

wohl das Anwendungsgebiet des Bundesprivatrechts, nicht aber auch dasjenige des eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes eingeschränkt werden; denn das letztere ist selbst öffentliches Recht. Die Kantone können daher in dieser Rechtsmaterie Vorschriften nur aufstellen, sofern und soweit sie hiezu durch das eidgenössische Recht ausdrücklich ermächtigt sind.

a) In den §§ 32 bis 34 der Initiative wird die « Entschuldung » des überschuldeten Grundbesitzes geregelt. Darnach kann die Verwaltungskommission der Hypothekenversicherungskasse die Grundpfandgläubiger verpflichten, auf einen Teil ihrer Forderung zu verzichten; denn die Abtragung der Überschuldung soll — wie es in der Initiative heisst — erfolgen: mit Hilfe der Kasse (— die im Maximum 50 % leistet —), der Bürgen, der Grundpfandgläubiger und eventuell auch der Grundpfandschuldner gemäss einem von der Verwaltungskommission « nach Billigkeit » aufgestellten Verteiler (Amortisationsplan). Dies ist nichts anderes als ein besonderes — auf Grundpfandforderungen beschränktes Nachlassverfahren, also eine Form der Zwangsvollstreckung (vgl. den nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichtes vom 30. Oktober 1936 i. S. Lanz, S. 10 ff., insbesondere S. 15). Das eidgenössische Recht enthält aber keine Bestimmung, die den Kantonen das Recht einräumen würde, für Grundpfandforderungen ein besonderes, von den Art. 293 ff. SchKG abweichendes Nachlassverfahren einzuführen.

b) Einen Eingriff in das eidgenössische Schuldbetreibungsrecht enthält ferner auch § 66 der Initiative und zwar insofern, als er den Gläubigern verbietet, die versicherten Grundpfandforderungen ohne zwingende Gründe « einzufordern ». Durch diese Bestimmung wird für Grundpfandforderungen (z. B. für Gülden, die infolge Nichtzahlung von drei Jahreszinsen fällig geworden sind, vgl. Art. 850 Abs. 2 und Art. 787 ZGB) ein « Rechtsstillstand » eingeführt für den Fall, dass für die Einforderung

keine zwingenden Gründe nachgewiesen werden können. Einen Rechtsstillstand können aber die Kantone (Kantonsregierungen) nur vorsehen « im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglückes, sowie in Kriegszeiten » und auch dann nur mit Zustimmung des Bundesrates (Art. 62 SchKG). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. »

## V. KOMPETENZAUSSCHIEDUNG ZWISCHEN ZIVIL- UND MILITÄRGERICHTSBARKHEIT

### DÉLIMITATION DE LA COMPÉTENCE RESPECTIVE DES TRIBUNAUX ORDINAIRES ET DES TRIBUNAUX MILITAIRES

35. Arrêt du 15 juillet 1937

dans la cause J. contre Tribunal correctionnel de la Gruyère.

*Conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire (art. 223 CPM).*

Qualité de l'inculpé pour porter le conflit (virtuel) devant le Tribunal fédéral.

Délai pour le faire ?

Le conflit n'existe pas lorsque la juridiction ordinaire est saisie de la répression d'un délit qui n'est pas prévu par la loi militaire (art. 7, 218, 219 al. 1 CPM).

A. — Le Code pénal fribourgeois dispose à l'art. 112 al. 1 :

« Celui qui, en abusant de l'inexpérience d'une mineure âgée de plus de seize ans, ou en lui faisant des promesses fallacieuses, la séduit, est puni de prison pour un mois au moins ».

Se fondant sur cette disposition, Joseph B. a déposé, le 26 avril 1933, en mains du Préfet de la Gruyère, à Bulle, une plainte pénale contre Roger J. Il alléguait

que ce dernier; pendant qu'il accomplissait son service militaire à Broc, en septembre 1932, avait séduit sa fille, Clara B., alors âgée de moins de 18 ans, en abusant de son inexpérience; un enfant allait naître de ces relations.

