secondaire) et celui où une personne prend volontairement part à des activités dans lesquelles des tiers la mettent en danger. Ces variantes sont alors délimitées et appréciées du point de vue juridique pour mettre en évidence les cas dans lesquels le comportement n'a pas de portée pénale.

Après le survol historique et la discussion des principes généraux ainsi développés, le quatrième chapitre consiste en une présentation et analyse approfondie de chaque énoncé de fait légal prévu par le Code pénal suisse (CPS). Plus précisément, WEISSENBERGER a étudié les dispositions suivantes: art. 111 à 114 (homicides intentionnels), art. 115 (incitation et assistance au suicide), art. 117 (homicide par négligence), art. 122, 123 et 126 (lésions corporelles intentionnelles et voies de fait), art. 125 (lésions corporelles par négligence) et art. 127 à 136 CPS (mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui).

La partie traitant du consentement du lésé lors des traitements médicaux et des activités sportives, ainsi que de la problématique liée au virus du Sida et à sa transmissibilité lors des rapports sexuels (analyse de la punissabilité des porteurs du virus selon les art. 111ss, 122ss et 231 CPS) est d'une brûlante actualité. Ce dernier sujet sera probablement celui qui retiendra le plus l'attention des lecteurs et lectrices du Bulletin de Criminologie.

Pour ce qui concerne les traitements médicaux, WEISSENBERGER analyse de manière critique les positions du Tribunal fédéral et des divers courants doctrinaux suisses, pour arriver à la conclusion qu'on peut renoncer à créer une norme spéciale pour les interventions médicales réalisées sans le consentement du patient, car les solutions actuelles sont selon lui déjà satisfaisantes et raisonnables. La question des interventions médicales sur des cadavres est traitée aussi en analysant le récent et éclatant cas zurichois du Dr. med. S.

S'agissant du virus du Sida, WEISSENBERGER rappelle d'abord que, si la personne qui a des rapports sexuels à risque avec un porteur du virus agit avec conscience et volonté, il ne s'agit alors pas d'un cas de consentement du lésé mais bien plutôt d'une mise en danger de soi-même, à laquelle participe le porteur du virus. Il discute par la suite de l'applicabilité de l'art. 231 CPS (propagation d'une maladie de l'homme), qui ne peut être exclue par un consentement, vu la *ratio legis* et le bien juridique visé par cette norme (mise en danger abstraite de la santé publique ou collective). On peut regretter ici que l'auteur n'ait pas consacré des réflexions plus poussées sur ce sujet particulièrement sensible.

Finalement, comme cinquième chapitre de son ouvrage, l'auteur nous présente une synthèse des conclusions auxquelles il a abouti.

Tiziano Balmelli

Faugeron Claude, Chauvenet Antoinette, Combessie Philippe (Eds.)

Approches de la prison

De Boeck Université, Bruxelles, Les presses de l'Université de Montréal, Les presses de l'Université d'Ottawa, 1996, 368 pages.

Conformément à son titre, cet ouvrage approche le milieu carcéral par plusieurs voies. On y décrit et analyse d'abord le milieu carcéral, puis on y traite des biens et des services en prison, avant de s'attaquer au thème des politiques pénales et pénitentiaires et de terminer sur la prison en tant qu'institution de contrôle des détenus.

L'ouvrage présente les résultats d'une réflexion pluridisciplinaire et multinationale sur le sujet de la prison. Il est issu d'un séminaire qui a réuni des universitaires, des chercheurs et des praticiens pendant plus de deux ans. Malgré le fait que chaque chapitre soit signé par un ou des auteur(s) différent(s), l'ouvrage global forme un tout intéressant d'où émergent une multitude de paradoxes caractéristiques de l'enfermement pénal.

En guise d'introduction, Claude FAUGERON se pose la question de savoir si une théorie de la prison est possible. Sa conclusion est claire: «Il nous faut sortir des schémas d'interprétation unilatéraux et même des frontières matérielles de la prison, des explications en terme de reflets et, bien entendu, encore plus des analyses idéologiques en terme de «bien et de mal», d'exclusion et d'inclusion, pour réfléchir en termes de processus de reproduction ou de transformation des règles sociales. L'enfermement n'est pas à la marge du fonctionnement social, une sorte de mal nécessaire dont on ne pourrait traiter qu'en lui donnant un statut d'exception» (p. 40).

Sous le titre «Le milieu carcéral» suivent ensuite des contributions d'Antoinette CHAUVENET sur les relations entre surveillants et détenus, de Philippe COMBESSIE sur la distribution des pouvoirs en prison, de Corinne ROSTAING sur les relations entre surveillantes et détenues et de Stéphane DAVREUX, Eric DELCHEVALERIE, Annie DEVOS, Marc DIZIER, Véronique DUMONCEAU, Guy HOUCHON, Pierre REYNAERT, Philippe ROUSSEAU, Charlotte VANNESTE & Thierry VERSPECHT développant une méthode évolutive d'analyse critique des pratiques pénitentiaires. Dans le premier de ces textes, l'auteur effectue une réflexion sur ce qui caractérise la société carcérale en étudiant la nature de la régulation des

équilibres et la façon dont s'effectuent les échanges (don, contre-don et marchandage) entre surveillants et détenus. La deuxième contribution est un travail que l'on pourrait qualifier d'ethnologique et apporte un éclairage nouveau sur la répartition des pouvoirs dans le modèle bureaucratique-légal qu'est l'administration pénitentiaire. Elle met en évidence un enjeu: l'accès aux ressources, et deux paramètres: l'ancienneté et la capacité de mobiliser des réseaux extérieurs. Elle montre également comment l'évolution vers une plus grande ouverture des prisons a contribué à transformer les rapports internes. Le troisième texte conjugue au féminin les relations existant entre les personnes incarcérées et celles dont le métier est de les surveiller. Il tente d'expliquer la cohésion sociale de l'établissement pénitentiaire par l'action réciproque des individus les uns sur les autres et montre que les relations entre les deux groupes principaux (détenues et surveillantes) sont en fait davantage une interdépendance qu'une opposition. La quatrième contribution représente le travail du groupe de réflexion des sous-directeurs de prisons belges. Elle approfondit la question du pouvoir dans la prison en s'articulant autour de trois notions: le pouvoir, le pouvoir discrétionnaire (que les auteurs appellent l'«arbitraire») et la sécurité.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à l'«Usage des biens et des services en prison» et est composée de trois contributions. Madeleine MONCEAU, Marcel JAEGER, Bruno GRAVIER & Pascale CHEVRY traitent d'abord du problème de la consommation de tranquillisants et d'hypnotiques en prison, Anne-Marie MARCHETTI établit un lien entre la pauvreté et l'accès aux ressources que peuvent fournir les établissements pénitentiaires et Jean-Louis FABIANI & Fabienne SOLDINI étudient la lecture en prison. Le premier texte traite d'une recherche conduite en France de 1991 à 1994. Alors que 7% à 11% (selon les enquêtes) de la population française consomme des médicaments psychotropes, ce taux est de 15% pour les hommes incarcérés à la Maison centrale de Clairvaux, de 18% dans les prisons pour hommes lyonnaises et de 45% dans la Maison d'arrêt pour femmes de Montluc (Lyon). La surconsommation de ce genre de médicaments semble donc être un problème essentiellement féminin. Les disparités entre établissements démontrent toutefois que le taux de consommation dépend également de l'offre médicale. L'absence de consensus quant à la prescription médicamenteuse joue dès lors un rôle important dans l'explication du phénomène. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par une enquête auprès des pharmacies de prisons. Les chercheurs tentent ensuite d'analyser le discours des détenus et des surveillants à propos de la consommation médicamenteuse, avant de replacer cette consommation dans la logique d'enfermement, la logique médicale, la logique

sécuritaire et la logique conflictuelle. Le deuxième texte voit l'incarcération comme un perpétuel appauvrissement des détenus et montre, par l'analyse des carrières des détenus incarcérés dans plusieurs prisons françaises, l'effet de redoublement des inégalités sociales qu'opère une logique administrative dont l'obsession est la prévention des évasions et des troubles internes. Ce processus d'accès différentiel aux ressources que peuvent fournir les établissements pénitentiaires se retrouve d'ailleurs dans tous les établissements étudiés. Finalement, le troisième texte met le doigt sur les limites auxquelles se heurtent les politiques culturelles. Dans le discours politique, l'espace de la prison présente des analogies avec celui de la lecture en milieu libre: la lecture est une coupure avec la réalité, une retraite et a un effet socialisateur autour du livre. Dans certaines bibliothèques, il est pourtant plus important de garder les livres en bon état que de les donner à lire; souvent on se méfie de l'utilisation détournée du livre (par exemple son utilisation dans le cadre d'un trafic de stupéfiants) et on sélectionne les détenus lecteurs; on regarde avec méfiance la création d'un espace de socialisation qui ne correspondrait pas aux normes de gestion des espaces communs de la prison; de plus, l'espace aménagé spécifiquement pour l'activité bibliophile est souvent détourné, soit par l'usage qu'en font les détenus, soit par la crainte qu'il ne soit détourné. Cette recherche montre donc qu'il existe un décalage entre le discours politique et la réalité.