Le prévenu fit savoir qu'il contestait la compétence des autorités fribourgeoises. La Chambre d'accusation du canton de Fribourg, après avoir pris l'avis du Département militaire fédéral, décida la mise en accusation de J. et son renvoi devant le Tribunal correctionnel de la Gruyère. A deux reprises, le prévenu fut condamné par défaut et fit opposition au jugement. Le 30 mars 1935, il fut à nouveau, en application de l'art. 112 CPF, condamné par défaut à deux mois de prison, aux frais pénaux et à une indemnité de 100 fr. en faveur du plaignant. Ce dispositif fut notifié à J. par exploit d'huissier, le 26 avril 1935. Faute d'opposition, le jugement passa en force. Au mois de mars 1936, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg demanda aux autorités bernoises l'extradition du condamné; celui-ci s'y opposa. L'extradition ne fut pas accordée, l'infraction retenue à la charge de J. ne figurant pas parmi les crimes et délits énumérés à l'art. 2 de la loi fédérale du 24 juillet 1852 sur l'extradition de malfaiteurs ou d'accusés.

B. — Par recours du 28 mai 1937, Roger J., se fondant sur l'art. 223 du Code pénal militaire, requiert le Tribunal fédéral d'annuler le jugement pénal rendu le 30 mars 1935 par le Tribunal correctionnel de la Gruyère et de désigner l'autorité compétente pour statuer dans cette affaire. Il expose notamment que, malgré le refus d'extradition, le jugement attaqué est toujours exécutoire.

C. — Joseph B. conclut au rejet du recours, soutenant au surplus que celui-ci est irrecevable, attendu qu'il n'y a en l'espèce aucun conflit effectif de compétence entre la juridiction militaire et la juridiction civile et que, partant, l'art. 223 CPM n'est pas applicable; le recours serait en outre tardif.

*Considérant en droit :*

1. — Le Tribunal fédéral a jugé (RO 61 I 123 litt. e) que le conflit de compétence prévu à l'art. 223 CPM existe non seulement lorsque la juridiction militaire et la juridiction ordinaire sont saisies concurremment de la répression d'un délit (conflit dit effectif, actuel), mais aussi lorsque l'une seulement des deux juridictions est saisie alors que l'autre serait compétente (conflit dit virtuel; cf. KIRCHHOFER, *Der Kompetenzkonflikt zwischen militärischer und bürgerlicher Gerichtsbarkeit in der Schweiz*, Zeitschr. f. schweiz. Strafrecht, vol. 46, p. 7 et p. 17 ss). Le Tribunal fédéral a par là reconnu au condamné, respectivement au prévenu, la qualité pour porter devant lui le conflit de compétence, car, s'agissant d'un conflit virtuel, celui-ci ne peut être déféré à la Cour de droit public que par l'inculpé lui-même (cf. pour les autres raisons justifiant cette solution, l'arrêt précité, consid. 2, et KIRCHHOFER, op. cit., p. 17 et 29 ss). A cet égard, le présent recours est recevable.

2. — L'intimé prétend, d'autre part, que le recours est en tout état de cause tardif. Le jugement attaqué a en effet été prononcé depuis plus de deux ans. Selon certificat d'huissier, le dispositif en a été notifié au condamné le 26 avril 1935....

Le Tribunal fédéral a jugé (RO 57 I 125 cons. 1; 61 I 124 cons. 3; cf. aussi KIRCHHOFER, op. cit. p. 15 et 36; FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, p. 23 rem. 21) que le délai de trente jours du recours de droit public n'était pas applicable au recours fondé sur l'art. 223 CPM. L'art. 178 OJ ne régit en effet que le recours formé par un citoyen contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation des droits constitutionnels. Il ne saurait s'appliquer au cas d'un conflit de compétence entre la juridiction militaire et la juridiction ordinaire; lorsque le conflit est porté devant le Tribunal fédéral par l'autorité fédérale ou le pouvoir cantonal, la contestation, par analogie avec les

contestations entre autorités fédérales et autorités cantonales à propos de leur compétence (art. 175 ch. 1 OJ), ne saurait être soumise aux formalités de l'art. 178 ; mais il doit en être de même lorsque le conflit est déféré par l'inculpé lui-même, car cette circonstance ne change pas la nature de la contestation. Au surplus, il serait malaisé de fixer, d'une manière uniforme, le point de départ du délai ; le recours ne peut le plus souvent être formé qu'en cours d'instance, au moment où les faits punissables sont suffisamment élucidés pour permettre de désigner la juridiction compétente (RO 61 I 122 litt. c et p. 124 consid. 3 ; voir aussi KIRCHHOFER, p. 36).