Sous le titre «Politiques pénales et pénitentiaires», la troisième partie de ce livre nous offre une contribution de Hilde TUBEX & Sonja SNACKEN sur l'évolution des longues peines de prison et une revue de la littérature anglophone sur le contrôle des prisons effectuée par Jean-Hervé SYR. Le premier texte compare l'évolution des populations carcérales de plusieurs États européens et constate qu'en dehors de l'Allemagne et de la Finlande (on pourrait ajouter ici l'Autriche) celles-ci ont toutes subi une croissance entre 1975 et 1994. Un examen détaillé de ces évolutions à la hausse montre qu'elles ne sont pas liées à une augmentation du nombre de condamnations à des peines privatives de liberté, mais plutôt à un accroissement de certaines catégories spécifiques de détenus, tels que les prévenus, les étrangers et les condamnés à de longues peines. La croissance de cette dernière catégorie trouve, selon les auteurs, son explication dans l'abolition de la peine capitale (généralement remplacée par de très longues peines de prison), par l'allongement des peines pour certaines infractions considérées comme graves et par des pratiques de plus en plus restrictives dans l'utilisation de mesures de libération anticipée. Nous nous joignons ici aux auteurs de cette contribution pour affirmer qu'une réflexion approfondie sur les fonctions de la sanction pénale est

indispensable (p. 243). En effet, si – comme aux Etats-Unis – on désire faire de la prison un lieu de neutralisation des personnes qui dérangent, il est certain que la situation carcérale ne va pas aller en s'améliorant. L'échec américain (l'un des taux de détention les plus élevés du monde, accompagné de l'un des taux de criminalité violente les plus élevés du monde) devrait néanmoins nous inciter à trouver des solutions un peu moins simplistes. Le second texte de cette troisième partie présente une revue de la littérature de langue anglaise réalisée à la demande du *Home Office* après la vague de révoltes de la deuxième moitié des années quatre-vingt dans les prisons britanniques. Il tend à démontrer que l'efficacité du contrôle dans les prisons dépend essentiellement de l'adéquation du régime de chaque établissement pénitentiaire aux types de détenus qui y sont enfermés.

La quatrième et dernière partie de l'ouvrage est constituée de trois textes: Martine HERZOG-EVANS traite du droit pénitentiaire comme d'un moyen de contrôle des détenus, Nancy LOUCKS étudie la gestion de l'indiscipline en prison dans trois pays et Rod MORGAN traite de la torture et des traitements inhumains ou dégradants en Europe. La première de ces contributions traite du droit pénitentiaire français et montre comment ce droit mou, flou, et donc faible peut fournir l'illusion legaliste nécessaire, en fournissant une panoplie d'outils de gestion des comportements des détenus d'une remarquable exhaustivité. Le deuxième texte relève également le flou de la définition des comportements sanctionnés par des sanctions disciplinaires, flou qui semble être une caractéristique structurelle du milieu fermé. À ce propos, l'auteur va d'ailleurs même jusqu'à écrire que: «Dans tous les contextes, les prisons sont gouvernées par une dynamique informelle plutôt que par une législation» (p. 320). Cette étude des sanctions disciplinaires en Angleterre, en France et en Suède montre en outre, à travers des systèmes relativement différents, à la fois l'influence du droit procédural sur les procédures disciplinaires (procédures accusatoire ou inquisitoire) et une étonnante similitude des comportements sanctionnés, ainsi que des revendications du personnel et des détenus. La dernière contribution à cet ouvrage est une réflexion sur le contenu des notions de torture et de traitements inhumains ou dégradants telles qu'elles sont utilisées par le CPT (Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants ou inhumains). Si les points de vue du CPT au sujet du terme «torture» semblent cohérents avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les termes «inhumain» et «dégradant» semblent plus difficiles à cerner. Jusqu'ici, le CPT semble avoir été réticent à l'emploi de ces termes pour qualifier des cas de détention dans des locaux de police. En revanche, lorsqu'il qualifie les

conditions d'emprisonnement, le CPT tend à objectiver ces termes par des degrés de surpeuplement, d'accès à des équipements sanitaires ou en termes de régime de détention.

Parmi les grands paradoxes relevés par cet ouvrage, on trouve le fait que la prison est en même temps un instrument du droit pénal et échappe aux principes régulateurs du droit; qu'elle représente officiellement une préparation à la vie libre en milieu fermé; qu'elle est une société dans laquelle tout ce qui n'est pas autorisé expressément est interdit, alors que l'un des principes fondamentaux de nos démocraties veut que tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé; et qu'elle représente un contrôle des corps dans une société basée sur le principe du respect de la dignité de la personne.

En bref: un ouvrage intéressant, plus sociologique que juridique, dans lequel toute personne intéressée au monde carcéral trouvera son compte.

André Kuhn

Oswald Katharina

Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland

Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997, 363 pages.

La thèse de Katharina OSWALD est une analyse de la législation allemande sur la lutte contre le blanchissage d'argent, c'est-à-dire essentiellement le § 261 du code pénal et la loi sur le blanchissage. Elle se compose d'une partie dogmatique: notion, situation et formes du blanchissage, liens avec la criminalité organisée, analyse de la législation; et d'une partie empirique: entretiens avec des procureurs, questionnaires à des établissements financiers, analyse de dossiers et enfin questionnaires aux ministères publics.

L'Allemagne s'est inspirée du modèle suisse (art. 305bis CPS en vigueur depuis le 1er août 1990). Après le *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen*

Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG en vigueur depuis le 22 septembre 1992) et le § 261 StGB (1992), le législateur allemand a adopté en 1993 le *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten* (*Geldwäschegesetz* - GWG). Cette loi donne de nouvelles obligations aux institutions financières. Il s'agit de tâches relevant de la compétence des autorités de poursuite qui sont confiées à des acteurs privés.

La question principale est celle de l'application de ces normes. Quels sont les problèmes et les obstacles auxquels se heurte la pratique? Quelles sont les avantages et les limites que présente cette législation pour une application efficace? Peut-on expliquer déjà certains manques d'efficacité ou certains effets secondaires?

La notion de blanchissage d'argent apparaît au début des années 80 aux Etats-Unis, alors que le trafic illicite de stupéfiants prend une ampleur menaçante. Les sommes d'argent colossales qui en résultent ne peuvent plus faire l'objet de transactions en espèce. On se sert de la façade légale des établissements financiers pour réaliser les gains sans dévoiler leur origine criminelle. Le blanchissage d'argent (*Geldwäsche, money laundering*) se définit dès lors comme le processus par lequel on cache l'existence, l'origine ou l'utilisation illégale de revenus qu'on déguise ensuite pour les présenter comme issus d'une source légale (recyclage).

Ce phénomène a une ampleur énorme, en argent et en personnes impliquées. Il est étroitement lié à la criminalité organisée dont on le considère souvent comme le tendon d'Achille. En effet, la lutte contre la criminalité organisée dépend largement du succès de la lutte contre le blanchissage, c'est-à-dire du succès de la tentative de priver l'organisation de ses moyens financiers. Le blanchissage d'argent permet ensuite à l'organisation d'injecter les gains réalisés frauduleusement dans les réseaux économiques légaux. C'est à ce niveau qu'une intervention est le plus facilement envisageable.

La réglementation allemande sur le blanchissage fait suite à plusieurs mesures législatives internationales et communautaires. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des drogues, conclue à Vienne le 20 décembre 1988, et une Directive de la Communauté européenne du 10 juin 1991 notamment, contraignent les États contractants à réprimer pénalement le recyclage de valeurs patrimoniales issues de certains délits. L'Allemagne s'est acquittée de cette tâche en adoptant le § 261 StGB et le *Geldwäschegesetz*.

Le § 261 protège le bon fonctionnement de la justice dans son devoir de limiter la portée des infractions, mais aussi (indirectement) le bien juridique

violé par ces infractions. Alors que notre art. 305bis CPS exige simplement un crime comme infraction antérieure, le § 261 dresse un petit catalogue des infractions soumises à son régime.