Il ne suit cependant pas de là que le recours prévu à l'art. 223 CPM puisse être formé en tout temps. Le Tribunal fédéral a laissé entendre (loc. cit.) que le citoyen qui veut décliner la juridiction *militaire* doit recourir, si ce n'est avant la clôture de l'instruction, du moins avant la fin du procès pénal. Mais cette opinion, qui s'appuie sur l'article de l'auteur précité (p. 36-38), est essentiellement fondée sur des considérations tirées de la procédure pénale militaire (accélération des affaires, court délai de recours, exécution immédiate du jugement). Ces mêmes considérations ne valent plus lorsqu'il s'agit de déterminer l'époque jusqu'à laquelle le citoyen peut contester la compétence des autorités civiles. Il convient, dans ce cas, de permettre à l'inculpé de soulever le conflit de compétence aussi longtemps que, par son attitude, il n'a pas clairement manifesté qu'il se soumettait à la juridiction ordinaire (dans ce sens, KIRCHHOFER, p. 39).

En l'espèce, le recourant n'a jamais admis la compétence du Tribunal de la Gruyère. Il ne s'est, pour ce motif, jamais présenté devant ledit Tribunal et a requis deux fois le relief du jugement. Il ne s'est, il est vrai, pas opposé au troisième jugement par défaut. Mais, étant donnée l'attitude antérieure de l'inculpé, on ne saurait voir dans cette absence d'opposition la reconnaissance explicite de la juridiction des tribunaux ordinaires. Le recourant a d'ailleurs protesté contre son extradition. Il fait en outre

observer avec raison que le jugement rendu contre lui est toujours exécutoire, en sorte qu'il a encore un intérêt à faire trancher le conflit de compétence. Dans ces conditions, le recours ne peut être considéré comme tardif.

3. — Au fond, le recours ne saurait en revanche être admis.

J. a commis les actes qui lui sont reprochés au service militaire ; il était donc en principe soumis au droit pénal militaire (art. 2 ch. 1 CPM). Toutefois les personnes auxquelles le droit pénal militaire est applicable restent soumises au droit pénal ordinaire pour les infractions qui ne sont pas prévues par le Code pénal militaire (art. 7 CPM). Or, selon l'art. 218 CPM, une personne n'est justiciable des tribunaux militaires que dans la mesure où le droit pénal militaire lui est applicable ; pour les infractions non prévues par la loi spéciale, elle reste justiciable des tribunaux ordinaires (art. 219 al. 1 CPM). D'où il suit, en l'espèce, que la juridiction militaire ne serait compétente que si le délit réprimé par l'art. 112 du Code pénal fribourgeois, en vertu duquel la condamnation a été prononcée, était une infraction prévue par le Code pénal militaire.

En matière d'extradition, il suffit, pour qu'il n'y ait pas double incrimination, que l'acte commis ne puisse être *poursuivi* en vertu de l'une ou de l'autre des deux législations en présence (cf. art. 3 loi fédérale sur l'extradition aux Etats étrangers). Ainsi, le Tribunal fédéral a constamment refusé l'extradition lorsque l'infraction, dans l'un des Etats, ne se poursuivait que sur plainte et que cette condition faisait défaut, ou lorsque la prescription, calculée suivant une des législations, était acquise. Si l'on appliquait ces principes aux conflits de juridiction entre les tribunaux militaires et les tribunaux ordinaires, il s'ensuivrait qu'un délit qui, en raison d'une circonstance particulière, ne pourrait être poursuivi en application du CPM, devrait toujours être déféré à la juridiction ordinaire, quand les dispositions de droit commun permettraient de le réprimer.