Le *Geldwäschegesetz* oblige les établissements financiers à identifier le client et à garder les données relatives à cette identification lors de certaines transactions, en particulier lors de paiements comptants de plus de 20'000 DM. Tout soupçon d'irrégularité doit en outre être déclaré aux autorités de poursuite qui ont deux jours ouvrables pour se manifester en cas de désapprobation de la transaction. Le but de cette loi est d'éviter les abus dans le circuit financier légal à des fins de recyclage d'argent sale.

La partie empirique de la recherche de Katharina OSWALD a pour objectif d'expliquer l'origine des divergences entre la norme et la réalité, entre le but du programme et le résultat atteint. Le but est de connaître la pertinence de la réglementation dans la pratique, la répartition des compétences des autorités et institutions des *Länder* pour les avis de soupçons, la coopération des établissements financiers avec les autorités de poursuite et enfin l'acceptation de cette nouvelle réglementation par les instances chargées de son application. Il est en particulier intéressant d'évaluer comment les établissements financiers s'acquittent de la tâche publique (collaboration avec les autorités) qui leur est confiée.

Les méthodes de recherche utilisées sont les entretiens semi-dirigés et les questionnaires d'une part, et l'analyse de dossiers d'autre part. Au total, 16 procureurs ont été interviewés en 2 mois, 75 établissements financiers ont été questionnés par écrit en 4 mois, 380 dossiers ont été analysés en 6 mois et finalement 66 questionnaires adressés à des ministères publics ont pu être récoltés à la fin de la recherche empirique, qui aura duré en tout 2 ans. Les entretiens avec les 16 procureurs portaient sur leur répartition interne (au sein de chaque ministère public) des compétences pour le tri des avis de soupçons, les problèmes d'application de la nouvelle réglementation et son aptitude à atteindre le but fixé, ainsi que leurs propositions de réformes. Il ressort notamment de ces entretiens que la nouvelle réglementation n'est pas optimale et que la majorité des procureurs interrogés sont favorables à diverses réformes.

Les 75 questionnaires aux institutions financières portaient aussi sur les problèmes d'application et la portée pratique des dispositions sur le blanchissage. On constate que ces institutions considèrent leur travail comme alourdi par leurs nouveaux devoirs, que le délai de 2 jours pour avaliser une transaction n'est en aucun cas trop court et que la limite des 20'000 DM est trop basse. Ils souhaitent une centrale d'annonce unique.

L'analyse des dossiers concernait 380 procédures pénales closes relatives à des cas de blanchissage d'argent. Elle démontre une certaine faiblesse de la justice. Le dénonciateur est presque toujours une grande banque (92.4% des cas). 4 cas ont été dénoncés par des maisons de jeu, 1 seul par une assurance et aucun par un bureau de change (!). Les personnes impliquées sont en principe des hommes, âgés de 30 à 49 ans, de nationalité non allemande, indépendants et en principe inconnus de l'établissement (78% de «nouveaux clients»). L'origine du soupçon est souvent l'activité du client (branche financière ou milieu d'affaires) ou son faible revenu légal. Les transactions douteuses analysées sont généralement des versements cash ou des ordres de paiements, en DM et pour un montant total de 31 milliards de DM. Les circonstances favorisant un soupçon sont le manque de transparence et le montant élevé d'une transaction, les liens de l'affaire avec l'étranger (notamment avec des pays de l'est, des pays producteurs de stupéfiants ou des pays à forte criminalité organisée) et parfois le comportement douteux du client (par exemple opposé à l'identification ou cachant l'origine de l'argent). Pour des raisons tactiques, les mesures d'instructions tendent à devenir occultes. Le résultat de l'analyse de ces 380 procédures est sans équivoque: aucune condamnation n'a été prononcée pour blanchissage! On n'a pu saisir définitivement aucun DM sur la base de ces procédures! 83.7% des cas ont été classés, principalement parce que la preuve que l'argent provenait de l'une des infractions énumérées par le § 261 StGB n'a pas pu être apportée. Ces données ont été confirmées par les résultats des 66 questionnaires adressés aux ministères publics. A été confirmée notamment la tendance très marquée du classement des affaires par manque de preuve et la difficulté de saisir les fonds douteux. Un seul cas a fait l'objet d'une commission rogatoire. Les ministères publics disent qu'ils renoncent en général à celles-ci à cause de leur lenteur, de leur complexité et du peu de résultat escompté.

L'ouvrage est complet et facile d'accès même pour un laïc. Il est avant tout destiné à une compréhension du système allemand de lutte contre le blanchissage, avec quelques (rares) références à la pratique suisse. Katharina OSWALD relève avec pertinence les carences de la réglementation allemande. Elle s'appuie sur une solide recherche empirique menée pendant 2 ans. Le lecteur trouve en annexe «l'outillage» utilisé pour cette recherche (questionnaires et grilles d'entretien) ainsi qu'une bibliographie détaillée.

Lehel Szombath
Université de Fribourg

Schmid Niklaus / Killias Martin (Eds.)

Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier

Ouvrage spécial de la «Revue Pénale Suisse», 114e année, XVIII, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1996, 385 pages.
CHF 89.--, DEM 116.--, ATS 847.--.

En tant que professeur de droit pénal, co-rédacteur en chef de la «Revue Pénale Suisse», membre de diverses commissions d'experts lors de révisions du code pénal et auteur de nombreuses contributions scientifiques, Jean GAUTHIER a oeuvré pour le droit pénal de façon éminente. Il a également été l'homme de «liaison» entre le droit pénal et les autres domaines du droit. Il y était d'autant plus prédestiné, qu'il a commencé sa trajectoire scientifique en 1955 avec une thèse (couronnée par un prix) sur le *pacte successoral*, et sa carrière académique en 1967 avec un mandat d'enseignement du *droit de la poursuite pour dettes et de la faillite*. Il n'est dès lors pas surprenant que les «Mélanges» dédiés à Jean GAUTHIER à l'occasion de son 65ème anniversaire soient intitulés: «Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit». Les «Mélanges Gauthier» renferment 27 contributions d'enseignants de droit pénal et de collègues de faculté du jubilaire à l'Université de Lausanne. L'ouvrage est subdivisé en cinq parties: Première partie: «Droit pénal général – ou problèmes généraux de droit pénal». Deuxième partie: «Droit pénal spécial – ou de la délimitation de certains délits». Troisième partie: «Questions de procédure pénale». Quatrième partie: «La dimension internationale». Cinquième partie: «Entre le droit civil et le droit pénal».

Se fondant sur une analyse historique de la dogmatique du droit pénal, Günter STRATENWERTH plaide de manière convaincante en faveur d'une *modernisation de la systématique de la partie générale du code pénal* (p. 3ss), resp. de son adaptation aux enseignements tirés de la doctrine et de la jurisprudence, plutôt que de s'en tenir à des corrections ponctuelles ou «cosmétiques», comme il a été préconisé par certains lors de la procédure de consultation législative¹. Jörg REHBERG étudie la question de savoir si les règles développées par le Tribunal fédéral pour distinguer entre la négligence consciente («bewusste Fahrlässigkeit», «luxuria») et le dol éventuel pouvaient également servir à différencier entre le délit de mise en danger (concret) et le délit de lésion («Verletzungstatbestand») correspondant (p. 13ss). Il conclut qu'en

principe, *l'intention de mettre* (immédiatement) *en danger la vie d'autrui implique le dol éventuel d'un homicide*. Selon l'auteur, il faut admettre la tentative d'homicide s'il n'est dû qu'au hasard que la mise en danger de la vie d'autrui n'a pas entraîné la mort de la victime. Hans DUBS examine si le critère de la *causalité adéquate* contribue à une délimitation raisonnable de la punissabilité ou s'il ne s'agit là que d'une «formule creuse», à laquelle il peut être renoncé sans préjudice (p. 23ss). Jusqu'à présent, la discussion scientifique (y compris DUBS) n'a, à mon avis, pas assez différencié les aspects hétérogènes suivants²:

- les éléments objectifs du délit («objektiver Tatbestand»)³,
- la connexité («Relevanz», «Risikozusammenhang»)⁴,
- la prévisibilité du résultat et
- la culpabilité par défaut de qualification («Übernahmeverschulden»)⁵.