Le texte des art. 7 et 219 CPM suggère toutefois une

autre interprétation. Selon les termes de la loi, le droit commun est applicable, non pas si l'acte n'est pas réprimé, mais si l'infraction n'est pas prévue par le Code pénal militaire. Quand ce code a prévu l'infraction, c'est-à-dire l'a décrite dans ses éléments constitutifs (Tatbestandsmerkmale), c'est à lui qu'il appartient, non seulement de déterminer les circonstances aggravantes ou atténuantes qui influent sur la modalité de peine, mais aussi de fixer les conditions extrinsèques qui, le cas échéant, rendent une infraction non punissable (dépôt d'une plainte, prescription, conditions de punissabilité, ou, selon BELING, Lehre vom Verbrechen, p. 51 ss, p. 201 et ouvrages cités, « Strafdrohungsbedingungen » ; cf. aussi HAFTER, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, p. 123 ss). Il suffirait donc que l'infraction, d'après ses éléments constitutifs, fût prévue par le CPM pour qu'elle dût être soumise à la juridiction militaire : en d'autres termes, les tribunaux civils ne deviendraient pas compétents du seul fait que, pour une raison ou pour une autre, l'infraction prévue par le CPM ne serait pas poursuivie par les autorités militaires.

En l'espèce, quelle que soit l'interprétation adoptée, la juridiction militaire ne pouvait être saisie, car, non seulement le CPM ne permet pas de punir l'acte commis par le recourant, mais il ne prévoit pas l'infraction pour laquelle J. a été condamné. En effet, si le Code pénal fribourgeois (art. 110) et le Code pénal militaire (art. 156) répriment le délit commis par celui qui fait subir l'acte sexuel à un enfant de moins de 16 ans, le Code fribourgeois (art. 112) punit en outre celui qui séduit une mineure âgée de plus de 16 ans, en abusant de son inexpérience ou en lui faisant des promesses fallacieuses. Dans ce dernier cas, la jeune fille, qui est l'objet de la « séduction », n'est plus protégée par la norme prohibant d'une manière absolue les relations sexuelles avec une enfant de moins de 16 ans. Il s'agit donc bien d'une infraction distincte, caractérisée par des éléments constitutifs particuliers. Cette infraction, qui figure également dans le projet de Code pénal fédéral

(Avant-projet, art. 175 ; projet, art. 171 ; Conseil national 1929, p. 169 et Conseil des Etats 1931, p. 534), n'est pas prévue par le CPM. Il s'ensuit que la juridiction ordinaire était seule compétente.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours.

## VI. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

### ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

#### 36. Urteil vom 10. September 1937

##### i. S. Schmocker gegen Eidgenössische Alkoholverwaltung.

Art. 317 BStrP : Umwandlung uneinbringlicher Geldbussen in Gefängnis im Verfahren bei Übertretung fiskalischer Bundesgesetze. Rechtsmittel gegen die richterliche Umwandlungsverfügung.

Fritz Schmocker wurde mit Verfügung der eidgenössischen Alkoholverwaltung vom 8. August 1936, bestätigt durch Beschwerdeentscheid des eidgenössischen Finanz- und Zolldepartements vom 29. Oktober 1936, wegen Zuwiderhandlung gegen das Alkoholgesetz zu einer Busse von Fr. 5000.— verurteilt. Ein Gesuch des Gebüssten um Gestattung von Ratenzahlungen wies die Alkoholverwaltung am 1. April 1937 ab. Als eine gleichzeitig für eine andere Forderung der Alkoholverwaltung durchgeführte Betreuung des Schmocker einen Verlustschein ergab, stellte diese Behörde gestützt auf Art. 317 BStrP, wornach im Verfahren bei Übertretung fiskalischer Bundesgesetze uneinbringliche Bussen vom Richter in Gefängnis umgewandelt werden, beim Amtsgericht Solothurn-Lebern das Gesuch, die genannte Busse von Fr. 5000.— sei durch eine