Partant de branches du droit apparentées⁶, d'expériences faites à l'Étranger et d'amorces de solutions de la théorie du droit pénal⁷, Martin KILLIAS se prononce en faveur d'une meilleure objectivité, précision et sécurité du droit dans la *fixation de la peine* (p. 33ss)⁸. Un autre article intéressant émane de Pierre-Henri BOLLE et traite des «*lois expérimentales*» en droit pénal (p. 55ss). BOLLE se réfère notamment aux expériences pratiques conduites dans le canton de Vaud concernant l'introduction provisoire du travail d'intérêt général. Il ne fait toutefois état ni de la théorie de la législation pénale ni des résultats de recherche dans le domaine de la politique criminelle⁹.

Martin SCHUBARTH examine la délicate question de savoir dans quelles circonstances une simple *mise en danger du patrimoine* peut être considérée comme un dommage économique de caractère pénal (p. 71ss)¹⁰. Après une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il parvient à la conclusion qu'une mise en danger relativement faible (éventuellement même la possibilité abstraite de la survenance d'un dommage) peut suffire à admettre un dommage. Il n'y a toutefois dommage de caractère pénal que si la mise en danger *se répercute sur la valeur économique du bien*. – Comment faut-il trancher le cas d'une vente d'un bien volé ou acquis par escroquerie?¹¹ Dans la mesure où il est peu vraisemblable que le propriétaire du bien fasse valoir ses droits auprès de l'acheteur, la constatation d'un dommage économique pose problème. Hans SCHULTZ précise¹² sa critique de l'ATF 120 IV 117 (p. 81ss), selon lequel un *emprunteur* qui n'utilise pas la somme empruntée comme il a été convenu se rend coupable d'*abus de confiance* (art. 140 ch. 1 al. 2 CPS) d'un «bien confié». A l'appui de sa thèse, on pourrait se référer – une fois de

plus – à des notions et institutions du droit civil, telles que la délimitation entre le prêt ordinaire, le prêt avec participation au bénéfice («partiarisches Darlehen») et la société simple¹³.

Dans l'optique de l'harmonisation fédérale du droit de procédure pénale, Karl-Ludwig KUNZ, examine *l'organisation du ministère public de droit allemand* en tant que modèle pour la réforme des organes judiciaires en Suisse (p. 179ss). En Allemagne, la fonction du juge d'instruction fut supprimée en 1975¹⁴. L'enquête préliminaire est en principe menée par le ministère public mais peut être déléguée à des organes policiers spécialisés. En outre, les «accords informels» entre le parquet et le prévenu jouent en Allemagne un rôle plus important qu'en Suisse, notamment en ce qui concerne les délits économiques. La casuistique réunie par Robert HAUSER concernant le dédommagement pour *tort moral dans la décision d'adhésion* du juge pénal (p. 187ss)¹⁵ est également d'une grande utilité pratique. Jean-François POUDRET traite le problème de la recevabilité des moyens de droit au Tribunal fédéral qui s'attaquent aux arrêts cantonaux contenant une *pluralité de motivations* (p. 205ss)¹⁶. Bernard DUTOIT examine *l'impact du droit de L'Union Européenne sur le droit pénal interne* des États membres (p. 251ss). D'une part, ceux-ci sont obligés d'interpréter leur droit pénal conformément au droit communautaire; d'autre part, il se dessine une certaine tendance à harmoniser, voire uniformiser le droit pénal «européen». L'auteur donne l'exemple de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (n° C316) du 27 novembre 1995. Celle-ci définit, de façon autonome, la notion du «comportement frauduleux portant atteinte aux intérêts de la CE», susceptible de poursuites pénales¹⁷. En plus, la Convention oblige les États membres à coopérer efficacement à l'enquête, aux poursuites judiciaires et à l'exécution de la sanction.

Les «Mélanges Gauthier» constituent un recueil riche, varié et intéressant d'articles de valeur et originaux pour la plupart. L'orientation *interdisciplinaire et comparative* de l'ouvrage est particulièrement réjouissante. On peut regretter que, parmi les 29 auteurs, ne figurent que deux femmes. Ceci n'est toutefois pas imputable aux éditeurs mais le reflet de la réalité du monde académique suisse actuel.

Les «Mélanges» sont complétés¹⁸ par les contributions suivantes: Gunther ARZT, *Einziehung und guter Glaube* (p. 89ss); Peter POPP, *Betrug im Schuld- und Strafrecht* (p. 111ss); François GUIBAN, *Prétention frauduleuse et escroquerie à l'assurance* (p. 129ss); Peter ALBRECHT, *Bemerkungen zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte gemäss Art. 172ter StGB* (p. 137ss);

Suzette SANDOZ, L'art. 217 CPS protège-t-il le montant à libre disposition de l'art. 164 CCS? (p. 153ss); Jean-Louis DUC, Les dispositions pénales de la LAMal (p. 167ss); Franz RIKLIN, Die Urteils publikation aus straf- und zivilrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung periodisch erscheinender Medien) (p. 217ss); Pierre A. MARGOT & Christophe CHAMPOD, La preuve dactyloscopique et la preuve par l'ADN: vers une unité de doctrine dans l'évaluation de leur force probante (p. 229ss); Jean-François FLAUSS, Le principe «ne bis in idem» dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme – Bilan et perspectives (p. 271ss); Antoine MARTIN & Barbara WILSON, Quelques réflexions sur le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et sur la notion de «crime contre l'humanité» au regard de l'art. 5 du Statut de ce Tribunal (p. 287ss); Jean-Pierre SORTAIS, De Strasbourg à Lausanne en passant par Paris (p. 311ss); Paul PIOTET, La notion civile et pénale de choses non confiées vendues par un escroc (p. 319ss); Denis PIOTET, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé (p. 333ss); Josef HOFSTETTER, Le dépôt de choses confisquées ou volées. Réflexions sur Trifonin D. 16, 3, 31 (p. 345ss); Fritz STURM, Legislative Strömungen im internationalen Deliktsrecht (p. 359ss); Hansjörg PETER, La carte multicourse (p. 371ss).

Marc Forster *

Notes

* Dr. en droit/avocat, privat-docent à l'Université de Saint-Gall. L'auteur remercie Mme Jacqueline DE QUATTRO, secrétaire-rédactrice au Tribunal fédéral, de son aide précieuse pour la traduction.

¹ Notamment par la «Société Suisse de Droit Pénal».

² La confusion de ces aspects est à l'origine de la jurisprudence hésitante unanimement déplorée: dès que l'on confond la question de la *causalité adéquate* (entre le comportement à caractère pénal et son résultat) avec la question de la *prévisibilité*, on apprécie le critère de la maîtrise humaine d'une suite de causalités *de façon générale et non plus individuelle*, ce que le Tribunal fédéral est ensuite obligé de «corriger» par le biais de l'aspect de la culpabilité (voir à ce sujet Marc FORSTER, Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis, St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht, vol. 29, St.-Gall, 1992, p. 222ss).

³ Causalité entre le comportement à caractère pénal («strafrechtlich relevantes Verhalten») et le résultat («Erfolg»).

⁴ Causalité entre l'imprévoyance («Sorgfaltswidrigkeit») et le résultat («Erfolg») en cas de délits de négligence.

⁵ En cas de délits de négligence.

⁶ Droit de la responsabilité civile, des assurances sociales et fiscales.

⁷ Voir par exemple: Gabriela HAUSER, Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, thèse, Fribourg, 1985.

⁸ Notamment par le biais d'une fixation explicite d'une «sanction de base» («Einsatzstrafe»).

⁹ Dans ce domaine cf. (avec références) Marc FORSTER, Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel, Revue de droit suisse, NF 114 II, 1995, p. 1ss, pp. 93-106.

¹⁰ ATF 120 IV 104; cf. aussi Markus BOOG, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, thèse, Bâle, 1991.

¹¹ Sur ce point cf. aussi «Mélanges Gauthier», p. 319ss: Paul PIOTET, La notion civile et pénale de choses non confiées vendues par un escroc.

¹² Voir déjà Revue de la société des juristes bernois, 131, 1995, p. 529.

¹³ En réalité, SCHULTZ ne reconnaît comme «confié» que le prêt avec participation au bénéfice, à l'exclusion du prêt ordinaire, dans un but déterminé.

¹⁴ Cette solution est discutée également en France.

¹⁵ Depuis l'entrée en vigueur de la LAVI.

¹⁶ L'auteur a malheureusement omis de mentionner un ouvrage collectif récent: Thomas GEISER & Peter MÜNCH (Hrsg.), Prozessieren am Bundesgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, vol. I, Bâle, 1996.

¹⁷ En outre, la responsabilité pénale des chefs d'entreprise doit être prévue par le droit interne des États membres.

¹⁸ Dans le cadre de l'espace limité disponible, il n'a, malheureusement, pas été possible de commenter le contenu matériel de chaque article.